

# CompLex



Senter for rettsinformatikk / Avdeling for forvaltningsinformatikk

Baran Farsijani

## Rekkevidden av barns personopplysningsvern etter GDPR art. 8

Om kravet til at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «directly» til et barn

1/2019



UiO • Det juridiske fakultet

Henvelseler om denne bok kan gjøres til:  
Senter for rettsinformatikk  
Postboks 6706 St. Olavs plass  
0130 Oslo  
Tlf. 22 85 01 01  
<http://www.jus.uio.no/ifp/om/organisasjon/seri/>

ISBN 978-82-72261-69-5  
ISSN 0806-1912

Grafisk produksjon: 07 Media AS - 07.no

# Forord

Denne artikkelen er basert på min masteroppgave i rettsvitenskap, som ble levert den 25. april 2019. Masteroppgaven publiseres uten nevneverdige endringer.

Med EUs vedtakelse av personvernforordningen<sup>1</sup> ble barns personopplysningsvern for første gang eksplisitt regulert i det EU-rettslige regelverket. Gjennom inkorporasjonen i personopplysningsloven<sup>2</sup> ble dette gjeldende norsk rett. I oppgaven fokuserer jeg på rekkevidden av GDPR art. 8, som regulerer barns samtykkekompetanse ved bruk av «informasjonssamfunnstjenester». Målet med oppgaven er å klarlegge hvilke typer netjtjenester bestemmelsens vern omfatter. Dette spørsmålet er særlig aktuelt i lys av sosiale mediers fremtredende rolle i samfunnet.

Jeg vil rette en stor takk til min veileder, Tobias Mahler, for gode råd, hyppige samtaler og for at du stadig utfordret meg – jeg kunne ikke ha lært mer av samarbeidet.

Jeg vil også takke mamma og min samboer Nicholas for all støtte og forståelse dere viste meg i en spesielt krevende periode, dere er best. Og takk til min gode venn Isa for gjennomlesning av oppgaven og for trivelige sushi-kvelder på lesesalen når skrivingen trakk ut.

Oslo, juni 2019

Baran Farsijani

---

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

2 Lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger («personopplysningsloven»).



# Innhold

Forord .....	3
Forkortelser .....	7
1 Innledning .....	8
1.1 Tema og aktualitet .....	8
1.2 GDPR art. 8 – særregulering av barns samtykke på informasjonssamfunnstjenester .....	9
1.2.1 Rettsfakta .....	10
1.2.2 Rettsvirkninger .....	11
1.3 Problemstilling .....	12
1.3.1 Metode .....	13
1.3.2 Avgrensninger .....	14
1.4 Rettskildebildet .....	15
1.4.1 Metodiske utfordringer .....	18
1.5 Fremstillingen videre .....	19
2 Bakgrunn og kontekst .....	20
2.1 Innledning .....	20
2.2 Hva er personvern? .....	20
2.2.1 Personvernprinsipper .....	21
2.3 Historikk .....	22
2.3.1 Barns personopplysningsvern under popplyl., jf. Dir 1995/46/EF .....	22
2.3.2 Bestemmelsens tilblivelse .....	24
2.4 Et unntak fra norske samtykkeregler for barn .....	26
2.4.1 Hva er samtykke? .....	26
2.4.2 Norske samtykkeregler for barn .....	27
2.4.3 Kvalitative krav til samtykke – et overblikk .....	29
2.5 Norske barns rettigheter i markedsføringsøyemed .....	30
2.6 Oppsummering .....	31
3 Er informasjonssamfunnstjenester rettet mot den generelle befolkningen tilbudt « <i>directly</i> » til et barn? .....	33
3.1 Innledning .....	33
3.2 Metodisk tilbakeblikk .....	33

3.3	Hvordan skal vilkåret « <i>directly</i> » forstås? .....	34
3.3.1	Ordlyd. ....	34
3.3.2	Artikkel 29-gruppens uttalelser .....	35
3.3.3	Datatilsynenes uttalelser .....	36
3.3.4	Formålsbetraktninger .....	38
1.1.1	Juridisk teori .....	40
3.3.5	Barnets beste .....	45
3.3.6	Konsekvenstolkning .....	46
3.4	Oppsummering av den rettsdogmatiske analysen .....	47
4	Et komparativt blikk til USA .....	49
4.1	Innledning .....	49
4.2	COPPA – Amerikanske barns personopplysningsvern på internett	50
4.2.1	Hovedregler .....	50
4.2.2	Unntak .....	52
4.3	Oppsummering .....	52
5	Avsluttende bemerkninger .....	54
5.1	Innledning .....	54
5.2	GDPR art. 8 – En rettslig transplantasjon? .....	54
5.3	Refleksjoner .....	57
5.4	Veien videre .....	58
6	Litteraturliste .....	60
	EU- og EØS-rettslige kilder .....	60
	Internasjonale rettskilder .....	64
	Norske rettskilder .....	65
	Litteratur .....	67

## Forkortelser

Art.29-gruppen	Artikkel 29-gruppen
BK	FNs Barnekonvensjon
COPPA	Children's Online Privacy Protection Act of 1998
Personverndirektivet	Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 95/46/EF (Personvern-direktivet)
EDPB	European Data Protection Board (Personvernrådet)
EMD	Den europeiske menneskerettsdomstol
EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjon
EU	Den europeiske union
EU-charteret	Den europeiske unions charter om grunnleggende rettigheter
EU-domstolen	Den europeiske unions domstol
EØS	Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde
Personvernforordningen	Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 (Personvernforordningen)
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkings-organ og en Domstol
Popplyl.	Lov om behandling av personopplysninger 14. april 2000 nr. 31 (Personopplysningsloven)
Personopplysningsloven	Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (Personopplysningsloven)
Rådet	Den europeiske unions råd
SP	Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter
TEU	Traktaten om den europeiske union
TEUV	Traktaten om den europeiske unions virkeområde

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og aktualitet

Tema for oppgaven er barns personopplysningsvern ved bruk av informasjonssamfunnstjenester. Den 27. april 2016 vedtok EU personvernforordningen (GDPR) med formål om å styrke den registrertes<sup>3</sup> rettigheter.<sup>4</sup> Barn ble med dette for første gang eksplisitt nevnt i personopplysningsregelverket. Denne personkretsen fremheves som en sårbar gruppe som «*merit specific protection with regard to their personal data, as they may be less aware of the risks, consequences and safeguards concerned and their rights in relation to the processing of personal data*».<sup>5</sup>

EU har erkjent at barns digitale tilstedeværelse eksponerer dem for ulike typer risikoer,<sup>6</sup> og har utpekt sosiale medier<sup>7</sup> som et fenomen som har reist regulatoriske utfordringer.<sup>8</sup> Som eksempler på typene risikoer kan nevnes risiko for nettmobbing, identitetstyveri, omdømmetap, seksuelle overgrep og profilering.<sup>9</sup> Det må skilles mellom reguleringen av barns generelle sikkerhet på internett på den ene siden, og barns personopplysningsvern på internett på den andre. GDPR regulerer kun sistnevnte.<sup>10</sup> Samtidig som det er behov for vern, er det likevel også et ønske om å ivareta barns rett til internetttilgang, slik at de kan sikres sosial og kulturell utvikling.<sup>11</sup>

Empirien viser at 90% av norske barn mellom ni og 18 år er registrert som brukere av sosiale medier, og tallene øker med alderen.<sup>12</sup> Plattformene Snapchat og Instagram utpekes som mest populære blant barn. I EU har 26% av barn mellom ni og 10 år profiler på sosiale medier. Også på EU-basis øker tallene med alderen, hvor 82% av barn mellom 15 og 16 år har profiler på sosiale medier.<sup>13</sup>

---

3 «Enkeltpersonen som de lagrede opplysningene kan knyttes til», jf. Datatilsynet (udatert).

4 COM(2018) 43 final, s. 1.

5 For 2016/679/EU fortalespunkt 38.

6 COM(2012) 196 final, s. 2.

7 «Nettsider og apper som tilrettelegger for å skape og dele innhold, og å delta i sosiale nettverk», jf. Aalen (2018).

8 COM(2010) 609 final, s. 2.

9 van der Hof (2014), s. 130.

10 Krivokapić (2016), s. 215-216.

11 COM(2011) 60 final, s. 10-11.

12 Medietilsynet (2018), s. 4

13 Livingstone (2011), s. 5.



De fleste slike plattformer tilbys gratis til barn i bytte mot deres personopplysninger. Virksomhetene vil gjerne benytte disse personopplysningene til å fremme tilpasset reklame mot barnet.<sup>14</sup> Dette muliggjøres ved at de innsamlede personopplysningene brukes til å opprette personlighets- eller brukerprofiler. Dette er særlig problematisk der brukeren er et barn,<sup>15</sup> ettersom de har en «*skewed perception of technology, and see that all technology is good, even when it is not*».<sup>16</sup> Samtidig har skillet mellom informasjon, underholdning og lek på den ene siden og markedsføring på den annen, også blitt uklart.<sup>17</sup> Disse faktorene sett i sammenheng gjør det aktuelt å diskutere barns personopplysningsvern ved bruken av informasjonssamfunnstjenester.

## 1.2 GDPR art. 8 – særregulering av barns samtykke på informasjonssamfunnstjenester

EU har til dels søkt å imøtegå disse utfordringene med å vedta GDPR art. 8. Bestemmelsen er ment å yte en “additional layer of protection” for behandling av barns personopplysninger ved at den introduserer tilleggsvilkår til behandlingsgrunnlaget.<sup>18</sup> Med behandlingsgrunnlag menes rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger.<sup>19</sup> Bestemmelsens relevante deler lyder:

«1. Where point (a) of Article 6(1) applies, in relation to the offer of information society services directly to a child, the processing of the personal data of a child shall be lawful where the child is at least 16 years old. Where the child is below the age of 16 years, such processing shall be lawful only if and to the extent that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child.

Member States may provide by law for a lower age for those purposes provided that such lower age is not below 13 years.

2. The controller shall make reasonable efforts to verify in such cases that consent is given or authorised by the holder of parental responsibility over the child, taking into consideration available technology». (mine uthevninger)

Den norske versjonen av GDPR art. 8 nr. 1 første punktum lyder «*tilbud om informasjonssamfunnstjenester direkte til et barn*».

14 A29WP 01189/09/EN WP163, s. 4-5.

15 For 2016/679/EU fortalepunkt 38.

16 Dempsey (2018), s. 4.

17 van der Hof (2016), s. 416.

18 A29WP 17/EN WP259 rev.01, s. 23.

19 Datatilsynet (udatert).

### 1.2.1 Rettsfakta

Bestemmelsens særskilte vern forutsetter at fire kumulative vilkår er oppfylt. For det første gjelder bestemmelsen barn, jf. «*child*». Videre må barnets samtykke brukes som behandlingsgrunnlag, jf. henvisningen til GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a. Samtykkekravet behandles under pkt. 2.4. Det kreves også at det tilbys en «*information society service*» «*directly*» til et barn. Bestemmelsen gjelder likevel ikke der barn benytter informasjonssamfunnstjenesten i forbindelse med forebyggings- eller rådgivningstjenester, jf. GDPR fortalepunkt 38.

For å få en klarere forståelse av hvilken personkrets bestemmelsen søker å regulere og hvilke typer tjenester som omfattes, skal det redegjøres nærmere for begrepene «*child*» og «*information society service*».

#### 1.2.1.1 Begrepet «*child*»

For enkelthets skyld vil vilkåret «*child*» heretter refereres til som *barn*. I EU-Kommisjonens utkast til GDPR<sup>20</sup> ble det i fortalepunkt 18 inntatt en definisjon på barn som personer under 18. Denne ble ikke videreført i GDPR. I både norsk lovgivning,<sup>21</sup> og i henhold til BK art. 1 defineres imidlertid barn som personer under 18 år.

Art.29-gruppen<sup>22</sup> opererer med tilsvarende definisjon. I motsetning til voksne må barn betraktes fra både et statisk og dynamisk perspektiv. Med det statiske perspektivet menes at barnet ikke enda har nådd fysisk og psykisk modenhet, mens det med det dynamiske perspektivet menes at barnet gjennomgår en utviklingsprosess. Det fremholdes at barnets rettigheter, herunder det personopplysningsrettslige, skal komme til uttrykk på en måte som anerkjenner begge disse aspektene.<sup>23</sup>

Det legges til grunn at man i medhold av GDPR kan anse samtlige personer under 18 år som barn. GDPR art. 8 snevrer imidlertid inn denne personkretsen. Bestemmelsens rettsvirkninger inntre i utgangspunktet kun for barn under 16 år, men medlemsstatene kan snevre personkretsen inn ytterligere ved å vedta aldersgrenser ned til 13-årsalderen. For norske barn gjelder dermed GDPR art. 8 for barn under 13 år. Dette forklares nærmere under pkt. 1.2.3.1 og pkt. 2.4.2.

---

20 COM(2012) 11 final.

21 Vergemålsloven § 8.

22 Artikkelen 29-gruppen var et uavhengig rådgivende organ opprettet i medhold av Dir 1995/46/EF art. 29, og avga følgelig ikke bindende uttalelser. Arbeidsgruppens medlemmer bestod av en representant av de ulike medlemsstatenes datatilsyn, en representant av EUs myndigheter, og en representant fra Kommisjonen. Arbeidsgruppen er nå erstattet av EDPB.

23 A29WP 398/09/EN WP160, s. 2-3.

### 1.2.1.2 Begrepet «information society service»

For enkelthets skyld vil vilkåret «*information society service*» heretter omtales som *informasjonssamfunnstjeneste*. En informasjonssamfunnstjeneste er «*a service as defined in point (b) of Article 1(1) of Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council*».<sup>24</sup> Nevnte direktiv definerer dette som:

«any Information Society service, that is to say, any service normally provided for remuneration, at a distance, by electronic means and at the individual request of a recipient of services».

Definisjonen er vid, og omfatter de fleste private internettjenester,<sup>25</sup> herunder sosiale medier.<sup>26</sup> Litteraturen legger til grunn at tjenester som finansieres av annonseinhold omfattes også av kravet om betaling.<sup>27</sup> I den grad oppgaven benytter begrepene «informasjonssamfunnstjenester», «tjenester», «internettjenester» med videre, skal de forstås likt. Med «tjenestetilbydere» eller «tilbydere» menes tilbydere av informasjonssamfunnstjenester.

### 1.2.2 Rettsvirkninger

Dersom bestemmelsen i GDPR art. 8 kommer til anvendelse inntreer to rettsvirkninger. Den første rettsvirkningen retter seg mot barnet som rettssubjekt, og innebærer i utgangspunktet at barn under 16 år får innskrenket sin personopplysningsrettslige samtykkekompetanse, jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum. For disse barna må samtykke være «*given or authorised by the holder of parental responsibility*», jf. bestemmelsens annet punktum.

Den andre rettsvirkningen retter seg mot tjenestetilbyderen som pliktsubjekt. Denne pålegges en relativ plikt til å foreta «*reasonable efforts to verify*» at et avgitt samtykke er gitt eller godkjent av den som har foreldreansvar for barnet, sett hen til tilgjengelig teknologi.<sup>28</sup>

#### 1.2.2.1 Aldersgrenser

Barn må forholde seg til to typer aldersgrenser når de bruker informasjonssamfunnstjenester. Den ene typen aldersgrensen følger av GDPR art. 8 nr. 1 og er i utgangspunktet på 16 år, jf. første punktum, men kan settes ned til 13 år av den enkelte medlemsstat, jf. tredje punktum.

<sup>24</sup> For 2016/679/EU art. 4 nr. 25.

<sup>25</sup> Tjenester hvor internettjenester er en underordnet del, omfattes likevel ikke av begrepet, jf. Sak C-434/15 premiss 48.

<sup>26</sup> Prop. 56 LS (2017-2018), s. 96.

<sup>27</sup> Verdoodt (2016), s. 602.

<sup>28</sup> For 2016/679/EU art. 8 nr. 2.

Den andre typen aldersgrenser er satt av tjenestetilbyderne selv, som vilkår for bruk av tjenesten. Sistnevnte typer aldersgrenser varierer derfor fra tjeneste til tjeneste. Mens aldersgrensen i GDPR art. 8 er satt for å regulere barns personopplysningsvern, gjelder tilbydernes aldersgrenser tjenestenes innhold og hvem tjenesten er egnet for.<sup>29</sup> En oversikt over sistnevnte aldersgrenser kan finnes på nettsidene til Pan European Game Information (PEGI).

Hva gjelder aldersgrensen nedfelt i GDPR art. 8 nr. 1 kan som nevnt medlemstatene<sup>30</sup> gjøre unntak fra utgangspunktet på 16 år og sette aldersgrensen ned til 13-års-alderen, jf. tredje punktum. Norge har benyttet seg av unntaksadgangen, slik at norske barn kan samtykke til behandling av sine personopplysninger på informasjonssamfunnstjenester ved fylte 13 år, jf. personopplysningsloven. § 5.

Denne unntaksadgangen skaper utfordringer i form av en fragmentert rettstilstand. Dette fører til at tjenestetilbydere må holde oversikt over ulike aldersgrenser på tvers av Europa,<sup>31</sup> og kan medføre at GDPR ikke sikrer europeiske barn likt personopplysningsvern.

Det er viktig å være bevisst på at GDPR art. 8 ikke representerer en uttømmende regulering av barns personopplysningsvern på internett. Den gjelder kun der behandlingsgrunnlaget er basert på samtykke. Tilbydere av informasjonssamfunnstjenester benytter seg imidlertid av ulike behandlingsgrunnlag for ulike typer personopplysninger. Dersom tjenesten eksempelvis behandler barns personopplysningsvern med grunnlag i en interesseavveining av behandlingsansvarliges<sup>32</sup> legitime interesser mot den registrertes grunnleggende rettigheter, jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav f, gjelder ikke begrensningene i GDPR art. 8.

### 1.3 Problemstilling

Oppgaven søker å klarlegge rekkevidden av GDPR art. 8, og med dette rekkevidden av barns personopplysningsvern ved bruk av informasjonssamfunnstjenester når samtykke er behandlingsgrunnlaget. Det vil tas utgangspunkt i kravet om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til barn, jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum.

---

29 Medietilsynet (udatert).

30 Norge omtales her som medlemsstat for enkelthets skyld, da det formelt er et EØS-land.

31 Datatilsynet (udatert).

32 «Den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og kva for nokre hjelpemiddel som skal nyttast. Dette er vanlegvis ei verksemd», jf. Datatilsynet (udatert).

Det er klart at informasjonssamfunnstjenester som kun tilbys personer barn omfattes av bestemmelsen, og at informasjonssamfunnstjenester som kun tilbys personer over 18 år (voksne) faller utenfor rekkevidden. Det er imidlertid uklart om bestemmelsens ordlyd «*the offer of information society services directly to a child*» også gjelder for informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen. Dette spørsmålet er først og fremst relevant for sosiale medier, ettersom de mest populære sosiale mediene blant barn faller under denne kategorien.

Problemstillingen formuleres dermed slik: regnes informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen for å være tilbudt «*directly*» til barn, jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum?

### 1.3.1 Metode

Denne oppgaven vil besvare problemstillingen ved hjelp av to metoder. Innholdet i regelen om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn, jf. GDPR art. 8 nr. 1, søkes klarlagt gjennom en rettsdogmatisk analyse i kapittel 3. Med rettsdogmatisk analyse menes at innholdet i kravet fastlegges ved å identifisere relevante rettskilder, tolke disses innhold, for så å avveie rettsreglene mot hverandre ved hjelp av rettskilddeprinsipper.<sup>33</sup> I så måte forsøker oppgaven å gi en fremstilling av gjeldende rett.

Som det redegjøres for nedenfor, er den rettskildemessige situasjonen på området spesiell. Det er få EU-rettslige kilder som avklarer vilkårets innhold, og det synes å være uenighet blant de sparsomme kildene. Videre viser både EU og juridisk teori til lignende reguleringer i amerikansk rett, nærmere bestemt Children's Online Privacy Protection Act of 1998 (COPPA). I COPPA er spørsmålet om en netttjeneste er «*directed to a child*», og er betydelig mer detaljregulert enn i GDPR art. 8. Oppgaven hevder at GDPR art. 8 har blitt inspirert av COPPA, se pkt. 5.2, og stiller spørsmålet om bestemmelsen utgjør en rettslig transplantasjon. Disse spørsmålene gjør det aktuelt å foreta en komparativ analyse av den tilsvarende regelen i COPPA for illustrasjonens skyld. Med komparativ metode menes at det vil redegjøres for likheter og forskjeller mellom reguleringene, samt følgene av disse.<sup>34</sup>

Hovedvekten av oppgaven ligger likevel i den rettsdogmatiske analysen, ettersom oppgaven søker å klarlegge innholdet i europeisk, og derigjennom norsk rett. I den grad denne analysen foretas sent i oppgaven, skyldes dette at det må

---

33 Eckhoff (2001), s. 17-18.

34 Gisle (2019).

brukes plass på å forklare grunnleggende konsepter samt diskutere det metodiske.

### 1.3.2 Avgrensninger

Oppgaven søker ikke å drøfte personopplysningsvernet slik den kommer til uttrykk i sektorlovgivningen.

I forbindelse med bestemmelsens rettsvirkning om at foreldresamtykke kreves, oppstår spørsmålet om hvem som skal anses for å være «*the holder of parental responsibility*» for barnet, jf. GDPR art. 8 nr. 1 annet punktum. Må et samtykke innhentes fra en av eller begge av barnets foreldre? Ordlyden «*the holder of*» skulle tyde på at det er tilstrekkelig at samtykket innhentes fra en av foreldrene. Hvordan skal bestemmelsen forstås for barn som ikke lever med sine foreldre? Disse spørsmålene drøftes ikke, ettersom de ikke er egnet til å belyse oppgavens problemstilling.

Ettersom GDPR art. 8 nr. 1 første punktum viser til GDPR art. 6 første ledd bokstav a som angir samtykke som behandlingsgrunnlag, oppstår spørsmålet om bestemmelsen kun regulerer samtykke til behandling av alminnelige personopplysninger, eller om den også gjelder for særlige personopplysninger etter GDPR art. 9. Departementet synes å besvare sistnevnte spørsmål benektende, under henvisning til at forordningen ikke viser til artikkel 9.<sup>35</sup> Det avgrenses mot dette spørsmålet i det følgende, av hensyn til oppgavens omfang og problemstilling.

Oppgaven gir heller ingen inngående fremstilling av personopplysningsrettslige samtykkekrav, da dette faller utenfor problemstillingens snevre ramme. Samtykke vil likevel drøftes i den utstrekning det trengs for å systematisere problemstillingen, se pkt. 2.4.

Omfanget av tjenestetilbyderens verifiseringsplikt etter GDPR art. 8 nr. 2 og forholdet mellom GDPR art. 8 og medlemsstatenes kontraktsrett etter bestemmelsens nr. 3 vil av hensyn til oppgavens omfang heller ikke inngå i den videre drøftelsen.

Den absolutte aldersgrensen nedfelt i GDPR art. 8 nr. 1 annet punktum og medlemsstatenes adgang til å gjøre unntak fra denne har blitt kritisert i litteraturen.<sup>36</sup> Blant annet hevdes det at unntaket fører til fragmentering av regelverket. En av årsakene til at GDPR ble vedtatt som en forordning og ikke et direktiv

---

<sup>35</sup> Prop. 56 LS (2017-2018) pkt. 13.5.

<sup>36</sup> Krivokapić (2016), s. 209-211

skyldtes nettopp EUs betenkeligheter med den fragmenterte rettstilstanden under personverndirektivet.<sup>37</sup> I juridisk teori hevdes det at den absolutte karakteren av aldersgrensen i GDPR art. 8 nr. 1 første punktum ikke gjenspeiler barns kognitive utvikling og økende behov for deltakelse med alderen.<sup>38</sup> Andre hevder at barn som oppfyller aldersgrensen nedfelt i GDPR art. 8 kan glemmes, og risikerer å bli behandlet på lik linje som voksne.<sup>39</sup> Det avgrenses også mot disse spørsmålene, da de ikke egnet til å belyse oppgavens problemstilling.

Kommunikasjonsdirektivet (Direktiv 2002/58/EF) regulerer personopplysninger der det gis tilbud om offentlige elektroniske kommunikasjonstjenester og kommunikasjonsnett. Slik sett vil den være gjeldende for tilbyderne av internettjenester, men bidrar ikke til å besvare problemstillingen og brukes ikke i det videre.

## 1.4 Rettskildebildet

Rettskildebildet på personopplysningsområdet er fragmentert og består i betydelig grad av internasjonale rettskilder, særlig EU- og EØS-rett. Dette, kombinert med at det nyere personopplysningsregelverket er vedtatt i forordningsform, byr på metodiske utfordringer.

Ettersom Norge kun er part til EØS-avtalen og opererer med et dualistisk rettsystem, ble GDPR folkerettslig bindende for Norge da den ble inntatt i EØS-avtalen<sup>40</sup> av EØS-komiteen<sup>41</sup> og til slutt inkorporert i personopplysningsloven den 20. juli 2018.<sup>42</sup> EØS-avtalens vedlegg anses som en del av avtalens hoveddel,<sup>43</sup> og EØS-retten skal tolkes i samsvar med den underliggende EU-retten for å sikre en enhetlig tolkning av rettsreglene på tvers av unionen.<sup>44</sup>

Personopplysningsvernet springer ut av grunnleggende menneskerettigheter, nærmere bestemt rettigheten til privatliv, nedfelt i EMK art. 8. Innholdet i denne

---

37 For 2016/679/EU fortalepunkt 9.

38 Buitelaar (2018), s. 300.

39 Lievens (2016), s. 1.

40 EØS-avtalen vedlegg XI nr. 5e.

41 Prop.56 LS (2017-2018), s. 8.

42 EØS-avtalen art. 7.

43 EØS-avtalen art. 119.

44 EØS-avtalen art. 6. Artikkelenes forbehold om at kun EU-domstolens rettsavgjørelser før signeringen av EØS-avtalen skal være styrende for rettsreglernes innhold hevdes å ha liten praktisk betydning, jf. Bull (2013) note 20.

bestemmelsen fastlegges gjennom metoden anvendt av EMD,<sup>45</sup> som har åpnet for at bestemmelsen også omfatter personopplysningsvern.<sup>46</sup> Retten til privatliv anses for å være av en så grunnleggende art at den er å finne i flere menneskerettighetsinstrumenter, herunder SP art. 17. Menneskerettighetene skal gjelde som norsk lov, og har forrang ved konflikt med øvrig formell norsk lov,<sup>47</sup> men retten til privatliv har også konstitusjonell status i norsk rett, jf. GrL. § 102. Grunnlovsbestemmelsen omfatter også personopplysningsvernet.<sup>48</sup>

Personopplysningsvernet er videre kodifisert i EU-charteret art. 8. Ettersom prinsippene i EU-charteret skal anses likeverdig med dem som følger av EU-traktatene,<sup>49</sup> utgjør denne en sentral del av selve EU-retten utover å følge av øvrige menneskerettslige instrumenter. EU-charteret er bindende for EUs medlemsstater, men formelt sett ikke for Norge, ettersom Norge ikke er medlem av EU. På indirekte vis vil nok charterets prinsipper være styrende for norsk rett i kraft av at EU-retten bindes av den.<sup>50</sup>

BK utgjør et ytterligere normativt bakteppe for diskusjonen om barns personopplysningsvern, og er rettslig bindende for medlemsstatene i EU og Norge. I oppgavens kontekst er det særlig barns rett til privatliv etter BK art. 16 som er relevant. BK gir imidlertid også opphav til en rekke andre sentrale rettighetsbestemmelser, eksempelvis kravet til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved samtlige avgjørelser som berører barn, jf. BK art. 3,<sup>51</sup> barns rett til yttringsfrihet, jf. BK art. 13, barns rett til å bli hørt, jf. BK art. 12 og barns organiserings- og foreningsfrihet, jf. BK art. 15. Barns rett til privatliv samt hensynet til barnets beste har Grunnlovs rang, jf. henholdsvis GrL. 104 første og annet ledd.

Barnekonvensjonen har ikke et eget overprøvingsorgan, men en rådgivende komite, FNs Barnekomite (Barnekomiteen). Barnekomiteens veiledninger om innholdet i de konkrete bestemmelsene i BK vil være relevante, men ikke formelt bindende for land som ikke har ratifisert BKs tilleggsprotokoll om individuell klagerett, herunder Norge.<sup>52</sup>

---

45 Se eksempelvis plenumsdommene inntatt i henholdsvis Rt. 2000 s. 996 (s. 1007-1008) og Rt. 2005 s. 833 (avsn. 45).

46 Dok.nr.16 (2011-2012), s. 170.

47 Menneskerettsloven § 3, jf. § 2 og EØS-loven § 2.

48 Dok.nr.16 (2011-2012), s. 178.

49 TEU art 6 nr. 1.

50 For 2016/679/EU fortalepunkt 1 som viser til EU-charteret.

51 Denne rettigheten er også nedfelt i EU-charteret art. 24 nr. 2.

52 BK art. 43 og Skoghøy (2016), s. 6.



Relevante EU-rettskilder er først og fremst forarbeider fra lovgivningsprosessen, rådgivende uttalelser fra henholdsvis europeiske datatilsyn og Art.29-gruppen.<sup>53</sup> Med vedtakelsen av GDPR har arbeidsgruppen blitt erstattet av Personvernrådet (EDPB), men sistnevnte har støttet<sup>54</sup> 16 av arbeidsgruppens tidligere veiledninger, hvilket styrker disses relevans. Øvrige veiledninger utstedt av Art.29-gruppen er imidlertid ikke nødvendigvis irrelevante selv om de ikke er oppført på denne listen, med mindre nyere rettskilder avkrefter dem. EDPB utgjør det uavhengige organet som skal sikre ensartet anvendelse av forordningens regler gjennom utstedelse av veiledninger og retningslinjer. EDPB består av lederen av hver av medlemsstatenes tilsynsmyndigheter og European Data Protection Supervisor (EDPS) eller deres respektive representanter.

Forarbeider har ikke like stor rettskildemessig vekt i EU-retten som i norsk rett, men EU-domstolen anvender dem likevel som støttemomenter.<sup>55</sup> Forarbeidenes begrensede vekt i EU-retten har blant annet sammenheng med at lovgivningsprosessen i EU ikke er like lineær som i Norge.

Personvernforordningens fortale vil kunne gi grunnlag for formålsbetraktninger, ettersom den gir uttrykk for unionens intensjoner,<sup>56</sup> men binder ikke EU-domstolen.<sup>57</sup>

Veiledninger publisert av medlemsstatenes datatilsyn vil ha relevans i kraft av at GDPR art. 57 blant annet pålegger tilsynene veiledningsplikt. Datatilsynene er uavhengige organer som er unntatt regjeringens instruksjonsmyndighet, jf. GDPR art. 52 første ledd.<sup>58</sup> Disse rettskildene vil imidlertid ikke være rettslig bindende, ettersom de kan oppheves av nasjonale domstoler og i siste instans EU-domstolen.<sup>59</sup> Deres rettskildemessige vekt avgjøres dermed av deres argumentasjonsverdi.

Det vil også vises til juridisk litteratur og deres forslag til tolkning av GDPR art. 8 nr. 1 første punktum. Formelt sett har juridisk teori liten vekt i EU-domstolens resonnering, men det hevdes likevel at litteraturen har praktisk betydning.<sup>60</sup> Mulige årsaker til dette er at de EU-rettslige kildene er vanskelig tilgjengelige og

---

53 COM(2018) 43 final, s. 6.

54 European Data Protection Board «Endorsement 1/2018», (2018).

55 Fredriksen (2018), s. 306.

56 I.c.

57 Sejersted (2011), s. 48-49.

58 For Norges vedkommende følger dette av personopplysningsloven. § 20 første ledd.

59 TEUV art. 263 og TEU art. 19. Se også COM(2018) 43 final, s. 7.

60 Sejersted (2011), s. 58-59.

vagt formulert.<sup>61</sup> I denne oppgaven trekkes det på juridisk litteratur grunnet det begrensede omfang av andre vektige rettskilder innenfor oppgavens problemstilling. Særlig har det blitt søkt støtte i artikkelen “Consent for processing children’s personal data in the EU: following in US footsteps?” av Macenaite og Kosta (2017) for å systematisere stoffet.

#### 1.4.1 Metodiske utfordringer

Oppgavens tema er metodisk utfordrende. Den første utfordringen består i barns særlige posisjon som den registrerte. I kraft av å være mindreårige er barn uten rettslig handleevne. Vergemål reguleres ikke av EU-lovgivningen og beror derfor på de enkelte statenes internrettslige regler. Dette diskuteres nærmere under pkt. 2.4. Denne situasjonen skaper et noe komplisert rettskildebilde, hvilket har gjort det krevende å gi en ryddig fremstilling.

En ytterligere utfordring følger av at personvernlovgivningen nå er vedtatt i forordnings form. Det naturlige utgangspunktet for å avklare personopplysningsregler for Norge vil være å henvende seg til personopplysningsloven i dens egenkap av å være norsk formell lov. Slik var tilfellet under popplyl., idet den bygde på personvern*direktivet*. Den nye personopplysningsloven gjennomfører imidlertid personvern*forordningen*. Dermed gjengir den GDPR ordrett og inneholder kun særnorske lovbestemmelser der forordningen åpner for medlemsstatlig regulering.<sup>62</sup>

I likhet med direktiver er forordninger en type EU-rettslig sekundærlovgivning.<sup>63</sup> Mens direktiver gir medlemsstatene større frihet til å bestemme gjennomføringen i nasjonal lovgivning,<sup>64</sup> skal forordninger gjennomføres «som sådan».<sup>65</sup> Det tilligger i første rekke nasjonale domstoler og med endelig virkning EU-domstolen å fastlegge innholdet i bestemmelsene i personvernforordningen.<sup>66</sup> Fra et norsk perspektiv betyr dette at personopplysningsrettslige spørsmål i større grad enn før beror på EU-retten. Departementet tilkjenner gir at dette vil medføre metodiske utfordringer, i den forstand at det er uvant lovteknisk.<sup>67</sup>

---

61 I.c.

62 Personopplysningsloven § 1, jf. EØS-loven art. 7.

63 I motsetning til primærretten, som i hovedsak hviler på traktatene, generelle prinsipper etablert av EU-domstolen og internasjonale avtaler, utgjør sekundærretten «alle retsakterne, som sætter EU i stand til å udøve sine beføjelser.», jf. EUR-Lex Ordliste (udatert).

64 EØS-avtalen artikkel 7 bokstav b.

65 EØS-avtalen art. 7 bokstav a.

66 COM(2018) 43 final, s. 9.

67 Prop.56 LS (2017-2018) pkt 3.1.

Ytterligere utfordringer skyldes lite rettspraksis på rettsområdet generelt,<sup>68</sup> og ingen dom som behandler GDPR art. 8 spesielt. Videre later det ikke til at EU har drøftet GDPR art. 8 særlig i forberedende dokumenter. Dette diskuteres nærmere under pkt. 2.3. I lys av rettskildebildet vil det trekkes på rettskildefaktorer som tradisjonelt sett ikke anses som vektige og bindende. Dette gjør det krevende å trekke klare konklusjoner.

## 1.5 Fremstillingen videre

Som nevnt under pkt. 1.2 utgjør GDPR art. 8 en særregulering av barns samtykke ved bruk av informasjonssamfunnstjenester. Barn under bestemmelsens aldersgrense kan ikke selv samtykke til behandling av sine personopplysninger på informasjonssamfunnstjenester som er tilbudt dem «*directly*». Foreldre må samtykke på deres vegne, og tjenestetilbyderen har en relativ plikt til å verifisere foreldresamtykket. Oppgaven forsøker å klarlegge om informasjonssamfunnstjenester rettet mot den generelle befolkningen omfattes av bestemmelsen, primært gjennom en rettsdogmatisk analyse av ordet «*directly*».

Bestemmelsen i GDPR art. 8 vil først plasseres i en historisk og rettslig kontekst i kapittel 2. Deretter foretas den rettsdogmatiske analysen i kapittel 3, før det foretas en kort komparativ analyse av amerikanske reguleringer (COPPA) i kapittel 4. Dernest gis det en oppsummering, etterfulgt av refleksjoner og øvrige avsluttende bemerkninger i kapittel 6.

---

68 NOU 2009:1, s. 58.

## 2 Bakgrunn og kontekst

### 2.1 Innledning

I inneværende kapittel redegjøres det først for utviklingen av barns personopplysningsvern, med henblikk på personverndirektivet og i popplyl., før det redegjøres for tilblivelsen av GDPR art. 8. Det vil også redegjøres for grunnleggende konsepter for å forstå bestemmelsen, herunder konseptene personvern og samtykke, før bestemmelsen plasseres i en norsk rettsystematikk.

### 2.2 Hva er personvern?

Personvern kan forklares som *«krav til behandling av personopplysninger når kravene er begrunnet ut i fra visse ideelle (...) interesser som en tillegger fysiske (...) personer»*.<sup>69</sup> Blant slike interesser er *«ivaretagelse av personlig integritet; ivaretagelse av enkeltindividets mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi og selvutfoldelse)»*.<sup>70</sup> Som personopplysninger regnes alle opplysninger som kan identifisere en fysisk person.<sup>71</sup>

Fokuset på prosessuelle krav til behandlingen av personopplysninger har ført til det mer snevre begrepet «personopplysningsvern».<sup>72</sup> Grunntanken bak begrepet er å sikre individet kontroll over egne personopplysninger, slik at det er denne underkategorien av personvernet som reguleres gjennom personopplysningsregelverket.<sup>73</sup> Personopplysningsvernet omfatter dermed *«regler om standarder for behandling av personopplysninger som har ivaretagelse av personvern som hovedmål»*.<sup>74</sup> I de senere årene har personopplysningsvernet fått et mer selvstendig rotfeste i norsk rett, og har brakt norsk rett i koherens med europeisk retts-tradisjon.<sup>75</sup> For ordens skyld påpekes det at personopplysningsvernet er ikke er absolutt, slik tilfellet også er med de fleste menneskerettighetene.<sup>76</sup> I oppgaven benyttes begge begreper.

69 NOU 1997: 19, s. 16-17.

70 NOU 2009: 1, s. 32.

71 For 2016/679/EU art. 4 nr. 1.

72 Regjeringen (2014).

73 I.c.

74 NOU 2009:15, pkt. 6.1.

75 Skullerud (2018), s. 30.

76 Regjeringen (2014).

### 2.2.1 Personvernprinsipper

Personopplysningsvernet kan systematiseres og forstås ved hjelp av personvernprinsipper, slik de er nedfelt i GDPR art. 5. Disse grunnleggende prinsippene har som formål å sikre forutsigbar og forholdsmessig behandling av den registrertes personopplysninger.<sup>77</sup> Derfor vil de være viktige ved tolkningen av enkeltbestemmelser i lovgivningen, og danner rammer for medlemsstatenes adgang til å vedta nasjonal lovgivning som berører forordningens anvendelsesområde.<sup>78</sup> EU-domstolen anvender personvernprinsippene som ledd i sin argumentasjon.<sup>79</sup>

Det kan spørres om begrepet «prinsipp» her i realiteten brukes som navn på grunnleggende rettsregler eller som navn på verdier og hensyn.<sup>80</sup> Førstnevnte forståelse legges til grunn. Dette støttes av at personvernprinsippene er kodifisert i GDPR art. 5 nr. 1 bokstav a-f. Ifølge bestemmelsen skal personvernprinsippene sikre at personopplysninger behandles lovlig, rettferdig, åpent og med begrenset formål. Videre skal kun de opplysningene som er nødvendig for å realisere formålet behandles, og de skal ikke lagres i ubestemt tid. Personopplysninger skal behandles ansvarlig og konfidensielt og med integritet.

Med lovlig behandling av personopplysninger menes at all behandling skal skje i medhold av et rettslig grunnlag, hvorav den registrertes samtykke er et av flere grunnlag, se GDPR art. 6. Rettferdig behandling av personopplysninger ivaretar den registrertes interesser og gir vedkommende en viss forutsigbarhet.<sup>81</sup>

Formålet med prinsippet om åpenhet er å skape tillitt, og innebærer kort sagt at den behandlingsansvarlige utøver sin informasjonsplikt<sup>82</sup> i tråd med GDPR art. 12. Prinsippet om formålsbegrensning går ut på at formålet med innsamling og behandling av personopplysningene skal være spesifikt angitt, utvetydig og legitimt.<sup>83</sup> Dataminimeringsprinsippet innebærer at det ikke skal samles inn mer personopplysninger om den registrerte enn det som er nødvendig for å oppfylle formålet med innsamlingen.<sup>84</sup>

---

77 Datatilsynet (2018).

78 Skullerud (2018), s. 102.

79 Sak C-496/17 premiss 57 flg. Spørsmålet var om det tyske «main customs office» kunne kreve at Deutsche Post fremla skatteopplysninger om medlemmer i selskapets rådgivende og ledende organer, samt detaljer tilknyttet skattekontorer ansvarlige for innkrevingen av skatten.

80 Eckhoff (2014), s. 43.

81 Datatilsynet (udatert), punkt 2.

82 A29WP 17/EN WP260, s. 5 og 7.

83 Datatilsynet (udatert), punkt 3.

84 For 2016/679/EU fortalepunkt 39.

Prinsippet om riktighet innebærer at behandlingsansvarlige sørger for at personopplysningene er korrekte, samt at innsamlingen samsvarer med formålet. Dersom dette ikke er tilfellet må personopplysningene slettes.<sup>85</sup> Personopplysninger som ikke lenger er nødvendige for å oppfylle formålet de ble innsamlet for må slettes eller anonymiseres i tråd med prinsippet om lagringsbegrensning.<sup>86</sup>

Kravet til integritet og fortrolighet innebærer at personopplysninger skal behandles på en sikker måte, at uvedkommende ikke gis tilgang til opplysningene, at disse ikke ødelegges, mistes eller endres, enten dette måtte skje ved et uhell eller en ulovlig handling.<sup>87</sup> Prinsippet for ansvarlighet innebærer at behandlingsansvarlig skal demonstrere sin etterlevelse av personvernprinsippene, blant annet ved å implementere hensiktsmessige rutiner og dokumentere disse.<sup>88</sup>

Norsk rett opererer videre med en interessedoctrine som systematiserer personopplysningsvernet etter de grunnleggende interessene som søkes vernet, slik at individet kan utøve kontroll over egne personopplysninger.<sup>89</sup> Denne teorien benyttes ikke til å løse oppgavens problemstilling, og behandles ikke videre.

## 2.3 Historikk

Personopplysningsvernet ble først kodifisert i Norge gjennom personregisterloven (pregl.) av 1978. Barns rettsstilling var ikke særskilt regulert i denne loven. Da Norge senere ble part til EØS-avtalen og EU vedtok personverndirektivet, ble rettsområdet EU-rettslig regulert. Personvernet ble gjennomført i Norge gjennom popplyl.

### 2.3.1 Barns personopplysningsvern under popplyl., jf. Dir 1995/46/EF

GDPR viderefører i hovedsak de materielle reglene og systematikken i personverndirektivet.<sup>90</sup> Personverndirektivet regulerte imidlertid ikke barns personopplysningsvern eksplisitt. Utgangspunktet var likevel at barn hadde de samme rettighetene som voksne, modifisert av foreldrenes utøvelse av barnets personopplysningsvern på deres vegne, jf. barnelova § 30.<sup>91</sup> Art.29-gruppen fremholdt likevel at personopplysningsregelverket måtte ta hensyn til barns utvikling, og

---

85 Datatilsynet (udatert), punkt 5.

86 Ibid, pkt. 6.

87 Ibid, pkt. 7.

88 Ibid, pkt. 8 og For 2016/679/EU art. 5 nr. 2.

89 NOU 2009:15, pkt. 6.4.

90 Prop. 56 LS (2017-2018), pkt. 2.1.

91 Prop. 47 L (2011-2012), pkt. 5.2.

regulere vergers representasjonsadgang der vergens deling av personopplysninger ville true barnets beste.<sup>92</sup> Det ble også fremholdt at enkeltbestemmelser i personopplysningsregelverket ved tvil burde tolkes i lys av hensynet til barnets beste i BK art. 3 og øvrige menneskerettslige instrumenter.<sup>93</sup>

I 2011 inntok norsk lovgiver en bestemmelse om behandling av barns personopplysninger i popplyl. § 11 tredje ledd. Denne lød:

«Personopplysninger som gjelder barn, skal ikke behandles på en måte som er uforsvarlig av hensyn til barnets beste»

Ordlyden «uforsvarlig» med «hensyn til barnets beste» tydet på at bestemmelsen omfattet alvorlige tilfeller. Videre var barnets beste etter BK art. 3 et sentralt vurderingsgrunnlag. Hjemmelen var imidlertid ikke like aktuell i tilfeller hvor barn selv publiserte egne personopplysninger, men for en internettjenestes videre bruk av disse dersom bruken var uforsvarlig.<sup>94</sup> Bestemmelsen ga blant annet Datatilsynet kompetanse til å fatte vedtak eller gi råd ved «klare overtramp og misbruk av barns personopplysninger».<sup>95</sup> Dette samsvarer med Art.29-gruppens forslag i sin uttalelse skissert i avsnittet over. Norske myndigheter erkjente behovet for ytterligere reguleringer av barns personopplysningsvern, men syntes bevisst å avvente situasjonen etter signaler fra EU om at personopplysningsregelverket var under en revisjonsprosess.<sup>96</sup>

Ved vedtakelsen av den nye personopplysningsloven la departementet til grunn at GDPR ikke åpnet for en videreføring av popplyl. § 11 tredje ledd. Beslutningen om å ikke videreføre bestemmelsen ble fremhevet som et mulig problem i situasjoner hvor foreldre krenker sine barns personopplysningsvern ved publisering av opplysninger om dem.<sup>97</sup> Oppgaven berører ikke denne tematikken.

Det kan dermed legges til grunn at popplyl. § 11 tredje ledd regulerte de mer alvorlige krenkelsene av barns personopplysningsvern, og i så måte fungerte som en sikkerhetsventil. Regelen vedtatt i GDPR art. 8 har ikke mye til felles med denne nå opphevede norske bestemmelsen, annet enn at de begge representerer et ønske om å verne særskilt om barns personopplysninger. En stor forskjell er at GDPR art. 8 utgjør en mer snever regulering, ved at den kun gjelder samtykke som behandlingsgrunnlag på informasjonssamfunnstjenester «*directly*»

92 A29WP 398/09/EN WP160, s. 7.

93 Ibid, s. 18-19.

94 Prop 47 L (2011-2012), pkt. 5.6.

95 l.c.

96 l.c.

97 Prop.56 LS (2017-2018), pkt. 13.5.

tilbudt barn, og at den omfatter tilfeller der barn *selv* publiserer egne personopplysninger.

### 2.3.2 Bestemmelsens tilblivelse

Det er sparsomt med dokumentasjon rundt tilblivelsen av GDPR art. 8. Bestemmelser med økonomiske implikasjoner for databehandlere og det digitale markedet syntes å være et større fokus enn bestemmelser om sårbare personer. Litteraturen kritiserer GDPR art. 8 for å være mindre velbegrunnet og ikke å bygge nok på empiri.<sup>98</sup>

I et lekket utkast av GDPR<sup>99</sup> fremmet av EU-Kommisjonen i 2011, var nåværende art. 8 nr. 1 plassert i art. 7 nr. 6, under tittelen «*Conditions for consent*». Det fremgikk av denne bestemmelsen at et barns samtykke «*shall only be valid when given or authorized by the child's parent or custodian*».<sup>100</sup> Av både bestemmelsens plassering og ordlyden kan det slutes at utkastet forsøkte seg på en generell regulering av barns samtykke – både på internett og i den fysiske verden. Det eksisterte ingen absolutt aldersgrense i dette utkastet. EU-Kommisjonen hadde videre foreslått inntatt en legaldefinisjon av begrepet «*child*» i utkastets art. 3 nr. 18 som var sammenfallende med den i BK art. 1.

I EU-Kommisjonens senere offisielle utkast til GDPR<sup>101</sup> ble barns personopplysningsvern regulert i art. 8 i en mer omfattende versjon enn dagens utforming. I utkastet var aldersgrensen for barns samtykkekompetanse satt til 13 år. Det foreligger ingen forklaringer fra EU-hold om hvorfor denne aldersgrensen senere ble besluttet endret til 16 år i den endelige forordningsteksten. Videre fulgte et foreslått nr. 3 og et foreslått nr. 4, hvor det henholdsvis fremgikk at EU-Kommisjonen gjennom delegert lovgivning kunne angi nærmere kriterier for innhenting av verifiserbart samtykke, samt at den kunne angi spesifikke metoder for å verifisere foreldresamtykket.

Det kan ikke oppspores noen drøfting fra EUs lovgivende forsamlinger om hvordan barns rettigheter, herunder deres rett til privatliv etter BK art. 16 og deres rett til deltakelse etter BK art. 13 med videre har blitt avveid i lovgivningsprosessen. Barnekomiteen er av den oppfatning at det følger av hensynet til barnets beste i BK art. 3 at det i beslutningsprosessen vurderes hvordan beslutningen vil kunne påvirke barn.<sup>102</sup>

98 Macenaite (2017), s. 184 og Livingstone (2018), s. 19.

99 Statewatch (2011).

100 Ibid, s. 41.

101 COM(2012) 11 final.

102 CRC/C/GC/14.



I EU-rådet foreslo Norge å innta en tilleggsbestemmelse tilsvarende popplyl. § 11 tredje ledd i GDPR, med støtte fra Danmark.<sup>103</sup> Denne bestemmelsen ville representet et eksplisitt personopplysningsvern for barn utover samtykkeinstituttet, men forslaget førte åpenbart ikke frem.

Den synlige forskjellen mellom personverndirektivet og GDPR er at barn nå eksplisitt er nevnt i fortalepunktene og enkelte artikler,<sup>104</sup> og er anerkjent som særlig sårbare personer. Videre hjemlet ikke personverndirektivet uttrykkelige regler for barns samtykkekompetanse på samme måte som i GDPR art. 8. I motsetning til ordlyden i popplyl. § 11 tredje ledd, stiller ikke GDPR art. 8 krav til noen alvorlighetsgrad, slik at den angivelig vil komme til anvendelse i de mer alminnelige situasjoner.

Ettersom et vilkår for at GDPR art. 8 skal komme til anvendelse er at barnets samtykke brukes som behandlingsgrunnlag må det redegjøres for samtykkekonseptet. Det rettslige konseptet samtykke er fragmentert, slik at en fullstendig forståelse av konseptet blant annet utledes av ordlyden, rettslig historikk samt rettspraksis og uttalelser fra Art.29-gruppen.<sup>105</sup>

I sin uttalelse A29WP 01197/11/EN WP187, s. 27-28 problematiserte Art.29-gruppen personverndirektivets manglende regulering av mindreåriges samtykkekompetanse og foreslo dette nedfelt i det nye personopplysningsregelverket. Arbeidsgruppen fremhevet denne manglende reguleringen som en årsak til et fragmentert regelverk rundt barns samtykkekompetanse, ved at svaret berodde på medlemsstatenes internrettslige reguleringer. Det ble anbefalt å foreta en harmonisering for «*incapable individuals to exercise their rights at EU level, especially with regard to the age threshold*» for å øke rettssikkerheten.

I samme dokument erkjente imidlertid Art.29-gruppen at å vedta generelle regler om barns samtykkekompetanse i et personopplysningsregelverk ville kunne gripe inn i medlemsstatenes sivilrett, og slik sett bevege seg utenfor ren personopplysningsrett. En anbefaling til EU-Kommisjonen var derfor å innta tilleggsbestemmelser som eksplisitt gjaldt innsamling av og behandling av barns personopplysninger. Det ble forslått at bestemmelsene kunne angi situasjoner hvor vergens samtykke ville kreves, enten i tillegg til eller istedenfor barnets samtykke, og tilfeller hvor det ville være illegitimt å benytte seg av samtykke som behandlingsgrunnlag. Som konkrete forslag ble det blant annet vist

---

103 ST 11028 2014 INIT (2014), s. 87 i fotnote 85, jf. Macenaite (2017) pkt. 4.3.

104 Se For 2016/679/EU fortalepunkter 38, 58, 65, 71, 75, samt artiklene 6 nr. 1 bokstav f, art. 12 nr. 1 første punktum, art. 40 nr. 2 bokstav g og art. 57 nr. 1 bokstav b.

105 A29WP 01197/11/EN WP187, s. 37.

til at nye bestemmelser burde klargjøre tilfeller hvor samtykke er påkrevd av foreldre eller en verge, samt nedfelle en aldersgrense.

Videre foreslo arbeidsgruppen å kodifisere en plikt for tilbydere å benytte seg av mekanismer for verifisering av alderen som kan ta høyde for ulike situasjoner, ulike typer databehandling, risikoen tilknyttet behandlingen og hvorvidt informasjonen ville bli videreformidlet.<sup>106</sup> Det nye regelverket ble også anbefalt å inneholde bestemmelser som krevde at informasjon ble tilpasset barn slik at de kunne forstå hva de samtykket til, samt identifisere typer databehandling som ville utelukke samtykke som behandlingsgrunnlag.<sup>107</sup> Noen elementer av dette er å finne spredt i GDPR, herunder i art. 8 samt enkelte artikler og fortalepunkter.<sup>108</sup>

## 2.4 Et unntak fra norske samtykkeregler for barn

I inneværende punkt skal GDPR art. 8 plasseres i en rettsystematikk. Bestemmelsen i GDPR art. 8 er som nevnt konstruert rundt samtykkeinstituttet.<sup>109</sup> Samtykke er et fragmentert rettskonsept og er ikke uttømmende regulert i personvernforordningen.

I følge GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a utgjør samtykke et rettslig behandlingsgrunnlag, og det oppstilles kvalitative krav til det avgitte samtykket i GDPR art. 4 nr. 11 og art. 7. Samtykke har likevel også en side til de respektive medlemsstatenes vergemålsrett, som angir hovedreglene for samtykkekompetansen.<sup>110</sup> Derksom GDPR art. 8 ikke kommer til anvendelse gjelder nasjonale samtykkeregler. Det må derfor pekes på hva disse er i norsk rett.

### 2.4.1 Hva er samtykke?

Ifølge legaldefinisjonen i GDPR art. 4 nr. 11 er et samtykke:

«any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her».

<sup>106</sup> A29WP 01197/11/EN WP187, s. 27-28.

<sup>107</sup> Lc.

<sup>108</sup> Se For 2016/679/EU fortalepunkt 58 og art. 12 nr. 1 første punktum om kravet til å tilby barn tilpasset informasjon på klarspråk.

<sup>109</sup> Bestemmelsens henvisning til samtykke som behandlingsgrunnlag og Macenaite (2017), pkt. 4.

<sup>110</sup> A29WP 01197/11/EN WP187, s. 6.

Samtykke anses for å være et utslag av individets vilje og privatautonomi. Derfor anerkjennes det som et rettsgrunnlag i rettssystemet, eksempelvis i avtaleretten og forvaltningsretten.<sup>111</sup> Dermed legitimeres også samtykke som behandlingsgrunnlag i personopplysningsretten, jf. GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a.

## **2.4.2 Norske samtykkeregler for barn**

### **2.4.2.1 Hovedregel – personer under 18 år ikke samtykkekompetente**

En grunnforutsetning for å benytte den registrertes samtykke som behandlingsgrunnlag er at den registrerte er samtykkekompetent. Departementet legger til grunn at nasjonale regler om når barn kan samtykke til behandling av personopplysninger i utgangspunktet fortsatt gjelder etter ikrafttredelsen av GDPR.<sup>112</sup> Hovedregelen etter norsk rett er at personer under 18 år ikke har rettslig handleevne.<sup>113</sup> I forbindelse med lovendringer i vergemålsloven, uttalte departementet at hovedregelen også gjelder samtykke til behandling av personopplysninger.<sup>114</sup>

Det kan muligens spørres hvordan denne forarbeidsuttalelsen skal forstås, ettersom den uttaler seg om personopplysningsregelverket da den var basert på personvern*direktivet* mens den i dag bygger på personvern*forordningen*. Forarbeidsuttalelsen er gitt i sammenheng med vergemålsloven, og er i så måte ment å knesette et nasjonalt utgangspunkt. Ettersom GDPR ikke representerer en uttømmende regulering av samtykke, forblir norsk lovgivning relevant, herunder forarbeidsuttalelsen.

### **2.4.2.2 Unntak for personopplysninger**

I norsk rett finnes det for personopplysninger intet lovfestet unntak fra utgangspunktet om at barn ikke har samtykkekompetanse. Datatilsynet fremholder imidlertid at barn har personopplysningsrettslig samtykkekompetanse ved fylte 15 år, men det vises ikke til noe rettslig grunnlag.<sup>115</sup> Datatilsynets synspunkt synes å bygge på en analogislutning av barns bestemmelsesrett i parallelllovgivningen. Denne analogislutningen skal det redegjøres kort for.

I sektorlovgivningen er det gjort unntak fra utgangspunktet om at personer under 18 år ikke har samtykkekompetanse.<sup>116</sup> Barn kan eksempelvis selv avgjøre

---

111 Se eksempelvis legalitetsprinsippets negative avgrensning som foreskriver at lovhjemmel kreves dersom forvaltningen ikke kan vise til et annet kompetansegrunnlag, herunder samtykke, jf. Eckhoff (2014), s. 341-342.

112 Prop. 56 LS (2017-2018) pk.t 13.5.

113 Vergemålsloven § 9, jf. § 8.

114 Ot.prp.nr. 110 (2008-2009), s. 172.

115 Datatilsynet (2018).

116 Vergemålsloven § 9 «med mindre noe annet er særlig bestemt».

spørsmål om utdanning og medlemskap i foreninger fra fylte 15 år, og barn får gradvis større råderett over seg selv frem til fylte 18 år.<sup>117</sup> Barn kan samtykke ved visse finansielle spørsmål etter fylte 15 år, jf. vergemålsloven § 33 og en viss samtykkeadgang i arbeidsrettslige spørsmål, jf. vergemålsloven § 32. Dessuten må det tas i betraktning at barn kan pådra seg strafferettslig ansvar ettersom den kriminelle lavalderen er satt til 15 år, jf. straffeloven § 20 første ledd bokstav a. Anses et barn ansvarlig nok til å kunne pådra seg straffansvar i denne alderen, et av samfunnets mest inngripende sanksjoner, taler mye for at vedkommende også er i stand til å samtykke til behandling av sine personopplysninger.

Pasient- og brukerrettighetsloven § 3-1 viser til at barn «som er i stand til å danne seg egne synspunkter, skal gis informasjon og høres». Det fremgår videre av kirkeloven § 3 nr. 6 at barn ved fylte 15 år fritt kan melde seg inn eller ut av den norske statskirke. Ut fra disse analogibetraktningene taler mye for at barn ved fylt 15 år i utgangspunktet kan samtykke til behandling av personopplysninger.

Ifølge Datatilsynet gjelder det altså et ulovfestet unntak fra hovedregelen om at barn ikke har samtykkekompetanse på personopplysningsområdet etter vergemålsloven § 8, jf. § 9. Unntaket innebærer at barn ved fylte 15 år kan samtykke til behandling av sine personopplysninger. Datatilsynet formulerer dette unntaket som hovedregelen for barns samtykkekompetanse på personopplysningsområdet. Datatilsynet skisserer så tre ytterligere unntak fra deres fremholdte hovedregel om barns personopplysningsrettslige samtykkekompetanse.<sup>118</sup>

Det første unntaket er ifølge Datatilsynet at barn *under 15 år* likevel kan samtykke til behandling av sine personopplysninger når de melder seg inn i småkonkurranser. Antakeligvis er dette unntaket basert på en lignende avveining av barnets rettigheter som ble gjort for å fastsette selve unntaket fra vergemålsloven § 9, jf. § 8.

Det andre unntaket er at barn under 18 år ikke kan samtykke til behandling av sensitive personopplysninger. Her falles det tilbake på den vergemålsrettslige hovedregelen.

Det tredje unntaket er bestemmelsen i GDPR art. 8, som er oppgavens fokus. Dermed representerer bestemmelsen for det første et unntak fra norsk vergemålslov om at personer under 18 år ikke har personopplysningsrettslig samtykkekompetanse. Bestemmelsen utgjør videre også et unntak fra Datatilsy-

---

117 Henholdsvis barnelova § 32 og § 33.

118 Datatilsynet (2018).

nets fremholdte hovedregel om at barn som har fylt 15 år i utgangspunktet kan samtykke til behandlingen av sine personopplysninger.

I utgangspunktet skal som nevnt foreldresamtykke innhentes for barn under 16 år dersom tilbyderer bruker samtykke som behandlingsgrunnlag.<sup>119</sup> Norsk lovgiver har gjort unntak fra aldersgrensen, og har fastsatt den på 13 år, jf. personopplysningsloven. § 5, jf. GDPR art. 8 nr. 1 tredje punktum. I Norge kan dermed barn som har fylt 13 år avgi personopplysningsrettslig samtykke. Dette forutsetter at samtykket er avgitt i forbindelse med en informasjonssamfunnstjeneste som er tilbudt dem «*directly*» og at samtykke brukes som behandlingsgrunnlag. Dette innebærer at barnet kan godta sosiale mediers brukervilkår og opprette en brukerkonto uten foreldrenes tillatelse.<sup>120</sup>

Det norske unntaket i personopplysningsloven § 5 innebærer at norske barn kan avgi digitalt samtykke i en yngre alder enn det som kreves for å avgi samtykke i den fysiske verden eller på informasjonssamfunnstjenester som ikke omfattes av GDPR art. 8 nr. 1. Denne løsningen kan virke noe underlig, og skyldes muligens at Datatilsynets fremholdte hovedregel om at barn kan samtykke ved fylte 15 år nettopp ikke er lovfestet, og dermed muligens ikke vært viet særskilt oppmerksomhet fra nasjonalt lovgiverhold. Norsk lovgiver har satt aldersgrensen i GDPR art. 8 nr. 1 ned til 13 år ettersom en slik aldersgrense anses å best ivareta barnets rett til selvbestemmelse og deres beskyttelsesbehov,<sup>121</sup> men har ikke drøftet dette opp mot det ulovfestede unntaket (den personopplysningsrettslige hovedregelen) fremholdt av Datatilsynet om at barn kan samtykke til behandling av sine personopplysninger ved fylte 15 år. av Dermed er det ikke klart hvordan norsk lovgiver stiller seg til at norske barn synes å underkastes et strengere personopplysningsvern i den fysiske verden enn den digitale verden.

### **2.4.3 Kvalitative krav til samtykke – et overblikk**

Det er ikke tilstrekkelig å konstatere samtykkekompetanse for at et personopplysningsrettslig samtykke skal anses gyldig, det avgitte samtykket må også være reelt. Derfor stiller GDPR art. 4 nr. 11 og art. 7 kvalitetsmessige vilkår til samtykkets innhold. Fortalen til GDPR gir anvisning på å tolke samtykkevilkårene i lys av at den registrerte er et barn, en personkrets personvernforordningen omtaler som sårbare personer.<sup>122</sup> Samtykkekravene vil da kunne tolkes strengere enn for voksne. Samtykkekravet skal ikke drøftes inngående, da de ikke besvarer oppgavens problemstilling, men nevnes likevel kort for helhetens skyld.

---

119 «Rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger», jf. Datatilsynet (udatert).

120 Wessel-Aas (2018), s. 279.

121 Prop. 56 LS (2017-2018), s. 98-99.

122 For 2016/679/EU, fortalepunkter 38 og 58.

Et samtykke skal først og fremst være «*freely given*» og «*specific*». Videre skal det være en «*informed and unambiguous indication*», som gis ved en «*statement*» eller «*clear affirmative action relating to him or her*».<sup>123</sup> Dermed kan ikke det ikke avgis samtykke på vegne av en annen person. I tillegg kreves det at samtykket er dokumenterbart, jf. art. 7 nr. 1, samtykket må på tydelig vis kunne skilles fra skriftlige erklæringer som gjelder andre forhold, jf. nr. 2 første punktum. Samtykket må videre kunne trekkes tilbake når som helst på like enkelt vis som det ble gitt, og den registrerte skal informeres om dette før samtykket avgis, jf. GDPR art. 7 nr. 3.

Ofte samtykker den registrerte til behandling av sine opplysninger i forbindelse med en avtale om en tjeneste. Dersom oppfyllelsen av avtalen forutsetter et samtykke til behandling av personopplysningene, skal samtykket kun gjelde opplysninger som er nødvendig for dette, jf. nr. 4. Det følger også av GDPR art. 6 nr. 1 bokstav a at samtykket skal være formålsdefinert, hvilket klargjør samtykkets innhold, slik at blant annet samtykkets realitet enklere kan bekrefte eller avkrefte. Et samtykke anses blant annet ikke for å være frivillig avgitt dersom det er et misforhold i styrke mellom den registrerte og behandlingsansvarlig.<sup>124</sup> Dette vil kunne tenkes å være tilfellet der den registrerte er et barn, grunnet deres status som en sårbar gruppe, jf. GDPR fortalepunkt 38.<sup>125</sup>

## 2.5 Norske barns rettigheter i markedsføringsøyemed

Barns rettsstilling er regulert i tilstøtende rettsområder som EU også utpeker som problematiske i relasjon til barns personopplysningsvern.<sup>126</sup> I norsk kontekst kan det pekes på markedsføringsloven kapittel 4, kringkastingsloven § 3-1 første ledd og forskrift om kringkasting § 3-6 som regulerer barns rettigheter i markedsføringsøyemed. Sistnevnte hjemmel angir momenter for å avgjøre hvorvidt en bestemt reklame er «*særlig rettet mot barn*». Enkelte rettskilder hevder at «*directly*», jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum må forstås som at informasjonssamfunnstjenesten må være *rettet mot barn*, se pkt. 3.3. Dersom en slik forståelse legges til grunn kunne muligens momentene angitt i forskrift om kringkasting § 3-6 belyse innholdet i oppgavens problemstilling, nemlig hva som ligger i vilkåret om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn.

<sup>123</sup> Ibid, art. 4 nr. 11. Se også art. 12 som pålegger behandlingsansvarlig å gi barn klar og tydelig informasjon.

<sup>124</sup> Ibid, fortalepunkt 43.

<sup>125</sup> A29WP 17/EN WP259 rev.01, s. 7.

<sup>126</sup> EUs bekymringer for barns personopplysningsvern omhandler også markedsføring, jf. For 2016/679/EU fortalepunkt 38.

Lovgivningen er vedtatt på bakgrunn av en rekke EU-direktiver. Blant disse kan nevnes fjernsynsdirektivet (Dir 89/552/EØF), AMT-direktivet (Dir 2010/13/EU), direktivet om urimelig handelspraksis (Dir 2005/29/EF) og direktivet om villedende og sammenlignende reklame (Dir 2006/114/EF). Norge har imidlertid regulert barns markedsføringsvern strengere enn i direktivene.

Spørsmålet er altså om rettskildene som bidrar til å avgjøre innholdet i «*særlig rettet mot barn*», jf. forskrift om kringkasting § 3-6 kan brukes for å tolke innholdet i kravet om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn, jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum. Norske lovregler kan ikke brukes for å fastlegge innholdet i EU-retten, men dersom de norske lovreglene kunne oppspores i et EU-rettslig instrument, kunne tolkningen diskuteres videre. Det oppstår imidlertid flere problemer med å anvende ovennevnte regler i en rettsdogmatisk analyse av GDPR art. 8. For det første har reglene sin forankring i et direktiv, som er sekundærlovgivning av en annen art enn personvernforordningen. Ettersom det ikke eksisterer noe formelt rangforhold mellom forordninger og direktiver<sup>127</sup> er det ikke uten videre klart om et direktiv kan brukes for å fastlegge innholdet i en forordningsbestemmelse. Videre er ikke ordlyden «*særlig rettet mot barn*» eller de enkelte momentene å finne i noen av de ovennevnte direktivene. Dermed har vi å gjøre med internrettslige bestemmelser som i utgangspunktet ikke kan veilede tolkningen av GDPR art. 8.

## 2.6 Oppsummering

Som det har blitt gjort rede for i kapitlet, representerer GDPR art. 8 en ny, eksplisitt regulering av barns personopplysningsvern i et EU-rettslig instrument. Bestemmelsen har ingen dyptgående historikk, og det synes ikke som om EUs lovgivende organer har foretatt grundige drøftelser rundt bestemmelsen. Dette representerer en utfordring når det utover dette er begrensede rettskilder tilgjengelig. GDPR angir heller ikke noe utgangspunkt for barns personopplysningsrettslige samtykkekompetanse, slik at det må ses hen til medlemsstatenes internrett. I norsk rett er som nevnt utgangspunktet at personer under 18 år ikke har samtykkekompetanse. Datatilsynet fremholder et unntak fra den vergemålsrettslige hovedregelen, og hevder GDPR art. 8 utgjør et unntak fra denne igjen. Dette skaper et uoversiktlig rettskildesbilde som er krevende å fremstille forståelig. Dette kunne vært avhjulpet om norske myndigheter drøftet barns personopplysningsrettslige samtykkekompetanse grundigere og kodifiserte norske hovedregler for barns samtykke under personopplysningsretten.

---

127 Sejersted (2011), s. 53.

Det legges til grunn at GDPR art. 8 utgjør et unntak fra Datatilsynets fremholdte hovedregel om at 15-åringer kan samtykke til behandling av personopplysninger, og gjelder i tillegg til de alminnelige kravene til samtykke etter GDPR. I alle tilfelle utgjør bestemmelsen et unntak fra vergemålsloven §8, jf. § 9 om at personer under 18 ikke er samtykkekompetente.



## 3 Er informasjonssamfunnstjenester rettet mot den generelle befolkningen tilbudt «*directly*» til et barn?

### 3.1 Innledning

GDPR art. 8 regulerer som nevnt barns personopplysningsvern på informasjonssamfunnstjenester når behandlingsgrunnlaget er basert på samtykke og når barnet bruker en «*information society services*». Bestemmelsen gjelder derfor ikke der tjenestetilbyderen behandler barns personopplysninger etter andre behandlingsgrunnlag som nevnt i GDPR art. 6 nr. 2 følgende, og heller ikke i den fysiske verden.

Bestemmelsen omfatter klart informasjonssamfunnstjenester som eksplisitt er tilbudt barn og i utgangspunktet ikke informasjonssamfunnstjenester som eksplisitt er tilbudt personer over 18 år. Spørsmålet er om informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen også omfattes av bestemmelsen. Dette beror på betydningen av «*offer of (...) directly to a child*», jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum. Dette vil forsøkes besvart gjennom en rettsdogmatisk analyse av vilkåret «*directly*».

Tilgjengelige rettskilder er ordlyden, personvernforordningens fortale, forarbeider, rådgivende uttalelser avgitt av datatilsynene og Art.29-gruppen, hensynet til barnets beste samt juridisk litteratur. I analysen nedenfor struktureres argumentene etter rettskildene de utledes av.

### 3.2 Metodisk tilbakeblikk

Ved analysen av kravet om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn, jf. GDPR art. 8 nr. 1 første punktum vil ikke norske rettskildeprensipp<sup>128</sup> være styrende på samme måte som de er på internrettslige områder.<sup>129</sup> Forskjellen mellom norsk juridisk metode og EUs juridiske metode skal likevel ikke overdrives. Avveiningen av de ulike rettsreglene vil kunne være noe ulikt basert på særtrekk ved de respektive rettsystemene.

---

128 Med rettskildeprensipp menes ulovfestede retningslinjer som styrer juridisk argumentasjon, jf. Sundby (1978), s. 199.

129 Skoghøy (2015), s. 288-289.

EØS-retten fastlegges av EFTA-domstolen.<sup>130</sup> EFTA-domstolen skal tolke bestemmelser i EØS-avtalen som har samme materielt innhold som bestemmelser gitt i medhold av TEU og TEUV likt.<sup>131</sup> Ettersom innholdet i TEU og TEUV fastlegges av EU-domstolen, vil dennes rettskildebruk være styrende. I likhet med situasjonen i norsk rett foreligger det ikke kodifiserte rettskildeprinsipper i EU-retten,<sup>132</sup> slik at disse utledes av EU-domstolens rettslige resonneringer.<sup>133</sup>

EU-domstolen benytter seg blant annet av ordlydstolkninger, systembetragtninger og teleologiske argumenter.<sup>134</sup> Sistnevnte er bedre kjent som formålsbetragtninger i norsk rettskildelære. I litteraturen fremholdes det at EU-retten benytter seg av friere formålsbetragtninger som ikke er tekstbundne.<sup>135</sup> Det fremholdes at ordlyden er utgangspunktet, før den justeres av system- og formålsbetragtninger.<sup>136</sup>

### 3.3 Hvordan skal vilkåret «*directly*» forstås?

#### 3.3.1 Ordlyd

Bestemmelsen i GDPR art. 8 nr. 1 første punktum lyder:

*«Where point (a) of Article 6(1) applies, in relation to the offer of information society services directly to a child, the processing of the personal data of a child shall be lawful where the child is at least 16 years old».* (mine uthevninger).

Som nevnt over, har norsk lovgiver fraveket forordningens 16-årsgrense, og satt denne ned til 13 år, jf. personopplysningsloven § 5.

Ved å innta ordet «*directly*» har EU introdusert et kvalifikasjonskrav til ordet «*offer*». Uten dette kvalitative kravet ville bestemmelsen kommet til anvendelse på samtlige tilbud om informasjonssamfunnstjenester til barn. I moderne språk defineres «*directly*» som at noe skjer umiddelbart<sup>137</sup> eller uten mellomledd.<sup>138</sup> Ordet «*direkte*» er likelydende på norsk og dansk. Etymologisk stammer ordet fra det latinske ordet *dirigere*.<sup>139</sup>

130 ODA-avtalen art. 27.

131 ODA-avtalen art. 3 nr. 1. Se bemerkningene i oppgavens fotnote 42, om at bestemmelsen forbehold mot fremtidig rettspraksis fra EU-domstolen ikke er like praktisk.

132 Komárak (2015), s. 16.

133 Ibid, s. 49.

134 Ibid, s. 13-14.

135 Blandhol (2005), s. 321.

136 Komárak (2015), s. 49, som viser til sak C-283/81 CILFIT premiss 18-20.

137 Oxford Dictionary (udatert).

138 Persvold (2018) og Cambridge Dictionary (udatert).

139 Språkrådets bokmålsordbok.

Ordet «*directly*» trekker tankene i retning av at noe skjer umiddelbart eller uten mellomledd. Da kan kravet forstås som at bestemmelsen ikke gjelder informasjonssamfunnstjenester som tilbys barn gjennom en annen informasjonssamfunnstjeneste. Med andre ord må det være en uhindret forbindelse mellom informasjonssamfunnstjenesten og barnet. Som eksempel kan nevnes at et barn buker en type sosiale medier gjennom en portal. Rettsvirkningene i GDPR art. 8 vil da inntreffe for portalen, men ikke for det sosiale mediet. Dersom denne forståelsen legges til grunn vil enhver informasjonssamfunnstjeneste som tilbys til et barn gjennom en ubrutt forbindelse omfattes av bestemmelsen. Slike informasjonssamfunnstjenester er mangfoldige. Hvorvidt dette tolkningsalternativet fungerer som en avgrensning beror antageligvis på hvor vanlig det er benytte mellomledd ved bruk av informasjonssamfunnstjenester.

Om ordlyden «*directly*» forstås som at tjenesten må rettes utelukkende til barn, ville kravet om foreldresamtykke og tilbyderens relative plikt til å verifisere denne etter GDPR art. 8 nr. 2 kun gjelde for barnetjenester som eksempelvis YouTube Kids og MovieStarPlanet. Dersom en slik løsning var tiltenkt, ville det vært mer treffende å benytte ordet «*kun*», det vil si å nedfelle et krav om at informasjonssamfunnstjenesten «*kun*» tilbys til barn. Ordet «*directly*» kan vanskelig forstås å være av en så absolutt og utelukkende karakter at den begrenser anvendelsesområdet til GDPR art. 8 til kun slike informasjonssamfunnstjenester. I så tilfelle ville det kunne forventes at EU-organene hadde nevnt dette.

Ordlyden «*directly*» forstås dermed å innebære at informasjonssamfunnstjenesten omfattes av GDPR art. 8 dersom den tilbys uten mellomledd. Analysen vil imidlertid trekke inn flere typer argumenter og rettskilder.

### 3.3.2 Artikkel 29-gruppens uttalelser

Art.29-gruppen støtter oppfatningen om at ordet «*directly*» er ment som en avgrensning av den brede rekkevidden som følger av begrepet «*information society services*».<sup>140</sup> Det bekreftes videre at informasjonssamfunnstjenester ikke regnes for å være tilbudt «*directly*» til et barn om tilbyderen kun tilbyr tjenesten til personer som har fylt 18 år, og dette ikke avkreftes av øvrige bevis.<sup>141</sup> Det sies imidlertid ingenting om spørsmålet om informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen omfattes.

Det er tvilsomt om Art.29-gruppens utsagn kan tolkes antitetisk, det vil si om det kan forstås som at samtlige informasjonssamfunnstjenester som ikke eksplisitt gjør det klart overfor potensielle brukere at tjenesten kun tilbys til personer

---

140 A29WP 17/EN WP259 rev.01, s. 25.

141 I.c.

over 18 år, og dette ikke avkreftes av faktiske omstendigheter, regnes for å være tilbudt «*directly*» til et barn. Antakeligvis ville en slik tolkning gitt «*directly*» et så vidt nedslagsfelt at avgrensningsfunksjonen ville miste mye av sin betydning.

Art.29-gruppen har redegjort for ordet «*directly*» i sammenheng med kravet til et informert samtykke. I den forbindelse uttaler de at informasjonen må «*be given directly to individuals. It is not enough for information to be “available” somewhere.*»<sup>142</sup> (min utheving). Det kan diskuteres om denne uttalelsen kan bidra til forståelsen av «*directly*» slik den brukes i GDPR art. 8 nr. 1. Grunner som taler for dette er at Art.29-gruppen i uttalelsen omtaler kravet til samtykke, hvilket GDPR artikkel 8 nr. 1 representerer en særskilt regulering av. Grunner som taler imot er at uttalelsen er fra 2011, da arbeidet med GDPR var i startfasen. Dersom det lekkede utkastet til GDPR fra 2011, som ble nevnt i pkt. 2.3.2, legges til grunn, forelå det ingen spor av ordet «*directly*» i ordlyden. Dette, sett i sammenheng med uttalelsenes ikke-bindende karakter, taler for at nevnte uttalelse ikke kan legge føringer for innholdet i «*directly*» i GDPR art. 8 nr. 1. På den annen side gir uttalelsen uttrykk for et EU-rettslig ekspertorgans generelle forståelse av et ord i forbindelse med det samme rettslige instrumentet.

Denne rettskilden gir ikke noe klart svar på forståelsen av «*directly*».

### 3.3.3 Datatilsynenes uttalelser

Grunnet språkbegrensninger og begrenset informasjon om oppgavens problemstilling, vil kun datatilsynene i Danmark, England og Norge behandles.

Det norske datatilsynet forankrer ikke sin forståelse av GDPR art. 8 i ordlyden «*directly*»,<sup>143</sup> men fastslår at informasjonssamfunnstjenestene Facebook, Snapchat og Instagram omfattes av GDPR art. 8.<sup>144</sup> Disse sosiale mediene er rettet mot den generelle befolkningen, slik at det ikke ville vært rom for å omtale dem i forbindelse med GDPR art. 8 dersom det ble lagt til grunn at «*directly*» innebærer at informasjonssamfunnstjenesten utelukkende tilbys barn. Det legges til grunn at tilsynet mener nevnte informasjonssamfunnstjenester er tilbudt «*directly*» til barn. Det vises imidlertid ikke til noen resonnementer, slik at det er uklart hvordan datatilsynet kom til konklusjonen. Det er uklart om tilbydere intensjon er uten betydning eller ikke, og i så fall om denne må komme uttrykkelig eller konkludent til uttrykk.

---

142 A29WP 01197/11/EN WP187, s. 20.

143 Datatilsynet (udatert).

144 Datatilsynet (2018).

På spørsmål om forståelsen av ordlyden «*directly*» viser tilsynet til at den tolkes i retning av at tjenesten *bevisst må rettes mot barn*.<sup>145</sup> Ifølge tilsynet beror spørsmålet om informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen omfattes av bestemmelsen på en konkret vurdering og avveining av den enkelte tjenesten.<sup>146</sup>

Heller ikke disse standpunktene er forankret i noen rettslig analyse, slik at det er vanskelig å følge konklusjonen. Dersom kravet til at en informasjonssamfunnstjeneste er tilbudt «*directly*» forstås som at informasjonssamfunnstjenesten er rettet mot noen, blir spørsmålet hvordan dette skal avgjøres, herunder etter subjektive eller objektive kriterier. «*Rettet mot*» gir ikke mer informasjon enn «*directly*». En informasjonssamfunnstjeneste tilbudt den generelle befolkningen kan objektivt sett anses for å være rettet mot barn dersom den inneholder elementer som vanligvis tiltrekker seg barn, eksempelvis animasjoner. Subjektivt sett være kan tjenesten rettet mot barn dersom tilbyderen hevder at det er intensjonen. Da oppstår det også spørsmål om intensjonen må fremtre uttrykkelig eller konkludent, eksempelvis enten eksplisitt gjennom bruksvilkårene eller implisitt gjennom tjenesteinnholdet.

Det danske datatilsynet synes kun å fastslå at Facebook, Instagram og Snapchat er informasjonssamfunnstjenester og problematiserer ikke vilkåret «*directly*».<sup>147</sup>

Ifølge det britiske datatilsynet, Information Commissioner's Office (ICO),<sup>148</sup> vil en informasjonssamfunnstjeneste ikke være tilbudt "*directly*" til et barn dersom det tilbys gjennom et mellomledd («*intermediary*»). Denne forståelsen samsvarer med ordlyden, og forstås som en objektiv regel i den forstand at tjenesten enten er tilbudt uten mellomledd eller ikke. Dette skaper forutberegnelighet for virksomheter og foreldre. På den annen side kan forståelsen være mindre egnet som en avgrensning av kategorien av informasjonssamfunnstjenester.

ICO fremholder imidlertid også at enhver annen informasjonssamfunnstjeneste som «*explicitly states that it is for children, or has children of any age as its target audience is clearly being offered directly to a child*» (mine uthevninger).<sup>149</sup> Sistnevnte innebærer at en informasjonssamfunnstjeneste er tilbudt «*directly*» til et barn dersom den er gjort tilgjengelig for alle brukere uten noen aldersgrenser, eller dersom aldersgrensen inkluderer personer under 18 år.<sup>150</sup> ICOs tolkning omfatter dermed enkelte informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle

---

145 Datatilsynet (2019).

146 l.c.

147 Det danske datatilsynet (2017), s. 15.

148 Information Commissioner's Office (udatert).

149 l.c.

150 l.c.

befolkningen, herunder Facebook, Snapchat og Instagram. Denne forståelsen er ikke like lett å utlede fra bestemmelsens ordlyd, og det savnes en rettslig analyse. Denne delen av ICOs tolkning fremstår som et krav om at tilbyderer må angi målgruppen uttrykkelig for å ikke omfattes. Regelen synes å være objektiv i den forstand at tilbyderens intensjon ikke er avgjørende.

Det kunne innvendes at tilbydere kan omgå GDPR art. 8 dersom ICO mener at tjenesten uttrykkelig må gjøres tilgjengelig for barn, ved at de kan sette en illusorisk 18-årsgrense. ICO hevder imidlertid at informasjonssamfunnstjenester eksplisitt tilbudt personer over 18 år vil vurderes konkret for å undersøke om aldersgrensen er reell. Relevante momenter vil være innholdet på netjtjenesten, markedsføringsplaner, hvorvidt det foreligger systemer eller prosesser med formål å begrense tilgangen og hvorvidt brukere informeres om aldersgrensene. Dermed vil også konkludent adferd være relevant i fastleggingen av om en informasjonssamfunnstjeneste er tilbudt «*directly*» til barn.

Datatilsynene synes å mene at informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen anses å være tilbudt «*directly*» til barn. Det synes imidlertid å være uenigheter om fremgangsmåten. Videre er datatilsynenes tolkninger preget av tynne begrunnelser, og synes ikke forankret i ordlyden «*directly*». Dette gjelder imidlertid ikke ICOs ene forståelse av «*directly*» som uten mellomledd, da denne støtter ordlyden.

Det danske datatilsynet viser til typetilfeller uten noen begrunnelse, og det norske datatilsynet viser til en konkret vurdering uten å angi vurderingstema og -kriterier. Det er vanskelig å se den rettskildemessige forankringen. Å vise til konkrete vurderinger er uheldig ettersom det eksisterer et mylder av informasjonssamfunnstjenester som må vite om de omfattes av bestemmelsen eller ikke. For sin andre forståelse av «*directly*» tilbyr ICO kriterier til vurdering, til tross for at disse ikke kan utledes av ordlyden.

Det samlede bildet tyder imidlertid på at datatilsynene legger til grunn at «*directly*» omfatter informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen.

### **3.3.4 Formålsbetraktninger**

Det fremgår av fortalepunkt 38 at barn særlig skal vernes mot profilering. Det er påvist at barn er brukere av sosiale medier som blant annet Snapchat og Instagram, som oppretter brukerprofiler av barns personopplysninger. Det kan hevdes at det ikke ville være i tråd med dette fortalepunktet om «*directly*» ble tolket som at informasjonssamfunnstjenesten utelukkende må være tilbudt barn. For-

ståelsen ville være så snever at vernet mot profilering ikke ville gjelde på de nettstedene risikoen for dette er størst.

Et av EU-Kommisjonens forberedende dokumenter kan gi en viss pekepinn på hva som kan ha vært ment med «*directly*» i GDPR art. 8 nr. 1. EU-Kommisjonen uttaler at når tjenester «*are specifically addressed to children, the information provided and the tools to control the protection of personal data must be adapted to the target group's expected capabilities*» (min utheving).<sup>151</sup> Det kan synes som om intensjonen med regelverket er å verne barn som bruker tjenester som er spesifikt adressert mot dem.

Dette er noe annet enn tjenester rettet utelukkende mot barn, gjort tilgjengelig for barn og tilbudt uten mellomledd. I forbindelse med det oppstår spørsmålet om hva som skal ligge i «*addressed to*» – beror dette på tilbyderens intensjon eller er regelen objektiv? Må intensjonen i så fall fremtre uttrykkelig eller konkludent? Denne forståelsen kan hevdes å være sammenfallende med den fremholdt av det norske datatilsynet i pkt. 3.3.3. Ettersom EU-Kommisjonens utsagn ikke eksplisitt er koblet opp mot GDPR art. 8 er det usikkert om det kan brukes for å tolke innholdet i «*directly*». Dessuten er som nevnt ikke forarbeider en tungtveiende rettskilde i EU-retten på lik linje som i norsk rett.

Deler av litteraturen synes å forankre tolkningen av «*directly*» i formålsbetraktninger. For eksempel synes norsk litteratur å legge til grunn at tjenesten er tilbudt «*directly*» til barn dersom tilbyderen *bevisst retter* tjenestene sine mot dem, og at dette beror på en konkret vurdering.<sup>152</sup> Dette samsvarer med oppfatningene til det norske datatilsynet, se pkt. 3.3.3. Ved tvilstilfeller mener de gode grunner taler for å anse den enkelte informasjonssamfunnstjenesten omfattet av bestemmelsen, og at tilbyderens intensjon ikke vil være avgjørende. Dette forstås som at den konkrete vurderingen må følge en objektiv målestokk. Dette siste poenget må sees i kontekst med at få tilbydere tilkjennegir at de bestemt retter sine tjenester mot barn, selv om det reelt sett kan være tilfelle. Det er imidlertid vanskelig å vite hvordan denne konkrete vurderingen utledes av ordlyden og hvordan denne skal se ut.

Det hevdes videre at «*directly*» ikke kan forstås som et krav om at informasjonssamfunnstjenesten utelukkende er tilbudt barn.<sup>153</sup> Dette begrunnes med at en slik tolkning ville uthult formålet med bestemmelsen. Dette synspunktet kan

---

151 SEC/2012/72/FINAL, s. 107.

152 Skullerud (2018), s. 150-151.

153 Lievens (2018), s. 272.

det tilsluttes. Det upraktisk å ikke gi reguleringen effekt på sosiale medier som empirisk sett brukes mest av barn. Dette ville skape rom for omgåelse.

### 1.1.1 Juridisk teori

Noe av litteraturen synes å støtte ordlydstolkningen av «*directly*» i pkt. 3.3.1, i den forstand at informasjonssamfunnstjenesten må tilbys uten mellomledd.<sup>154</sup> Dette synes begrunnet i en komparativ analyse av COPPA og GDPR. Det vil redegjøres nærmere for dette under den komparative analysen i kapittel 4, da det kreves en presentasjon av COPPA for å forstå resonnetet.

Centre for Information Policy Leadership (CIPL)<sup>155</sup> har publisert en «*white paper*»<sup>156</sup> hvor de vurderer vilkåret om at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til barn. Dette er trolig den mest detaljerte fremstillingen av vilkåret som er tilgjengelig.

Ifølge organisasjonen innebærer «*direkte*» hverken at informasjonssamfunnstjenesten må tilbys utelukkende til et barn, ei heller at den er tilgjengelig for barn. «*Directly*» betyr heller ikke at tilbyderen uttrykkelig må hevde at den har en intensjon om å rette seg spesifikt mot barn under aldersgrensen satt i medhold av GDPR art. 8 nr. 1 annet punktum.<sup>157</sup> Denne forståelsen ville snevert inn bestemmelsens rekkevidde slik at den hadde mistet mye av sin betydning og ville skapt en omgåelsesfare ettersom de færreste informasjonssamfunnstjenestene tilkjennegir at de retter seg utelukkende mot barn.<sup>158</sup>

CIPL mener en forståelse av «*directly*» som gjort tilgjengelig for barn ville medført at samtlige informasjonssamfunnstjenester som ikke begrenser tilgangen til brukere under 18 år anses tilbudt barn, og dermed omfattes av GDPR art. 8.<sup>159</sup> De er dermed uenige i ICOs forståelse av vilkåret. CIPL viser til at denne forståelsen ville kreve at informasjonssamfunnstjenestene verifiserer brukernes alder, da dette ifølge Art.29-gruppen er en implisitt plikt.<sup>160</sup> Dermed ville disse tjenestene måtte samle inn personopplysninger om samtlige brukere, hvilket kunne gå på akkord med dataminimeringsprinsippet.

---

154 Meisinger (2019).

155 Organisasjonen beskriver seg som en global tenketank som arbeider med regulatoriske myndigheter og lovgivere for å utvikle løsninger for personopplysningsvern i det moderne informasjonssamfunnet, jf. Center for Information Policy Leadership (udatert). I forskningslitteraturen henvises det til organisasjonen, se eksempelvis Kuner (2015), s. 97.

156 En «white paper» er i denne sammenheng en detaljert rapport, se Merriam-Webster (udatert).

157 CIPL (2018), s. 9-10.

158 Ibid, s. 12.

159 Ibid, s. 11-12.

160 A29WP 17/EN WP259 rev.01, s. 25.



CIPL hevder imidlertid at personvernforordningen ikke hjemler en innsamling av samtlige brukeres alder. De fremholder at GDPR art. 8 nr. 2 kun krever at tilbyderen iverksetter «*reasonable efforts*» for å verifisere foreldresamtykket, ikke at vedkommende verifiserer alderen til tjenestens brukere.<sup>161</sup> En slik positiv forpliktelse ville skape store byrder for virksomhetene, og ville dermed måtte komme eksplisitt til uttrykk gjennom personvernforordningens ordlyd. CIPL forkaster forslaget under henvisning til at det ville være for inkluderende. Dette resonnementet er vanskelig å følge, ettersom CIPL ikke kan påberope seg dataminimeringsprinsippet som et argument dersom de mener det ikke eksisterer en aldersverifiseringsplikt. Da er ikke CIPLs innvendinger mot tolkningsalternativet i avsnittet over like godt begrunnet lenger.

Andre i litteraturen har pekt på argumentet om dataminimeringsprinsippet. Bestemmelsen i GDPR art. 24 trekkes frem, som krever at behandlingsansvarlig iverksetter tekniske og organisatoriske tiltak for å «*ensure and to be able to demonstrate*» at de overholder forordningens bestemmelser.<sup>162</sup> Argumentet er at tilbydere av informasjonssamfunnstjenester ikke kan overholde denne plikten med mindre de positivt vet hvem samtlige brukere er og at denne plikten vil stå i konflikt med dataminimeringsprinsippet. Det hevdes imidlertid at GDPRs formål om å verne om sårbare personers grunnleggende rettigheter må være tungtveiende. Her synes altså denne kilden og CIPL å være uenige om tilbyderne har en plikt til å verifisere brukernes alder, men også om dataminimeringsprinsippets vekt i forhold til formålet om å verne barns personopplysninger.

CIPL hevder at kravet til at en informasjonssamfunnstjeneste «*directly*» må tilbys barn vil «*be primarily a question of fact*».<sup>163</sup> Det gis ingen begrunnelse for dette standpunktet, og det kan ikke ses å være forankret i en rettsdogmatisk analyse. CIPL foreslår så en fremgangsmåte<sup>164</sup> for å avgjøre om en informasjonssamfunnstjeneste er tilbudt «*directly*» til et barn. Fremgangsmåten er ikke forankret i bestemmelsens ordlyd, og det vises ikke til hvilke rettskilder denne utledes fra. Dermed kan den muligens forstås som de lege ferenda i den forstand at den representerer CIPLs mening om hvordan bestemmelsen bør forstås.

Ifølge organisasjonen bør spørsmålet om en informasjonssamfunnstjeneste rettet mot den generelle befolkningen anses for å være tilbudt «*directly*» til et barn bero på en konkret risikoanalyse basert på bevis.<sup>165</sup> Relevante momenter vil være typen informasjonssamfunnstjeneste som tilbys, tilgjengeligheten av informa-

161 CIPL (2018), s. 10-12.

162 Better Internet for Kids (2017), s. 19-20.

163 CIPL (2018), s. 9.

164 Ibid, s. 12-15.

165 I.c.

sjonssamfunnstjenesten og hvorvidt tjenesten tiltrekker seg barn. Det vil ses hen til faktorer som *intensjonen* om å gjøre informasjonssamfunnstjenesten attraktiv til barn, om barn tidligere blitt tiltrukket av lignende informasjonssamfunnstjenester, og om registreringsprosessen røper en forutsetning om at brukerne er under aldersgrensen fastsatt i bestemmelsen. En risikobasert tilnærming fremholdes av henholdsvis Art.29-gruppen,<sup>166</sup> men kun med hensyn til tilbyderens innsamling av opplysninger om alder. CIPL mener denne risikobaserte vurderingen også bør gjelde for å avgjøre bestemmelsens rekkevidde, det vil si om en gitt informasjonssamfunnstjeneste er tilbudt «*directly*» til et barn.

Risikoanalyser er verktøy for å «*identifisere uønskede hendelser og risikoen for at disse skal inntreffe*».<sup>167</sup> Fordeler med risikoanalyser er at de er fleksible, hvilket tillater databehandling tilpasset kontekst, teknologi og bransjepraksis.<sup>168</sup> Dessuten utgjør risikobaserte tilnærminger en viktig del av GDPR.<sup>169</sup> Ulemper er imidlertid at personopplysningsrettslige risikoanalyser tradisjonelt har vært mindre formelle og strukturerte enn i andre bransjer, og det har ikke vært enighet om hvilke skader risikoanalysen skal identifisere og begrense.<sup>170</sup>

Den største utfordringen med CIPLs foreslåtte risikoanalyse er foruten den tynne rettskildemessige begrunnelsen, er at det er vanskelig å forstå hvordan den skal anvendes. Ville informasjonssamfunnstjenester som foretar høyrisiko databehandling omfattes av GDPR art. 8, og informasjonssamfunnstjenester som foretar lavrisiko databehandling ikke omfattes av GDPR art. 8? Ville da nasjonale samtykkeregler gjelde for lavrisikotilfellene som faller utenfor GDPR art. 8? Dette burde ha vært drøftet ytterligere. Videre følger det ikke naturlig av ordlyden «*directly*» at det må foretas en risikovurdering. Dersom dette var lovgivers ønske ville et annet ord vært mer egnet.

Momentene og faktorene forslått i CIPLs risikoanalyse kan muligens også forstås som en anvisning på avveining av ulike reelle hensyn for å avgjøre om det er formålstjenlig å anse informasjonssamfunnstjenesten som omfattet. Det norske begrepet reelle hensyn brukes her i snever forstand, ettersom EU-domstolen anvender formåls- og harmonibetraktninger, men ikke alminnelige rimelighetsbetraktninger, argumenter om den mest praktiske løsningen og andre subjektive argumenter.<sup>171</sup> Diskusjonen om reelle hensyns rettskildemessige status i

---

166 A29WP 17/EN WP259 rev.01, s. 25.

167 Datatilsynet (2015).

168 CIPL (2016), s. 43.

169 Gellert (2018), s. 279.

170 CIPL (2014), s. 1.

171 Cordero-Moss (2014), s. 1 og Blandhol (2005), s. 322-323.

norsk rett behandles ikke i oppgaven.<sup>172</sup> Det er mulig EU-domstolen vil kunne avgjøre spørsmålet på bakgrunn av formålsbetraktninger, men slike formålsbetraktninger er ikke enkle å utlede av foreliggende rettskilder.

CIPL påberoper seg videre systemtolkninger som ledd i fastleggingen av innholdet i «*directly*». Ifølge dem bør det dras en parallell til reglene om tilbud om varer og tjenester generelt i EU.<sup>173</sup> Det vises til GDPR fortalepunkt 23 om at det ikke er tilstrekkelig for å fastslå en *intensjon* om å tilby varer og tjenester innad i EU at en tilbyder av som ikke oppholder seg i EU gjør tilgjengelig en nettside for EU-borgere. Dersom innholdet i internettsiden, eksempelvis språk eller lokalvaluta, tyder på at det er *intensjonen*, vil det derimot kunne legges til grunn at hensikten var å tilby dette innad i EU. Det foreslås en lik tilnærming ved fastleggingen av fremgangsmåten for å avgjøre hvilke informasjonssamfunnstjenester som skal anses «*directly*» tilbudt et barn.

Dermed forstås organisasjonens argumenter som at tilbyderens intensjoner er relevant og at denne kan påvises gjennom konkludent atferd. Kanskje hevder CIPL også at intensjonen er avgjørende, men dette fremkommer ikke klart. At det må påvises en intensjon gjør det vanskeligere å anvende GDPR art. 8 enn om den var en klar objektiv regel. Det ville ikke vært klart hvilke informasjonssamfunnstjenester som henholdsvis omfattes eller ikke, hvilket gjør retts situasjonen lite forutsigbar for tilbydere og foreldre.

CIPL synes å gå glipp av muligheten til å fremme et forslag til tolkning av rekkevidden som har solid forankring i ordlyden «*directly*». Det fremstår som om de konstaterer at ordlyden er uklar for så å vise til egne forslag til løsninger uten videre begrunnelse. Dette svekker argumentenes gjennomslagskraft.

I andre deler av litteraturen hevdes det at empiri vil kunne avdekke de mest populære informasjonssamfunnstjeneste blant barn.<sup>174</sup> Denne konklusjonen er vanskelig å forstå, da den ikke følger noe rettslig resonnement. Muligens menes det at det må vurderes konkret om en gitt informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen skal anses for å være tilbudt «*directly*» til et barn. Henvisningen til empiri sier heller ingenting om oppfatningen er at vurderingen er objektiv eller subjektiv, eller om tilbudet må gis uttrykkelig eller konkludent. Heller ikke dette forslaget lar seg utlede av ordlyden.

---

172 Skoghøy (2013), s. 257 viser til kritikk rettet mot bruken av reelle hensyn, men legger til grunn at de har en plass i norsk rettskildelære blant annet basert på Høyesteretts bruk av dem.

173 CIPL (2018), s. 10-11.

174 Better Internet for Kids (2017), s. 19-20.

Også norsk litteratur stiller seg tilsynelatende bak oppfatningen om at tilbudt «*directly*» til et barn omfatter informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen. Dette nevnes ikke eksplisitt og ordlyden «*directly*» problematiseres ikke, men det nevnes uttrykkelig at barn som har nådd bestemmelsens aldersgrense kan samtykke til bruken av Facebook.<sup>175</sup> Den manglende forankringen i ordlyden svekker kildens gjennomslagskraft.

I annen litteratur hevdes det at tilbudt «*directly*» til et barn må forstås slik at tjenesten enten må være adressert til et barn, eller at tilbydereren må ha positiv kunnskap til at den bestemte brukeren er et barn, og viser til momenter angitt i amerikanske reguleringer i COPPA.<sup>176</sup> COPPA opererer som nevnt med lignende ordlyd og EU har latt seg inspirere av reguleringen. COPPA diskuteres nærmere i kapittel 4. Det er ikke klart om *adressert til barn* skal forstås etter en subjektiv eller objektiv målestokk, og uttrykkelig eller konkludent. Det som i alle fall er klart er at COPPA ikke kan brukes for å fastlegge innholdet i GDPR art. 8 i en rettsdogmatisk analyse.

Det vises til at tjenester med barn som målgruppe utgjør en så snever del av de informasjonssamfunnstjenestene et barn kan få adgang til, og påpeker at dette er problematisk ettersom de fleste barn benytter seg av informasjonssamfunnstjenester som ikke har dem som målgruppe.<sup>177</sup> Det hevdes dermed til at det vanskelig kan sees at barn som bruker disse informasjonssamfunnstjenestene som er rettet mot allmennheten ikke omfattes, men at det vil være opp til EDPB og datatilsynene å fastlegge fremgangsmåten for å foreta skillet.

Det er vanskelig å trekke klare slutninger fra juridisk teori. For det første er det ikke konsensus i litteraturen om betydningen av «*directly*» men også om vurderingstema til konkrete vurderinger, innholdet i dem og betydningen av tilbyderens intensjoner. Det er vanskelig å se den ordlydsmessige forankringen til CIPPs risikoanalyse samt dens virkning i praksis. Organisasjonen synes heller ikke å lykkes i å avfeie ICOs tolkning om at «*directly*» innebærer at informasjonssamfunnstjenesten er tilgjengelig for personer under 18 år.

Det synes likevel å være enighet om at «*directly*» ikke betyr at informasjonssamfunnstjenesten utelukkende må tilbys barn.

---

175 Wessell-Aas (2018), s. 279.

176 Feiler (2018) s. 90.

177 Macenaite (2017), pkt. 6.2.

### 3.3.5 Barnets beste

Det fremgår av BK art. 3 at «*ved alle handlinger som berører barn (...) skal barnets beste være et grunnleggende hensyn*». Ordet «*child*» kan også forstås å rette seg mot barn som en kollektiv gruppe.<sup>178</sup> Det fremgår av fortalen til BK i avs. 5 at barn skal nyte et særlig vern og det skal tilrettelegges for dem på en måte som gjør dem i stand til å ta ansvar i samfunnet. I fortaleavsnitt 9 fremheves barn som personkrets som trenger særlig omsorg og vern grunnet deres fysiske og psykiske umodenhet.

Barnets beste er et av BKs grunnprinsipper og har en materiell side, en prosessuell side og skal brukes som en tolkningsprinsipp.<sup>179</sup> I denne oppgaven er denne tredje funksjonen relevant, ved at der en bestemmelse gir opphav til flere tolkningsalternativer, skal det tolkningsalternativet som «*most effectively serves the child's best interests*» velges.<sup>180</sup> Art.29-gruppen synes å mene at barns krav på personopplysningsvern vil måtte vike for barnets øvrige rettigheter der det måtte være en kollisjon mellom dem.<sup>181</sup>

Barnets beste er et dynamisk og fleksibelt konsept, og egner seg derfor best til konkrete vurderinger.<sup>182</sup> Dersom «*directly*» kunne forstås som at tjenesten må være rettet mot barn og dette ville bero på en konkret vurdering, slik det norske Datatilsynet og enkelte i litteraturen fremholder, ville barnets beste lagt føringer på den konkrete vurderingen. Det er imidlertid krevende å utlede noen rettesnorer ut av hensynet til barnets beste på det abstrakte nivået oppgaven ligger på. Det kan kanskje hevdes at ut fra et personopplysningsvern-perspektiv taler barnets beste for at en objektiv og klar forståelse av «*directly*» legges til grunn, slik ordlyden legger opp til og ICO delvis påpeker om at tjenesten må tilbys umiddelbart eller uten mellomledd. På den annen side tilsier barns utviklingssituasjon at tilnærmingen bør være fleksibel. Det kan likevel være vanskelig for tilbydere å overholde en regel som ikke er klar, som kan være til barns ulempe.

Barnekomiteen har i den siste tiden rettet særlig oppmerksomhet mot barns digitale tilstedeværelse.<sup>183</sup> I skrivende stund har den publisert en «*Concept Note for a General Comment on children's rights in relation to the digital environment*».<sup>184</sup> Her oppfordres fagmiljøet til å fremme innspill. Formålet er å opp-

---

178 CRC/C/GC/14, s. 4.

179 I.c.

180 I.c.

181 A29WP 00483/08/EN WP 147, s. 5.

182 CRC/C/GC/14, s. 9.

183 CRC/C/GC/20, s. 13.

184 Concept Note for a General Comment on children's rights in relation to the digital environment (udatert).

fordre handling fra statene, fremme forslag til tiltak som kan sikre staters overholdelse av deres forpliktelser etter BK i en digital kontekst, samt at virksomheter tar ansvar. Det foreligger ikke opplysninger om når denne generelle kommentaren kan ventes, men fristen for å sende inn forslag er den 15. mai 2019. Forhåpentligvis vil denne generelle kommentaren kunne gi føringer for tolkningen av barns personopplysningsvern inntil EU-domstolen avsier en dom om spørsmålet.

### 3.3.6 Konsekvenstolkning

En konsekvenstolkning ville muligens kunne klargjort hvorvidt en regel er formålstjenlig. I alle tilfelle ville den kunne gi en bedre forståelse av regelen. Å forsøke å fastlegge innholdet i ordet «*directly*» gjennom en konsekvenstolkning byr imidlertid på utfordringer. En grunn til dette er at GDPR ikke angir noe utgangspunkt for barns samtykkekompetanse på personopplysningsområdet, se pkt. 2.4. Slik sett eksisterer det ikke noe referansepunkt, og dermed ingen relativitet for vurderingen. Dette kompliseres av medlemsstatenes unntaksadgang til å fastsette lavere aldersgrenser for samtykke, jf. GDPR art. 8 nr. 1 annet punktum. Situasjonen blir da at de respektive medlemsstatenes regler om barns rettslige handleevne må klarlegges, før det så undersøkes hvilken aldersgrense de har valgt som unntaket ved bruk av informasjonssamfunnstjenester, jf. GDPR art. 8 nr. 1.

Det kunne tenkes at GDPR art. 8 nr. 1 i utgangspunktet senker aldersgrensen for barns samtykkeadgang på internett i forhold til den fysiske verden, ettersom hovedregelen i de fleste europeiske land er at barn under 18 år mangler rettslig handleevne. BK krever imidlertid at barn også får ytre seg, delta, leke, og bli hørt, særlig viktig blir dette for tenåringer.<sup>185</sup> I de fleste europeiske land anses barn mellom 14 til 16 år som samtykkekompetente i spørsmål om deres personopplysninger.<sup>186</sup> Kanskje har en medlemsstat angitt en høyere aldersgrense i medhold av GDPR art. 8 nr. 1 tredje punktum enn dets vergemålsrettslige utgangspunkt.

For norske barns vedkommende kan det fastslås at dersom «*directly*» gis en vid betydning vil 13-åringer kunne samtykke på *flere* informasjonssamfunnstjenester enn om «*directly*» gis en snever betydning. Dermed utvides 13-åringers samtykkekompetanse i forhold til hva som gjelder i den fysiske verden (15 år) eller informasjonssamfunnstjenester som ikke omfattes av bestemmelsen, se pkt. 2.4. En slik konsekvenstolkning er medlemsstatsspesifikk, og kan vanskelig gi ordet «*directly*» en unison betydning på tvers av EU. Dette gjør det kre-

---

185 BK art. 12-15.

186 Macenaite, (2017) s. 152.

vende å bringe på det rene hvorvidt en vid eller snever tolkning av ordet «*directly*» vil medføre et styrket eller svekket personopplysningsvern.

### 3.4 Oppsummering av den rettsdogmatiske analysen

Det er ikke enkelt å gi en endelig konklusjon på hva som skal menes med at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn. Dette skyldes først og fremst den sparsomme rettskildemessige situasjonen ved at GDPR art. 8 er en ung bestemmelse. Tilgjengelige kilder har ikke stor vekt, ikke alle kildene er velbegrunnede og kildene trekker i ulike retninger. Videre er det spesielt krevende å foreta konsekvenstolkninger ettersom EU ikke har kodifisert et samtykkerettslig utgangspunkt for barn. Dermed blir konsekvenstolkningene medlemsstatsspesifikke og lite egnet til å bidra til en felles EU-rettslig forståelse.

Rettskildene trekker i retning av at en forståelse av «*directly*» som utelukkende rettet mot barn ville gitt et for snevert resultat og uthult bestemmelsens vern. En slik forståelse fremkommer heller ikke tydelig av ordlyden, ville harmonert dårlig med bestemmelsens formål, hensynet til barnets beste, og datatilsynenes veiledninger. Den forkastes også i litteraturen.

Ordlyden «*directly*» leder tankene i retning av at tjenesten må tilbys umiddelbart eller uten mellomledd. ICO legger samme forståelse til grunn, og synspunktet synes støttet av noe litteratur. ICOs øvrige tolkning om at informasjonssamfunnstjenester som ikke opererer med noen aldersgrenser, eller opererer med aldersgrenser som inkluderer personer under 18 år er tilbudt «*directly*» til barn kan vanskelig ses å være forankret i ordlyden, men har visse likhetstrekk med det som foreslås i øvrige rettskilder, nemlig at tjenesten på et vis må rettes mot barnet. Regelen synes å være objektiv og ikke særlig krevende å forholde seg til.

Det norske datatilsynet og deler av litteraturen forstod som nevnt «*directly*» som et krav om at informasjonssamfunnstjenesten måtte være rettet mot barn, og hevdet dette måtte fastlegges gjennom en konkret vurdering. Dette standpunktet ble ikke forankret i en ordlydstolkning. Det ble ikke angitt momenter, og det synes forøvrig også å være uenighet om vurderingen skal være objektiv eller subjektiv, det vil si om tilbyderens intensjon er avgjørende eller ikke. Enkelte fremholder at «*directly*» bør bero på risikoanalyser, men det er vanskelig å forstå hvordan det skal fungere i praksis, og hva følgene av risikoanalysen ville bli. Momentene foreslått i risikoanalysen synes heller ikke å være rettskildemessig forankret.

Annen litteratur mente informasjonssamfunnstjenesten måtte være adressert til barn, uten at dette ble begrunnet nærmere. Ordet «*directly*» synes erstattet med et nytt ord som ikke sier stort mer. Forarbeidene trakk også i retning av en slik forståelse, men ble uttalt på et meget tidlig stadium og ikke i tilknytning til GDPR art. 8. Barnets beste synes heller ikke å gi stort bidrag til tolkningen.

I mangel av andre holdepunkter kan antakeligvis kravet om at informasjonssamfunnstjenesten må være tilbudt «*directly*» til barn forstås som at tjenesten ikke må tilbys gjennom et mellomledd. Denne forståelsen harmonerer best med ordlyden og fremholdes av ICO samt enkelte i litteraturen. Videre fremstår den som en objektiv regel og er enkel for virksomheter og foreldre å forholde seg til. Med denne forståelsen omfattes informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen, herunder Facebook, Instagram og Snapchat.

Det kan innvendes at forståelsen muligens minker ordlydens avgrensingsfunksjon avhengig av hvor praktisk det er å anvende informasjonssamfunnstjenester gjennom eksempelvis portaler. Mulige innvendinger er også at det ikke synes så være en unison oppfatning blant datatilsynene om at dette er slik «*directly*» skal forstås.

Det må minnes på at konklusjonen er foretatt på tynt rettskildemessig grunnlag, og dermed er mindre sikker. Først og fremst skyldes det at de få tilgjengelige rettskildene er sprikende, og at foreslåtte løsninger ikke uten videre kan utledes av ordlyden «*directly*». Det har blitt forsøkt å konkludere på bakgrunn av et så bredt og solid grunnlag som mulig, og det har blitt konkludert på grunnlag av ordlyden. Det er likevel ikke garantert at EU-domstolen vil lande dette resultatet dersom den skulle få seg oppgavens problemstilling forelagt.



## 4 Et komparativt blikk til USA

### 4.1 Innledning

Som nevnt følger det av GDPR art. 8 nr. 1 at barn som under 16 år ikke på egenhånd kan samtykke til behandling av personopplysninger på informasjonssamfunnstjenester som er tilbudt dem «*directly*». I Norge gjelder dette for barn under 13 år, jf. personopplysningsloven § 5. I forrige kapittel ble det foretatt en rettsdogmatisk analyse av innholdet i dette kravet. Konklusjonen ble at «*directly*» betød at informasjonssamfunnstjenesten måtte tilbys uten mellomledd.

Mye av de metodiske utfordringene ved den rettsdogmatiske analysen kan skyldes at EU har sett til COPPA ved utformingen av GDPR art. 8. Det kan derfor være illustrativt å rette et komparativt blikk mot reguleringen av barns personopplysningsvern på internett i COPPA.

Situasjonen er den at det eksisterer få rettskilder som avklarer innholdet i GDPR art. 8. Enkelte steder i litteraturen om GDPR art. 8 vises det til COPPA når innholdet i kravet «*directly*» i GDPR art. 8 diskuteres.<sup>187</sup> Amerikansk rett ikke kan anvendes i en rettsdogmatisk analyse av europeisk rett. Henvisningen til COPPA skyldes nok at amerikansk rett allerede har regulert det samme spørsmålet. GDPR art. 8 søker å regulere, og mye taler for at EU har latt seg inspirere av disse amerikanske reguleringene ved vedtakelsen av GDPR art. 8.<sup>188</sup> Derfor er det av interesse å få et overblikk av hvordan dette er regulert i amerikansk rett. Forholdet mellom COPPA og GDPR art. 8 diskuteres nærmere under pkt. 5.2.

En annen grunn til at amerikanske reguleringer vil behandles, skyldes den grenseoverskridende karakteren av personopplysninger. Med dagens teknologi flyter personopplysninger på kryss og tvers av landegrenser og jurisdiksjoner, og virksomheter vil måtte forholde seg til ulike personopplysningsrettslige instrumenter. Det vil derfor være relevant å undersøke amerikanske reguleringer.

Det understrekes at oppgaven ikke forsøker å anvende COPPA til å normere EU-retten; det vil si at amerikansk rett ikke brukes i en rettsdogmatisk analyse for å fastlegge innholdet i GDPR artikkel 8. Amerikansk brukes kun som et komparativt bidrag til diskusjonen rundt innholdet i GDPR art. 8.

---

187 Feiler (2018), s. 90.

188 Macenaite (2017), s. 152.

## 4.2 COPPA – Amerikanske barns personopplysningsvern på internett

I 1998 vedtok den amerikanske Kongressen COPPA for å «*put parents in control of information collected online from children under 13*». <sup>189</sup> Lovgivningen trådte i kraft i 2000, og ble revidert i 2012 slik at den kunne holde tritt med den teknologiske utviklingen, herunder fremveksten av sosiale medier. <sup>190</sup> Loven håndheves av The Federal Trade Commission <sup>191</sup> (FTC), <sup>192</sup> og «*prohibits unfair or deceptive acts or practices in connection with the collection, use, and/or disclosure of personal information from and about children on the Internet*». <sup>193</sup>

I likhet med GDPR artikkel 8 nr. 1 opererer COPPA 16 CFR 312.2 med kravet om at en nettside eller nettjeneste må være «*directed to children*». Til forskjell fra GDPR er innholdet i «*directed to children*» kodifisert og det angis det to måter å fastlegge dette på. Disse forstås som de amerikanske hovedreglene for behandling av barns personopplysninger på nettjenester.

I motsetning til forståelsen av barn som personer under 18 år etter GDPR, definerer COPPA barn som personer under 13 år. Videre opererer COPPA med begrepet «*Web site or online service*» <sup>194</sup> istedenfor «*information society services*», slik det gjøres i GDPR art. 8. Ordlydene har store likhetstrekk, men for å tydeliggjøre hvilken lovgivning som drøftes vil ikke begrepet informasjonssamfunnstjenester benyttes der COPPA er gjenstand for diskusjonen. Isteden vil ordet «nettjeneste» brukes som en oversetting av «*Web site or online service*». Nedenfor vil det redegjøres kort for innholdet i de relevante bestemmelsene i COPPA.

### 4.2.1 Hovedregler

Det fremgår av COPPA 16 CFR 312.2 at kravet om at en nettjeneste må være «*directed to children*» skal forstås som at nettjenesten må være rettet mot («*targeted to*») barn. Tross den umiddelbare likheten mellom bestemmelsene er det en forskjell mellom COPPAs formulering «*directed to*» og GDPR art. 8s «*the offer of (...) directly to*». Førstnevnte ordlyd leder tankene mer i retning av at internettjenesten adresseres til eller rettes mot barn enn er tilfellet for GDPR art. 8. Enkelte i litteraturen peker på dette som en viktig forskjell mellom instru-

---

<sup>189</sup> Federal Trade Commission (1999).

<sup>190</sup> Better Internet for Kids (2017), s. 16.

<sup>191</sup> FTC er et føderalt organ med «*both consumer protection and competition jurisdiction in broad sectors of the economy*», se Federal Trade Commission (udatert).

<sup>192</sup> Federal Trade Commission (2015), pkt. A.1.

<sup>193</sup> COPPA 16 CFR 312.1.

<sup>194</sup> COPPA 16 CFR 312.2.

mentene, og argumenterer med at GDPR art. 8 krever at informasjonssamfunnstjenesten tilbys uten mellomledd.<sup>195</sup>

Det er kodifisert en rekke kriterier for å avgjøre om en nettsjeneste er tilbudt «*directed to children*». Relevante momenter vil være tjenestens emne eller tematikk, visuelle innhold, hvorvidt det foreligger animerte karakterer på tjenesten, om den inneholder aktiviteter eller insentiver som retter seg mot barn, musikk, alderen til modeller, barnekjendiser og språk. Videre gis FTC adgang til å vurdere «*competent and reliable empirical evidence*» som grunnlag for å fastlegge hvem som er de faktiske og tiltenkte brukerne. Disse momentene tyder på at tilbyderer ikke uttrykkelig trenger å hevde at den er rettet mot barn. Dette kan kalles for hovedregel 1.

I motsetning til COPPA kodifiserer ikke GDPR art. 8 noen presiserende momenter, hvilket gjør tolkningen av bestemmelsen krevende, men kanskje også støtter opp om argumentet om at «offer of (...) *directly* to a child», jf. GDPR art. 8 ikke skal forstås likt som COPPA, men heller som et krav om at tjenesten må tilbys uten mellomledd. Helhetsvurderingen som kodifiseres i COPPA minner om enkelte av forslagene fremholdt i juridisk teori og det norske datatilsynet, se pkt. 3.3.

I det tilfelle det ville vært lagt til grunn at «*directly*», jf. GDPR art. 8 betyr at informasjonssamfunnstjenesten må være *rettet mot* barn slik enkelte hevdet under pkt. 3.3, kunne det diskuteres om den konkrete vurderingen ville kunne brukt momenter som angitt i COPPA 16 CFR 312.2. I så fall ville ikke momentene vært anvendt i egenskap av å være momenter i amerikansk lovgivning, men muligens som EU-rettslige reelle hensyn (i snever forstand, se pkt. 3.2.) som viser seg å være sammenfallende grunnet det lignende fenomenet de regulerer.

COPPA lovfester videre i 16 CFR § 312.2 at en nettsjeneste skal regnes for å være «*directed to a child*» der tilbyderer har «*actual knowledge*» om at den samler inn personopplysninger direkte fra brukere av en annen nettsjeneste rettet direkte mot et barn. Dette kan kalles for hovedregel 2. Det fremgår ikke av lovteksten hvordan denne faktiske kunnskapen skal påvises, men FTC viser til de gjennom egen praksis har utledet en konkret vurdering for å avgjøre spørsmålet.<sup>196</sup>

Den ene situasjonen der tilbyderer anses for å ha faktisk kunnskap, er enhver direkte kommunikasjon med den andre nettsjenesten som er «*directed to*» barn som tyder på «*the child-directed nature of its content*». Den andre situasjonen

---

195 Meisinger (2019).

196 Federal Trade Commission (2015), pkt. D10.

som kan gi grunnlag for faktisk kunnskap om at det samles inn personopplysninger om barn, er der en representant for tilbyderselskapet blir klar over at innholdet på den andre nettsiden retter seg direkte mot barn.<sup>197</sup> GDPR art. 8 opererer ikke med en regel om positiv kunnskap.

#### 4.2.2 Unntak

Det er kodifisert to unntak fra disse utgangspunktene, i COPPA 16 CFR § 312.2. Det fremgår av det første unntaket at en nettside som anses for å være rettet direkte mot et barn i henhold til momentene i hovedregel 1, men som *ikke* har barn som primærmålgruppe (*«does not target children as its primary audience»*) likevel ikke skal regnes som å være rettet direkte mot et barn dersom to vilkår er oppfylt. Disse vilkårene forstås å være kumulative, jf. bruken av bindeordet *«and»*. For det første må ikke nettsiden samle inn personopplysninger fra brukerne før brukernes alder er klarlagt. For det annet må ikke nettsiden samle inn, bruke eller formidle personopplysninger fra brukere som identifiserer seg som under 13 år før tilbyderen innhenter foreldresamtykke i medhold av COPPA 16 CFR § 312.4. Dette kan kalles for unntak 1.

En nettside regnes heller *ikke* for å være *«directed to children»* dersom den kun henviser videre til en *«commercial web site or online service»* rettet direkte mot barn gjennom *«information location tools»*. Dette kan kalles for unntak 2.

GDPR art. 8 opererer ikke med noen unntak fra *«offer of (...) directly»*-kravet. Muligens kan også dette tas til inntekt for at *«directly»* i GDPR art. 8 skal forstås som et krav om at informasjonssamfunnstjenesten ikke skal tilbys uten mellomledd. Dersom ordet skulle bety noe mer ville det vært en oppfordring til å detaljregulere ytterligere eller i alle fall kodifisere unntak.

### 4.3 Oppsummering

Selv om det er likheter mellom GDPR og COPPA, er COPPA vesentlig mer detaljert, med et mye mer snevert formål og rekkevidde enn GDPR, best illustrert med at større deler av COPPA sammenholdes med kun én konkret bestemmelse i GDPR art. 8. Som rettslig instrument kan det hevdes at GDPR har bredere ambisjoner ved at den søker å oppnå en generell regulering av personopplysninger på et regionalt plan. Bestemmelsen i art. 8 om barns personopplysningsvern på informasjonssamfunnstjenester utgjør i så måte kun en liten bit av et større puslespill.

---

197 I.c.

Ordlyden «*offer of (...) directly to a child*» etter GDPR art. 8 og «*(...) directed to a child*» etter COPPA har tross umiddelbare likheter, en forskjell. Den amerikanske ordlyden forstås lettere som et krav om at nettsjeneren må rettes mot barn, og dette følges blant annet opp av kodifiserte momenter og unntak. Denne komparative analysen kan muligens hevdes å støtte ordlydstolkningen av GDPR art. 8.

I dette kapitlet ble det kort pekt på likheter og forskjeller mellom reguleringen av barns personopplysningsvern på internettjenester i henholdsvis COPPA og GDPR art. 8. Det har blitt sett på de mest sentrale bestemmelsene i COPPA som behandler tilsvarende ordlyd som «*directly*» i henhold til GDPR art. 8 nr. 1, i håp om at de kan gi et komparativt bidrag i forståelsen av bestemmelsens rekkevidde. Selv om det er betydelige likheter mellom ordlydene i de to rettslige instrumentene er det likevel en forskjell som kan brukes til å støtte konklusjonen på den rettsdogmatiske analysen under pkt. 3.4.

## 5 Avsluttende bemerkninger

### 5.1 Innledning

En mulig årsak til de metodiske utfordringene ved tolkningen av GDPR art. 8 kunne muligens skyldes at bestemmelsen til dels er en rettslig transplantasjon av enkelte elementer i COPPA. Dersom dette er tilfellet er mye av helheten og konteksten som COPPA har blitt mistet ved transplantasjonen med det resultat at innholdet i GDPR art. 8 er vanskeligere å tolke og forstå.

### 5.2 GDPR art. 8 – En rettslig transplantasjon?

Rettslige transplantasjoner, «*legal transplants*» på engelsk, er et fenomen som diskuteres i komparativ rett. Med rettslige transplantasjoner menes at lovgiver i et rettssystem vedtar en ny lovbestemmelse som i hovedtrekk følger reglene i et annet rettssystem.<sup>198</sup> Det kan muligens hevdes at EUs inspirasjon av COPPA faller under denne definisjonen. Nedenfor skal det presenteres argumenter for og mot.

Juridisk teori synes å være av oppfatningen om GDPR art. 8 som en rettslig transplantasjon av COPPA.<sup>199</sup> Allerede fra nittitallet pågikk det samarbeid om personopplysningsrettslige reguleringer mellom EU og USA.<sup>200</sup> På denne tiden kan det hevdes at inspirasjonen gikk i motsatt retning ved at EU bidro med innspill til USA da COPPA ble vedtatt, på bakgrunn av at EU noen år tidligere hadde vedtatt personverndirektivet. Det kan likevel spørres hvor mye personverndirektivet hadde å tilby COPPA på det tidspunktet, ettersom direktivet ikke eksplisitt regulerte barns personopplysningsrettslige stilling.

Etterhvert begynte inspirasjonen å gå i retning USA til Europa. I sin uttalelse fra 2010 viste Art.29-gruppen til hvordan amerikanere hadde regulert tilsvarende spørsmål om barns personopplysningsvern i COPPA.<sup>201</sup> Art.29-gruppen syntes igjen å ta opp linjer til COPPA i sin anbefaling fra 2011, hvor de i foreslo å innta i personopplysningsregelverket en «*sliding scale*»-tilnærming som en meka-

---

198 Siems (2018), s. 231-232.

199 Macenaite (2017), s. 184.

200 Montgomery (2017) s. 16.

201 A29WP 0836/10/EN WP179, s. 24.

nisme for å verifisere aldersverifisering, fremfor en enkelt regel.<sup>202</sup> Ifølge dem ville en «*sliding scale*»-tilnærming best kunne ta høyde for konkrete omstendigheter, herunder behandlingsformålet, risikoen ved behandlingen, typen personopplysninger som innsamles og hvorvidt personopplysningene skal viderefremmes. Denne løsningen ble ikke inntatt i GDPR art. 8. COPPA er ikke eksplisitt nevnt i uttalelsen, men denne foreslåtte konkrete vurderingen kan hevdes å ha elementer til felles med de amerikanske reguleringene.

I en artikkel publisert av organisasjonen European Digital Rights<sup>203</sup> (EDri) i 2011 ble det vist til at et lekket utkast av GDPR førte til lobbyvirksomhet fra amerikanske myndigheter overfor EU-myndigheter.<sup>204</sup> Fra amerikansk hold ble det forsøkt å påvirke til en endring av GDPR slik at den kunne harmonisere de respektive jurisdiksjoners personopplysningsregler. De hevdet blant annet at utkastet til GDPR innebar en materiellrettslig divergens fra amerikansk rett, og at de foreslåtte bestemmelsene i stor grad hindret fli flyt av personopplysninger.<sup>205</sup> Antakeligvis var det europeiske personopplysningsregelverket relevant for amerikanske myndigheter ettersom flere amerikanske virksomheter vil måtte forholde seg til dem der tjenestene tilbys i Europa.

Av forarbeidene til GDPR fremgår det uttrykkelig at reglene om barns samtykke på internett, især kravet om foreldresamtykke for barn yngre enn 13 år, var inspirert av den amerikanske COPPA-reguleringen.<sup>206</sup> EU-Kommisjonen påpekte at en slik inspirasjon ikke ville «*impose undue and unrealistic burden upon providers of online services and other controllers*». Med dagens rettskildesituasjon kan det spørres om det rent faktisk er så byrdefritt for tilbyderne som EU-Kommisjonen forespeilet seg i 2012. Situasjonen i dag er den at det foreligger sparsomt med EU-rettslige kilder som avklarer hvordan EU ønsker «*directly*» i GDPR art. 8 nr. 1 tolket. På den annen side inneholder COPPA detaljerte regler som løser spørsmålet, regler som åpenbart har inspirert GDPR artikkel 8, men som formelt tilhører et annet rettssystem. Ettersom det EU-rettslige rettskildebildet er sparsomt har det vist seg nyttig å vise komparativt til COPPA og bruke reguleringen som en illustrativ informasjonskilde.

Som påpekt under pkt. 4.2 er det likevel ulikheter mellom ordlyden i de to rettslige instrumentene, noe som taler for at det har skjedd noen endringer i veien fra COPPA til GDPR art. 8. Dette er det viktigste argumentet mot at GDPR art. 8 er

202 A29WP 01197/11/EN WP187, s. 27-28.

203 EDri beskriver seg selv som en forening av sivile og menneskerettslige organisasjoner i Europa som søker å «*defend rights and freedoms in the digital environment*», se EDri (udatert).

204 EDri (2011).

205 Ibid, i linken til «*Informal note*» på s. 2 i pdf-filen.

206 SEC(2012) 72 final, s. 68 og ST 11028 2014 INIT (2014), s. 87 i fotnote 87.

en rettslig transplantasjon. På den annen side kan det hevdes at bestemmelsen likevel utgjør en delvis transplantasjon til tross for at vilkåret «*directly*» ikke skal forstås likt. Selv i en slik situasjon er det flere likhetselementer mellom bestemmelsene i de to instrumentene.

Det skilles mellom horisontale og vertikale rettslige transplantasjoner. Med horisontale rettslige transplantasjoner skjer det en inspirasjon mellom to medlemsstater. Med vertikale rettslige transplantasjoner menes tilfeller hvor en stats interne rett inspirerer transnasjonale regler.<sup>207</sup> En rettslig transplantasjon fra amerikanske internrettslige regler i COPPA til europeiske reguleringer i GDPR ville dermed utgjøre en vertikal rettslig transplantasjon.

Denne vertikale dimensjonen skaper ytterligere utfordringer. Både COPPA og GDPR art. 8 regulerer barns personopplysningsvern på internett, og begge opererer med noe lik ordlyd. Likevel er det tale om to meget ulike typer rettslige instrumenter. Mens COPPA er et stykke internrettslig lovgivning gitt av USA for USA, er GDPR overnasjonal europeisk lovgivning som ikke er vedtatt gjennom medlemsstatenes tradisjonelle lovgivningsapparat og lovgivningsprosess. Videre opererer reguleringene i to ulikt oppbydde rettssystemer. Slik sett kan ikke EU ha like klart for seg følgene av vedtakelsen av art. 8 i de enkelte medlemsstatene som USA kan vurdere følgene i eget land. Videre er COPPA en mer formålsspesifikk regulering enn GDPR, som utgjør en helhetlig personopplysningsregulering. Dermed ville det ikke vært naturlig for EU å regulere barns personopplysningsrett på internett like utførlig som i COPPA.

Det er flere elementer som avgjør hvorvidt en rettslig transplantasjon blir vellykket eller ikke. Enkelte teoretikere mener prosessen etter transplantasjonen er vesentlig for å avgjøre om den lykkes eller ikke, ved at lovbestemmelsen må rafineres og vurderes i importlandet.<sup>208</sup> Et viktig spørsmål er eksempelvis om transplantasjonen skal tolkes som et engangstilfelle av rettslig inspirasjon, eller om transplantasjonen skal opprettholdes og videreutvikles.<sup>209</sup> I sistnevnte tilfelle ville situasjonen bli den at de transplanterte reglene tolkes likt som i opprinnelsesstaten. De fleste teoretikere hevder den rettslige transplantasjonen skal forstås som en mellomløsning av den eksporterende og importerende statens praksis.<sup>210</sup>

Som nevnt har ikke EU uttalt seg om dette. Det er kanskje det som er utfordringen med GDPR art. 8. EU har hatt COPPA i bakhodet, men har ikke drøftet

207 Siems (2018), s. 232.

208 Ibid, s. 259.

209 Ibid, s. 232.

210 Ibid, s. 238.



forståelsen av «*directly*», jf. GDPR art. 8 eller forholdet mellom instrumentene i hverken forarbeider eller uttalelser. Dette skaper igjen metodiske utfordringer når bestemmelsens rekkevidde skal fastlegges og kan muligens være en årsak til at enkelte rettskilder gjennomgått i kapittel 3 synes å mene at «*directly*» i GDPR art. 8 må forstås som et krav om at informasjonssamfunnstjenesten er *rettet mot* eller *adressert til* barn for så å vise til at det beror på en konkret vurdering.

### 5.3 Refleksjoner

Det rettskildemessige bildet rundt barns personopplysningsvern fremstår som fragmentert og noe uoversiktlig. At personopplysningsretten er regulert i en forordning er metodisk uvant og manglende rettspraksis rundt oppgavens tema og problemstilling gjør ikke situasjonen enklere. Foruten den knappe ordlyden har det blitt tatt utgangspunkt i tilgjengelige rettskilder, herunder juridisk teori og øvrige ikke-bindende rettskilder, for å yte et bidrag. Dette er ikke et optimalt grunnlag å konkludere på bakgrunn av. Disse forholdene skyldes nok i første rekke at GDPR art. 8 er ung, at den ikke har blitt drøftet av EU, men muligens også at den til dels er en rettslig transplantasjon av amerikanske reguleringer i COPPA. Forståelsen av kravet til at en informasjonssamfunnstjeneste må være tilbudt «*directly*» til et barn vil forhåpentligvis bli klarere der EU-domstolen tar stilling til spørsmålet. Inntil videre ville det være til hjelp om EDPB avga detaljerte veiledninger om bestemmelsen, og datatilsynene forankret standpunktene sine i rettsdogmatiske analyser. Foreløpig er situasjonen usikker.

Ytterligere utfordringer skapes av det er krevende å forstå helheten rundt GDPR art. 8, særlig grunnet samtykkekonseptets fragmenterte karakter. Det er kompliserende at EU ikke har fastslått et utgangspunkt for barns samtykkekompetanse på rettsområdet når de har konstruert GDPR art. 8 rundt samtykkekonseptet. EUs tilbakeholdenhet overfor å gripe inn i medlemsstatenes vergemålsrett kan forstås, men har skapt en krevende rettssituasjon. Uten et nedfelt samtykke-rettslig utgangspunkt i GDPR vanskeliggjøres konsekvenstolkninger, og det kan forekomme hendelser i enkelte medlemsstater, som i Norge, der yngre barn kan samtykke i den digitale verden enn i den fysiske eller på informasjonssamfunnstjenester som ikke omfattes av bestemmelsen. Det er ikke klart om dette var en situasjon EU forespeilet seg.

Norsk lovgiver kan forenkle situasjonen ved å kodifisere barns samtykkekompetanse i personopplysningsrettslige spørsmål, slik at utgangspunktene blir tydeligere for dem som skal forholde seg til norsk rett.

Ved vedtakelsen av aldergrensen på 13 år, jf. personopplysningsloven. § 5, jf. GDPR art. 8 nr. 1 tredje punktum gikk departementet glipp av muligheten til å vurdere aldergrensen i unntaket (13 år) opp mot utgangspunktet for norske barns samtykkekompetanse på personopplysningsområdet fremholdt av Data-tilsynet (15 år). Med sistnevnte refereres det til det ulovfestede analogibaserte unntaket (den personopplysningsrettslige hovedregelen) fra vergemålsloven § 9, jf. § 8. Det forhold at norske 13-åringer kan samtykke til behandling av sine personopplysninger på internett, mens de er avskåret fra dette på informasjonssamfunnstjenester som ikke omfattes eller i den fysiske verden inntil de fyller 15 år ble ikke drøftet. Det kunne også vært drøftet hvordan dette står seg i forhold til GDPR art. 8 formål om å styrke barns personopplysningsvern.

Disse faktorene skaper en krevende situasjon for virksomheter, som ikke har større grunnlag enn dette å vurdere egne forpliktelser etter. Dette kompromiterer igjen europeiske barns rettsstilling, da avklaringen av deres vern mot profilering med videre på informasjonssamfunnstjenester vanskeliggjøres.

## 5.4 Veien videre

Grunnet det tynne rettskildemessige grunnlaget og uenigheter i litteraturen kan det ikke gis noen sikker konklusjon på oppgavens problemstilling. I mangel av andre holdepunkter synes det foreløpig å kunne legges til grunn at informasjonssamfunnstjenester som tilbys barn uten mellomledd omfattes av GDPR art. 8. Dermed omfattes også informasjonssamfunnstjenester som tilbys den generelle befolkningen, så fremt de ikke tilbys gjennom en portal, eksempelvis en utdanningsinstitusjons nettside. Antakeligvis vil innstillingene på portaler kunne verne barn i tilstrekkelig grad at det ikke trengs foreldresamtykke.

I mangel av rettsdogmatiske resonneringer i øvrige rettskilder samt uenigheter blant dem, vil det måtte falles tilbake på ordlyden. Det kan imidlertid tenkes at EU-domstolen anvender formålsbetraktninger for å supplere ordlydstolkningen dersom den er uenig i den og legge seg på samme linje som dem som fremholder at «*directly*» må forstås som *rettet mot* og bero på en konkret vurdering.

Konklusjonen må inntil videre være at GDPR art. 8 også gjelder informasjonssamfunnstjenester tilbudt den generelle befolkningen, herunder Facebook, Snapchat og Instagram så fremt den tilbys barn uten mellomledd. Denne forståelsen fremgår av ordlyden, støttes av ICO og enkelte i litteraturen. Den kan også støttes av en komparativ analyse av ordlyden i GDPR art. 8 og COPPA. Denne regelen kan være vidtfavnende og muligens mindre avgrensende enn EU fore-

speilet seg. Antakeligvis vil flere virksomheter måtte verifisere foreldresamtykke og besørge at de har implementert gode nok tekniske løsninger slik at de på rimelig vis kan overholde denne relative verifiseringsplikten, se GDPR art. 8 nr. 2. På den annen side er den enklere for både virksomheter og foreldre å forholde seg til enn en konkret vurdering.

Inntil det publiseres rettskilder av større vekt enn de som har vært gjenstand for oppgavens analyse, oppfordres det også til å bevisstgjøre EU-organene på spørsmålet rundt rekkevidden av GDPR art. 8 med hensyn til forståelsen av vilkåret «*directly*». Dersom flere av disse organene, i tillegg til de enkelte datatilsynene, gikk sammen for å gi detaljerte og velbegrunnede veiledninger forankret i ordlyden ville dette skapt bredere konsensus. Dersom de er av oppfatningen at det beror på en konkret vurdering hvorvidt en informasjonssamfunnstjeneste tilbudt den generelle befolkningen er tilbudt «*directly*» til barn bør dette forankres i en rettslig analyse hvor det også utpensles kriterier til vurderingen samt vurderingstema.

## 6 Litteraturliste

### EU- og EØS-rettslige kilder

#### Traktater

EU-charteret	Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18. Desember 2000, 2000/C 364/01. <a href="http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj">http://data.europa.eu/eli/treaty/char_2012/oj</a>
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, 2. mai 1992.
ODA-avtalen	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol, 2. mai 1992.
TEU	Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).
TEUV	Traktaten om den Europæiske Unions funktionsmåde. Konso- lideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).

#### Sekundærlovgivning

Dir 89/552/EØF	Rådsdirektiv 89/552/EØF av 3. oktober 1989 om samordning av visse bestemmelser om utøvelse av fjernsynsvirksomhet, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene.
Dir 1995/46 EF	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 [Personvern-direktivet].

- Dir 2002/58/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon (direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon).
- Dir 2006/14/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/114/EF av 12. desember 2006 om villedende og sammenlignende reklame (kodifisert utgave).
- Dir 2005/29/EF Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked og om endring av rådsdirektiv 84/450/EØF, europaparlaments- og rådsdirektiv 97/7/EF, 98/27/EF og 2002/65/EF og europaparlaments- og rådsforordning (EF) nr. 2006/2004.
- Dir 2010/13 EU Europaparlaments- og rådsdirektiv 2010/13/EU av 10. mars 2010 om samordning av visse bestemmelser om tilbud av audiovisuelle medietjenester, fastsatt ved lov eller forskrift i medlemsstatene [direktivet om audiovisuelle medietjenester]. (kodifisert utgave)
- Dir 2015/1535 EU Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2015/1535 av 9. september 2015 om en informasjonsprosedyre for tekniske forskrifter og regler for informasjonssamfunnstjenester.
- For 2016/679 EU 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].

## Forarbejder

- COM(2010) 609 final *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee of the Regions – a comprehensive approach on personal data protection in the European Union, 4. november 2010.*
- COM(2011) 60 final *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social committee and the committee of the regions Innovating for Sustainable Growth: A Bioeconomy for Europe, 13. februar 2012.*
- COM(2012) 11 final *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 25. januar 2012.*
- COM(2012) 196 final *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European social committee and the committee of the regions European Strategy for a Better Internet for Children, 2. mai 2012.*
- COM(2018) 43 final *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council – Stronger protection, new opportunities – Commission guidance on the direct application of the General Data Protection Regulation as of 25 May 2018, 24. januar 2018.*
- SEC(2012) 72 final *Commission staff working paper Impact Assessment, 25. januar 2012.*
- ST 11028 2014 INIT, 2012/0011(COD) *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) (2014). <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2011028%202014%20INIT> [Sitert 16.03.2019].*

## Rettspraksis

Sak C-283/81 CILFIT v Ministry of Health	ECLI:EU:C: 1982:335.
Sak C-434/15 Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL	ECLI:EU:C: 2017:981.
Sak C-496/17 Deutsche Post AG v Hauptzollamt Köln	ECLI:EU:C: 2019:26.

## Rådgivende uttalelser

Artikkel 29-gruppen A29WP 00483/08/EN WP147 (2008)	<i>Working Document 1/2008 on the protection of children's personal data (General guidelines and the special case of schools)</i> , 18. februar 2008, A29WP 00483/08/EN WP147.
Artikkel 29-gruppen A29WP 398/09/EN WP160 (2009)	<i>Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools)</i> , 11. februar 2009, A29WP 398/09/EN WP160.
Artikkel 29-gruppen A29WP 01189/09/EN WP163 (2009)	<i>Opinion 5/2009 on online social networking</i> , 12. juni 2009, A29WP 01189/09/EN WP163.
Artikkel 29-gruppen A29WP 01197/11/EN WP187 (2011)	<i>Opinion 15/2011 on the definition of consent</i> , 13. juli 2011, A29WP 01197/11/EN WP187.
Artikkel 29-gruppen A29WP 17/EN WP259 rev.01 (2018)	<i>Article 29 Working Party Guidelines on consent under Regulation 2016/679</i> , 28. november 2017, revidert 10. april 2018, A29WP 17/EN WP259 rev.01.
Artikkel 29-gruppen A29WP 17/EN WP260 (udatert)	<i>Guidelines on transparency under Regulation 2016/679</i> , udatert, A29WP 17/EN WP260.

## Internasjonale rettskilder

### Traktater

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK)	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms Rome, 4.XI.1950, Rome 4. november 1950.
Konvensjon og sivile og politiske rettigheter (SP)	International Covenant on Civil and Political Rights, 16. desember 1966.
Barnekonvensjonen (BK)	The Convention on the Rights of the Child, 20. november 1989.

### Rådgivende uttalelser

CRC/C/GC/14	FNs Barnekomité (CRC), General Comment No. 14 (2009): on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para 1), CRC/C/GC/14.
CRC/C/GC/20	FNs Barnekomité (CRC), General Comment No. 20 (2016): on the implementation of the rights of the child during adolescence, CRC/C/GC/20.
Concept Note for a General Comment on children's rights in relation to the digital environment (udatert)	FNs Barnekomité (CRC). <i>Concept Note for a General Comment on children's rights in relation to the digital environment.</i> (udatert). <a href="https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx">https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/GCChildrensRightsRelationDigitalEnvironment.aspx</a> [Siteret 30.01.2019].



## Norske rettskilder

### Lover og forskrifter

Grunnloven (Gr.) 1814	Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).
Personregisterloven (pregl.) 1978	Lov 09. juni 1978 nr. 48 om personregistre (personregisterloven).
Barnelova (bl.) 1981	Lov 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova).
EØS-loven 1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven).
Kringkastingsloven (kringk.) 1992	Lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven).
Kirkeloven (kirkel.) 1996	Lov 7. juni 1996 nr. 31 om Den norske kirke (kirkeloven).
Menneskerettsloven (mrl.) 1999	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
Pasient- og brukerrettighetsloven (pbrl.) 1999	Lov 2. juli 1999 nr. 63 om pasient- og brukerrettigheter (pasient- og brukerrettighetsloven).
Personopplysningsloven (popplyl.) 2000	Lov 14. mars 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
Markedsføringsloven (mfl.) 2009	Lov 09.01.2009 nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (Markedsføringsloven)
Vergemålsloven (vgml.) 2010	Lov 26. mars 2010 nr. 9 om vergemål (vergemålsloven).

Personopplysningsloven 2018      Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (Personopplysningsloven)

Forskrift om kringkasting 1997      Forskift 28. februar 1997 nr. 153 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (forskrift om kringkasting).

## **Forarbeider**

NOU 1997:19      Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger.

NOU 2009:1      Individ og integritet Personvern i det digitale samfunnet.

NOU 2009:15      Skjult informasjon – åpen kontroll Metodekontrollutvalgets evaluering av lovgivningen om politiets bruk av skjulte tvangsmidler og behandling av informasjon i straffesaker.

Ot.prp. nr. 110 (2008-2009)      Om lov om vergemål (vergemålsloven).

Prop. 47 L (2011-2012)      Endringer i personopplysningsloven.

Prop. 56 LS (2017-2018)      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.

Dokument 16 (2011–2012)      Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven.

## **Rettspraksis**

Rt. 2000 s. 996

Rt. 2005 s. 833

## Litteratur

### Artikler

- Blandhol (2005) Blandhol, Sverre. "Er rettsanvendelsen I EU-domstolen og Menneskerettsdomstolen vesenforskjellig fra norsk rettskildelære?", *Lov og rett* nr. 5-6 (2005), s. 316-327 (sitert fra Idunn.no)
- Buitelaar (2018) Buitelaar, J C. "Child's best interest and informational self-determination: what the GDPR can learn from children's rights", *International Data Privacy Law*, Vol. 8:4, (2018), s. 293-308.
- Cordero-Moss (2014) Cordero-Moss, Guiditta. "EØS-rettens indirekte betydning for norsk juridisk metode", *Lov og rett* Vol. 53 nr. 1 (2014), s. 1-2 (sitert fra Idunn.no).
- Dempsey (2018) Dempsey, John, Gavin Sim og Brendan Cassidy. "Designing for GDPR – Investigating children's understanding of privacy: A survey approach (2018)", *BCS-HCI 32nd Human Computer Interaction Conference*, 2-6. juli 2018, Belfast, Northern Ireland. <http://clock.uclan.ac.uk/24179/> [Sitert 22.03.2019].
- Gellert (2018) Gellert, Raphaël. "Understanding the notion of risk in the General Data Protection Regulation", *Computer Law and Security Review* Vol. 34:2 (2018), s. 279-288. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.003>
- Kuner (2015) Kuner, Christopher, Fred H. Cate, Christopher Millard et al. «Risk management in data protection», *International Data Privacy Law* Vol. 5:2 (2015), s. 95-98.
- Krivokapić (2016) Krivokapić, Đorđe og Jelena Adamović. "Impact of General Data Protection Regulation on Children's Rights in Digital Environment", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* Vol 64 (2016), s. 205-220. Doi:10.5937/AnaliPFB1603205K

- Lievens (2018) Lievens, Eva og Valerie Verdoodt. «Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children's rights in the General Data Protection Regulation», *Computer Law and Security Review* 34 (2018), s. 269-278.
- Livingstone (2011) Livingstone, Sonia, Leslie Haddon, Anke Görzig og Kjartan Ólafsson. «Risks and safety on the internet: the perspective of European children: full findings and policy implications from the EU Kids Online survey of 9-16 year olds and their parents in 25 countries». *EU Kids Online, Deliverable D4*. EU Kids Online Network, London, UK. (2011). <http://eprints.lse.ac.uk/33731/1/Risks%20and%20safety%20on%20the%20inter-net%28lsero%29.pdf> [Sitert 10.02.2019].
- Livingstone (2018) Livingstone, Sonia. "Children: a special case for privacy?", *Intermedia*, Vol. 46:2, (2018), s. 18-23.
- Macenaite (2017) Macenaite, Milda og Eleni Kosta. "Consent for processing children's personal data in the EU: following in US footsteps?", *Information Communications Technology Law*, Vol. 26:2, (2017), s. 146-197.
- Skoghøy (2013) Skoghøy, Jens Edvin. "Reelle hensyn som rettskilde", *Lov og rett* Vol. 52 nr. 4 (2013), s. 257-258 (sitert fra Idunn.no).
- Skoghøy (2015) Skoghøy, Jens Edvin. "Dommeren og loven – betydningen av dommerens egne vurderinger ("reelle hensyn")", *Jussens Venner* Vol. 50 (2015), s. 287-309 (sitert fra Idunn.no).
- van der Hof (2016) Van der Hof, Simone. "I Agree... Or Do I? A Rights-Based Analysis of the Law on Children's Consent in the Digital World", *Wisconsin International Law Journal* Vol. 34:2 (2016), 409-445.

Verdoodt (2016) Verdoodt, Valerie, Damian Clifford og Eva Lievens. “Toying with children’s emotions, the new game in town? The legality of advergaming in the EU”, *Computer Law and Security Review* Vol. 32, Iss. 4 (2016), s. 599-614. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2016.05.007>

## Bøker

- Bull (2013) Bull, Henrik. (2013) “Kommentar til EØS-avtalen” i *Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata* [Siteret 25.03.2019].
- Eckhoff (2001) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*, 5. utg., ved Jan Helgesen, Oslo: Universitetsforl., 2001.
- Eckhoff (2014) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 10. utg., Oslo: Universitetsforl., 2014.
- Feiler (2018) Feiler, Lukas, Nikolaus Forgo og Michaela Weigl. *EU General Data Protection Regulation (Gdpr): A Commentary*, Global Law and Business, 2018.
- Fredriksen (2018) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, 3 utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Komárek (2015) Komárek, Jan. «Legal Reasoning in EU Law» i *Oxford Handbook of European Union Law*, Damien Chalmers og Anthony Armell (red.), s. 29-51, doi:10.1093/oxfordhb/9780199672646.013.3
- Mc Cullagh (2016) Mc Cullagh, Karen. “The General Data Protection Regulation: a partial success for children on social network sites?”, i *Data Protection, Privacy and European Regulation in the Digital Age*, Tobias Bräutigam og Samuli Mieltinen (red.), Helsinki: Unigrafia, 2016, s. 110–132. [https://ueaeprints.uea.ac.uk/61415/4/Mc\\_Cullagh\\_2016\\_book\\_chapter\\_SNS.pdf](https://ueaeprints.uea.ac.uk/61415/4/Mc_Cullagh_2016_book_chapter_SNS.pdf)
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Sten Foyen mfl. *EØS-rett*, 3. utg., Oslo: Universitetsforl., 2011.

- Siems (2018) Siems, Mathias. *Comparative Law*, 2. Utg., Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- Skullerud (2018) Skullerud Bergsens, Åste Marie, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad mfl. (2018) "Personvernforordningen (GDPR): kommentarutgave" i *Kommentarutgaver.no*.
- Sundby (1978) Sundby, Nils Kristian. *Om normer*, 2. utg., Oslo: Universitetsforl., 1978.
- van der Hof (2014) van der Hof, Simone. "No Child's Play: Online Data Protection for Children", i *Minding Minors Wandering the Web: Regulating Online Child Safety*. Information Technology and Law Series, vol 24, Simone van der Hof, Bibi van den Berg, Bart Schermer (red.), The Hague: T.M.C. Asser Press, 2014, s. 127-141.
- Wessell-Aass (2018) Wessell-Aass, John og Magnus Ødegaard. *Personvern – publisering og behandling av opplysninger*, 1 utg., Oslo: Gyldendal, 2018.

### Nettartikler og nettsider

- Aalen (2018) Aalen, Ida og Gunn Enli. *Sosiale medier*. (2018). [https://snl.no/sosiale\\_medier](https://snl.no/sosiale_medier) [Sisert 01.04.2019].
- Better Internet for Kids (2017) Better Internet for Kids. *The General Data Protection Regulation and children's rights: questions and answers for legislators, DPAs, industry, education, stakeholders and civil society Roundtable Report 23 June 2017, Brussels, Belgium*. (2017), [https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2013511/GDPRRoundtable\\_June2017\\_FullReport.pdf](https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2013511/GDPRRoundtable_June2017_FullReport.pdf) [Sisert 19.03.2019].
- Cambridge Dictionary (udatert) Cambridge Dictionary. *Søkeord «Directly»*. (udatert), <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/directly> [Sisert 23.02.2019].

- Centre for Information Policy Leadership (2014) Centre for Information Policy Leadership. *The Role of Risk Management in Data Protection*. (2014), [https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/white\\_paper\\_2-the\\_role\\_of\\_risk\\_management\\_in\\_data\\_protection-c.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/white_paper_2-the_role_of_risk_management_in_data_protection-c.pdf) [Siteret 15.04.2019].
- Centre for Information Policy Leadership (2016) Centre for Information Policy Leadership. *Risk, High Risk, Risk Assessments and Data Protection Impact Assessments under the GDPR*. (2016), [https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl\\_gdpr\\_project\\_risk\\_white\\_paper\\_21\\_december\\_2016.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_gdpr_project_risk_white_paper_21_december_2016.pdf) [Siteret 15.04.2019].
- Centre for Information Policy Leadership (2018) Centre for Information Policy Leadership. *GDPR Implementation In Respect of Children's Data and Consent*. (2018), [https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl\\_white\\_paper\\_-\\_gdpr\\_implementation\\_in\\_respect\\_of\\_childrens\\_data\\_and\\_consent.pdf](https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_white_paper_-_gdpr_implementation_in_respect_of_childrens_data_and_consent.pdf) [Siteret 02.02.2019].
- Centre for Information Policy Leadership (udatert) Centre for Information Policy Leadership. *Who We Are*. (udatert), <https://www.informationpolicycentre.com/about.html> [Siteret 02.02.2019].
- Datatilsynet (2015) Datatilsynet. *Risikovurdering*. (2015), <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/virksomhetenes-plikter/informasjonsikkerhet/risikovurdering/> [Siteret 20.04.2019].
- Datatilsynet (2017) Datatilsynet [Danmark]. *Børn og samtykke*. (2017). <https://www.datatilsynet.dk/media/6562/samtykke.pdf> [Siteret 20.02.2019]. [Danmark].
- Datatilsynet (2018) Datatilsynet. *Samtykke frå mindreårige*. (2018). <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/skole-barn-unge/samtykkje-fra-mindrearige/> [Siteret 25.01.2019].

- Datatilsynet (2018) Datatilsynet. *Personvernsippene*. (2018). <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/personvernprinsippene/> [sitert 13.02.2019].
- Datatilsynet (2019) Datatilsynet, e-post-korrespondanse med veiledningstjenesten, 02.04.2019.
- Datatilsynet (udatert) Datatilsynet. *Ordliste, søkeord «behandlingsansvarlig»*. (udatert). <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/verktoy/ordbok-a-til-a/#R> [Sitert 08.02.2019].
- Datatilsynet (udatert) Datatilsynet. *Ordliste, søkeord «behandlingsgrunnlag»*. (udatert). <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/verktoy/ordbok-a-til-a/#R> [Sitert 08.02.2019].
- Datatilsynet (udatert) Datatilsynet. *Ordliste, søkeord «den registrerte»*. (udatert). <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/verktoy/ordbok-a-til-a/#R> [Sitert 08.02.2019].
- Datatilsynet (udatert) Datatilsynet. *Veileder Grunnleggende personvernprinsipper*. (udatert). <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/grunnleggende-personvernprinsipper/?id=7769> [Sitert 14.02.2019].
- Datatilsynet (udatert) Datatilsynet. *Samtykke til barns bruk av digitale tjenester*. (udatert) <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/veileder-om-behandlingsgrunnlag/samtykke/> [Sitert 19.03.2019].
- Dvergsdal (2019) Dvergsdal, Henrik. *Digitalisering*. (2019). <https://snl.no/digitalisering> [Sitert 10.02.2019].
- EUR-Lex Ordliste (udatert) EUR-Lex. *Ordliste til resuméer*. (udatert). [https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/norms\\_hierarchy.html?locale=da](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/norms_hierarchy.html?locale=da) [Sitert 11.02.2019].



- European Data Protection Board European Data Protection Board. *Endorsement 1/2018*. (2018), [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement\\_of\\_wp29\\_documents\\_en\\_0.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf) [Sitert 17.03.2019].
- European Digital Rights (udatert) European Digital Rights (EDri). *US lobbying against draft Data Protection Regulation*. (2011). <https://edri.org/us-dpr/>. [Sitert 18.02.2019].
- European Digital Rights (udatert) European Digital Rights (EDri). *About EDri*. (udatert). <https://edri.org/about/> [Sitert 18.02.2019].
- Gisle (2019) Gisle, Jon. *Komparativ rett*. (2019). [https://snl.no/komparativ\\_rett](https://snl.no/komparativ_rett). [Sitert 04.04.2019].
- Information Commissioner's office (udatert) Information Commissioner's office. *When is an ISS "offered directly to a child"?* (udatert). <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/children-and-the-gdpr/what-are-the-rules-about-an-iss-and-consent/> [Sitert 20.02.2019].
- Lievens (2016) Lievens, Eva. *Wanted: evidence base to underpin a children's rights-based implementation of the GDPR*, (2016), <https://biblio.ugent.be/publication/8150139/file/8150140.pdf> [Sitert 22.01.2019].
- Medietilsynet (2018) Medietilsynet. *Barn og medier-undersøkelsen 2018. 9-18-åringer om medievaner og opplevelser*. (2018). <https://www.medietilsynet.no/globalassets/publikasjoner/barn-og-medier-undersokelser/2018-barn-og-medier> [Sitert 26.01.2019].
- Medietilsynet (udatert) Medietilsynet. *Aldersgrenser og samtykke*. (udatert). [https://www.medietilsynet.no/barn-og-medier/aldersgrenser/#anchor\\_1075](https://www.medietilsynet.no/barn-og-medier/aldersgrenser/#anchor_1075) [Sitert 06.04.2019].
- Merriam-Webster (udatert) Merriam-Webster. *Søkeord «White paper»*. (udatert). <https://www.merriam-webster.com/dictionary/white%20paper> [Sitert 23.02.2019].

- Meisinger (2018) Meisinger, Jeremy. *Cybersecurity 2019 — The Year in Preview: COPPA, the GDPR, and Protecting Children's Data*. (2018). <http://www.securityprivacyandthelaw.com/2018/12/cybersecurity-2019-the-year-in-preview-coppa-the-gdpr-and-protecting-childrens-data/> [Sitert 27.03.2019].
- Oxford Dictionary (udatert) Oxford Dictionary. *Søkeord «Directly»*. (udatert). <https://en.oxforddictionaries.com/definition/directly> [Sitert 23.02.2019].
- Persvold (2018) Persvold, Anja Zawadzka. *Direkte*. (2018). <https://snl.no/direkte> [Sitert 23.02.2019].
- Regjeringen (2014) Regjeringen. *Hva er personvern?* (2014). <https://www.regjeringen.no/no/tema/statlig-forvaltning/personvern/hva-er-personvern/id448290/> [Sitert 19.04.2019].
- Skoghøy (2016) Skoghøy, Jens Edvin. *Hvilken betydning har uttalelser av FNs menneskerettskomité og FNs barnekomité som rettskilder? Foredrag på Nordisk høyesterettsdommerseminar i Oslo 14.–15. mars 2016*. (2016). <https://www.domstol.no/globalassets/upload/hret/artikler-og-foredrag/betydningen-av-uttalelser-av-menneskeretts-og-barnekomiteen---foredrag.pdf> [Sitert 22.04.2019].
- Språkrådets ordbok (2018) Språkrådets ordbok. *Søkeord «Direkte»*. (2018). <https://ordbok.uib.no/direkte> [Sitert 23.02.2019].
- Statewatch (2011) Statewatch. *Proposal for a Regulation of the European Paliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) Version 56 (29/11/2011)*. (2011). <http://statewatch.org/news/2011/dec/eu-com-draft-dp-reg-inter-service-consultation.pdf> [Sitert 16.03.2019].

## Utenlandske (nasjonale) rettskilder

- Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)      Children's Online Privacy Protection Act of 1998, 15 U.S.C. 6501–6505 (COPPA) [USA]. <https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID=4939e77c77a1a1a08c1c-bf905fc4b409&node=16%3A1.0.1.3.36&rgn=div5>.
- Federal Trade Commission (1999)      Federal Trade Commission. *Children's Online Privacy Proposed Rule Issued bt FTC*. (1999). <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/1999/04/childrens-online-privacy-proposed-rule-issued-ftc>. [Sitert 18.02.2019].
- Federal Trade Commission (2015)      Federal Trade Commission. *Complying with COPPA: Frequently Asked Questions*. [https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions#Web sites and online](https://www.ftc.gov/tips-advice/business-center/guidance/complying-coppa-frequently-asked-questions#Web%20sites%20and%20online) [Sitert 18.02.2019].
- Federal Trade Commission (udatert)      Federal Trade Commission. *About the FTC*. (udatert), <https://www.ftc.gov/about-ftc> [Sitert 06.03.2019].