



Stortingets utredningsseksjon

Til: (...)

Dato: 11.03.2022

Utredet: (...)

Oppdragsnr: 2022051

Samtykke til rustesting i skolen

Oppdrag

Jeg ønsker gjerne en juridisk utredning på bruk av samtykke for behandling av personopplysninger når behandlingsansvarlig er offentlig myndighet.

Etter personvernforordningens fortalepunkt 43 følger det at «For å sikre at et samtykke gis frivillig bør det ikke utgjøre et gyldig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger i et bestemt tilfelle dersom det er en klar skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, særlig dersom den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet og det derfor er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig med hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen [...]»

I sine retningslinjer 05/2020 uttaler personvernrådet at; “Recital 43 clearly indicates that it is unlikely that public authorities can rely on consent for processing as whenever the controller is a public authority, there is often a clear imbalance of power in the relationship between the controller and the data subject. It is also clear in most cases that the data subject will have no realistic alternatives to accepting the processing (terms) of this controller. The EDPB considers that there are other lawful bases that are, in principle, more appropriate to the activity of public authorities.”

Jeg mener derfor at det ikke er lovlig å benytte samtykke som grunnlag for å ta rustester av elever. Kan dere utrede lovgrunnlaget på dette i GDPR og annen personvernlovgivning?

Innhold

Oppdrag	1
1 Innledning og sammendrag	2
2 Overordnet vurdering	2
3 Konklusjon. Eventuelt videre arbeid med spørsmålet.....	6



1 Innledning og sammendrag

Spørsmålet er om samtykke kan være lovlig behandlingsgrunnlag i henhold til GDPR for rustesting av skoleelever. I møte 14. februar 2022 uttrykte vi at det – *så langt vi kunne se* – ikke eksisterer noen autoritativ praksis om akkurat dette spørsmålet. Det ble imidlertid avtalt at vi skulle foreta et bredt søk for å finne kilder om problemstillingen.

Utover noen uttalelser fra Datatilsynet og Utdanningsdirektoratet, har vi dessverre ikke funnet praksis, teori eller retningslinjer som konkret behandler spørsmålet om skoleelevers samtykke til rustesting. Basert på de generelle utgangspunktene etter GDPR, er det imidlertid – *som utgangspunkt* – vanskelig for oss å se at skoler kan benytte samtykke som behandlingsgrunnlag i en slik sammenheng.

Det ser likevel ut til at rustesting av skoleelever basert på samtykke forekommer i noen land i Europa (blant annet Sverige). Vi har ikke funnet noen GDPR-vurderinger av disse landenes praksis. I Sverige har imidlertid Justitieombudsmannen og domstolen (Kammarrätten) vurdert hvorvidt skoleelevers samtykke til rustesting er reelt frivillig. Vurderingen har blitt foretatt opp mot den svenske grunnlovens vern mot ”påtvungen kroppslig inngrep”, ikke GDPR. I Justitieombudsmannens vurdering – *som domstolen senere har vist til* – ble det konkludert med at det var tiltak på plass som sikret at elevens samtykke var frivillig.

Hvorvidt det er mulig å treffe tiltak for å sikre at en elevs samtykke til rusmiddeltest er reelt frivillig i GDPRs forstand, fremstår etter vår oppfatning som tvilsomt. Uten nærmere, autoritativ praksis om hvor terskelen for å anse et samtykke ufrivillig ligger, er det vanskelig å konkludere med sikkerhet.

2 Overordnet vurdering

Behandling av personopplysninger krever lovlig behandlingsgrunnlag, jfr. [GDPR](#) artikkel 6. Bestemmelsen lister opp seks mulige behandlingsgrunnlag, hvorav samtykke er et (bokstav a). Resultatet av en rusmiddeltest vil imidlertid utgjøre helseopplysninger, og som sådan være en særlig kategori av personopplysninger. Det er som utgangspunkt forbudt å behandle slike opplysninger, jf. artikkel 9 nr. 1. Likevel er det mulig å behandle slike opplysninger etter «uttrykkelig samtykke», jf. artikkel 9 nr. 2 bokstav a. Generelt gjelder at samtykke skal være frivillig, spesifikt, informert og utvetydig, jf. artikkel 4 nr. 11.

Som fremhevet i oppdragsteksten, er utgangspunktet etter [GDPRs fortale](#) at samtykke ikke bør utgjøre et gyldig rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger i «et bestemt tilfelle» hvor det er en klar skjevhet mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, jf. fortalepunkt 43. Dette gjelder «...særlig dersom den behandlingsansvarlige er en offentlig myndighet og det derfor er usannsynlig at samtykket er gitt frivillig med hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen».

Det oppstilles ikke noe absolutt forbud mot at det offentlige benytter samtykke som behandlingsgrunnlag, men formuleringene tilsier at det skal en del til for å vise at et samtykke er frivillig i et slikt tilfelle.

Mot denne bakgrunn har det svenske datatilsynet («Integritetsskyddsmyndigheten»¹) funnet at en skoles bruk av ansiktsgjenkjenningsteknologi for å registrere elevers oppmøte **ikke** kan baseres på samtykke. Grunnen var at elevene befinner seg i et særlig avhengighetsforhold til skolen. Saken er omtalt på [Datatilsynets nettsider](#). Integritetsskyddsmyndighetens avgjørelse er lagt ut på Integritetsskyddsmyndighetens nettsider, se sak [DI-2019-2221](#). Om vurderingene viser vi særlig til s. 5, hvor det uttrykkes:

«Utrymmet för ett frivilligt samtycke inom det offentliga området är därför begränsat. Inom skolområdet är det tydligt att eleven står i beroendeställning till skolan vad gäller betyg, studiemedel, utbildning och därmed möjlighet till framtida arbete eller fortsatta studier. Det är dessutom ofta frågan om barn.»

Avgjørelsen ble klaget inn for domstolen. Kammarrätten sluttet seg til Integritetsskyddsmyndighetens vurderinger i *Mål nr. 5888-20*². Vurderingen av samtykke er nokså kort. Retten nøyter seg med å påpeke at fraværskontroll er tiltak skolene må utføre for å kunne oppfylle sitt oppdrag, og som motsvares av en plikt for elevene til å la sin tilstedeværelse kontrolleres. Følgelig var det en tydelig ulikhet mellom den behandlingsansvarlige og eleven basert på elevens avhengighetsforhold til skolen. Skolen kunne ikke basere seg på samtykke.

Utover denne saken, har vi ikke funnet eksempler fra praksis som kan kaste lys over det offentliges adgang til å benytte samtykke som behandlingsgrunnlag. Selv om den svenske saken ikke har noen rettskildemessig vekt i Norge, underbygger den utgangspunktet som følger av GDPR: at det skal en del til for å vise at et samtykke er frivillig der hvor behandlingsansvarlig er det offentlige.

Det er likevel ikke helt utelukket. I veilederen til *European Data Protection Board* om samtykke etter GDPR ([EDPB-veilederen](#)) er det gitt eksempler på at samtykke kan benyttes i visse tilfeller der det offentlige er behandlingsansvarlig. Blant annet nevnes at en skole må kunne basere seg på samtykke for å ta bilder til en skolekatalog, såfremt nektelse ikke medfører konsekvenser for adgang til utdanning eller tjenester.³

Selv om nektelse til rusmiddeltesting ikke skulle få direkte betydning for adgangen til utdanning/tjenester, er det likevel flere forhold som kan tilsi at et samtykke ikke er frivillig. Nektelse vil for eksempel kunne medføre mistenkeliggjøring, eller i hvert fall en begrunnet frykt for å bli mistenkeliggjort, slik at samtykke ikke kan anses reelt frivillig. Til dette kommer at rusmiddelbruk i skolen utgjør et forhold som kan medføre tiltak fra skolens side. EDPB-veilederens eksempel fremstår trivielt i sammenligning.

I Norge har [Datatilsynet](#) dessuten uttrykt at man som utgangspunkt behøver lovhjemmel for å kunne gjennomføre en rusmiddeltest i skolen. Datatilsynet synes å stille seg avvisende til at man kan basere seg på samtykke i en slik sammenheng:

¹ Tidligere Datainspektionen.

² En omtale av saksgangen, samt lenke til avgjørelsen, er gitt på nettsidene til Techlaw Sweden AB: <https://techlaw.se/sverige-kammarratten-avslar-overklagande-i-fraga-om-ansiktsgenkanning-i-skola/>.

³ Se s. 9.

«Mange skular seier at dei hentar inn samtykke frå elevane. Men elevane vil ofte kunne føle seg pressa til å samtykke for å reinvaske seg, og ein kan hevde at det er eit ujamnt styrkeforhold mellom skulen og eleven. Å teste positivt kan også føre til negative konsekvensar for elvane i form av stigmatisering eller tiltak frå skulen si side. Ein kan i så fall ikkje kalle samtykket frivillig. Samtykke er difor ikkje eit egna verkemiddel i slike tilfelle.»

Likevel virker det ikke som om Datatilsynet kategorisk avviser bruk av samtykke, idet det uttrykkes at det er skolene som må vise at de har lov til å be om rusmiddeltest. Grunnen kan kanskje være at fortalepunkt 43 angir at det skal tas hensyn til alle omstendigheter som kjennetegner den bestemte situasjonen. [Utdanningsdirektoratet](#) ser også ut til å holde døren åpen for at rusmiddeltesting kan skje på samtykkegrunnlag:

«Skolen bør unngå å bruke samtykke for å utføre rustesting, og slike samtykker må brukes med stor varsomhet ettersom det er en skjevhet i maktbalansen mellom elever og skole/lærere. Hvis skolen velger å bruke et samtykke fra eleven som grunnlag for frivillig rustesting, forutsetter det at eleven har gitt samtykket frivillig og at det er et informert samtykke. Det er ikke lov å knytte sanksjoner eller true med sanksjoner overfor elever som ikke ønsker å la seg teste. Elevene trenger heller ikke å oppgi noen grunn til hvorfor de ikke vil la seg teste.»

Det ser også ut til at rustesting forekommer på samtykkegrunnlag i visse land i Europa. I artikkelen [Drugtesting in Schools \(2017\)](#), utarbeidet av *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, er det uttrykt at Sverige, Irland og Slovakia gjennomfører rusmiddeltest av elever basert på samtykke fra eleven og deres foreldre, se s. 2 (vår utheving):

*“For decades, drug testing has been carried out for substance use screening and treatment purposes in military, workplace, clinical and criminal justice settings. However, testing pupils for drugs as a screening method is rare, at least in Europe. According to expert opinions from EU Member States and Norway, reported to the EMCDDA in 2016, it is not carried out at all, or is even forbidden, in 19 countries. Another 10 (1) countries reported that this intervention is carried out, but only rarely. In these countries, testing pupils is legally possible, but not recommended. In some instances, its use is limited to individual cases when it is deemed necessary and reasonable (Czech Republic, Finland), and, **in some cases, the young person’s consent and the consent of their parent or guardian are necessary (Ireland, Slovakia Sweden)**. In Slovakian vocational schools, drug testing can be carried out to safeguard workplace safety.”*

Rapporten vurderer ikke forholdet til GDPR, og vi har heller ikke funnet noen GDPR-vurderinger av de relevante myndighetene i disse landene.

I Sverige har det likevel i praksis blitt vurdert om samtykke til rustesting kan sies å være frivillig. Dette har imidlertid ikke blitt vurdert opp mot GDPR, men i stedet opp mot grunnlovsbestemte rettigheter. En overordnet omtale av praksisen er gitt i artikkelen [Kan drogtester i skolan verkligen utföras "frivilligt"? \(2020\)](#), publisert på nettstedet til *Norstedts Juridik*.

Så vidt vi forstår, er det en [uttalelse fra Justitieombudsmannen fra 2010 \(JO dnr 479-2010\)](#) som har fått danne presedens i Sverige. Her var spørsmålet om tilfeldig rustesting av skoleelever var lovlig i henhold til den svenske grunnloven *Regeringsformen*.

I sine vurderinger slår Justitieombudsmannen innledningsvis fast at Regeringsformen kap. 2 § 6 gir enhver beskyttelse mot "påtvungen kroppslig inngrep", se s. 11. Det sentrale spørsmålet var om rustestene var frivillige, og dermed ikke «påtvungen». Om dette uttrykker Justitieombudsmannen følgende:

*"Nämnden har beslutat om en rutin för drogtesterna som innebär att tre "steg" ska vara uppfyllda för att urinprov ska få tas av en elev. Enligt rutinen ska eleven underteckna en överenskommelse om att han/hon får finnas med i den grupp av elever från vilka skolan slumpmässigt väljer elever som ska testas, elevens föräldrar ska – om eleven inte är myndig – underteckna samma överenskommelse och en elev som blivit utvald att testas ska få information vid provtillfället om att drogtestet är frivilligt och att eleven kan avstå från att delta. De enda som känner till vilka elever som sagt ja till att vara med i den grupp bland vilka elever väljs ut för provtagning är personalen inom elevhälsan, skolläkare och skolsköterska. Det är också bara de som får del av testresultaten. Den övriga personalen vid skolan, t.ex. rektor, lärare och kurator, har ingen information om vilka som omfattas av testverksamheten eller vilka resultaten blir av genomförda tester."*⁴

Mot denne bakgrunn fant Justitieombudsmannen at elevene hadde tilfredsstillende mulighet til fatte en egen beslutning om å gjennomføre rustesting. Justitieombudsmannens vurdering har, ifølge den ovenfor nevnte artikkelen, blitt opprettholdt i domstolen så sent som i 2019.⁵ Så vidt vi kan se, har imidlertid ikke spørsmålet blitt prøvd av Högsta Domstolen.

I Sverige har altså Justitieombudsmannen og domstolene vurdert at gjennomføring av rusmiddeltester på elever etter samtykke kan være lovlig, dersom det er truffet tiltak for å sikre at samtykket er reelt frivillig. I Justitieombudsmannens sak var det fastsatt en tretrinns-rutine, som blant annet innebar at det kun var en liten krets av personer som ville ha kjennskap til testvirksomheten (herunder resultater). Testing forekom bare på elever som på forhånd hadde samtykket til å være med på tilfeldig rusmiddeltesting («testgruppen»). Dersom en elev ble utvalgt, fikk vedkommende også på det tidspunktet beskjed om at testen var frivillig og at han eller hun kunne avstå fra å ta den.

Det kan hevdes at disse rutinene fjerner noe av presset en elev kan føle til å ta en rusmiddeltest. Om dette er tilstrekkelig for å anse et samtykke som frivillig i henhold til GDPR, fremstår imidlertid som tvilsomt. EDPB-veilederen uttrykker at et samtykke ikke kan anses fritt avgitt der det er «*..any element of compulsion, pressure or inability to exercise free will*»⁶ (vår understrekning). Uten nærmere veiledning i autoritativ praksis om hvor terskelen ligger for å anse et samtykke for ufrivillig, er det vanskelig å konkludere med sikkerhet.

⁴ Se s. 12.

⁵ Vi har ikke funnet denne avgjørelsen, og har derfor ikke kunnet studere premissene nærmere. Vi har heller ikke sett nærmere på det relevante regelverket for skoler i Sverige.

⁶ Se s. 9.

3 Konklusjon. Eventuelt videre arbeid med spørsmålet

Som det har fremgått, har vi ikke funnet kilder som utdypende vurderer spørsmålet om rustesting i skolen kan skje basert på samtykke i henhold til GDPR. Etter vår oppfatning tilsier de generelle utgangspunktene i GDPR, samt EDPB-veilederen, at samtykke alene vanskelig kan benyttes, fordi det er en klar skjevhet i forholdet mellom skolen og eleven. Om det er mulig å treffe foranstaltninger for å sikre at samtykke er reelt frivillig (jf. den svenske praksisen), fremstår som tvilsomt, men uten autoritativ praksis er det vanskelig å konkludere med sikkerhet.

Vi har ikke funnet noen GDPR-vurderinger av praksisen i landene som etter det opplyste baserer rustesting av elever på samtykke. Dersom det er ønskelig, kan vi eventuelt ta kontakt med våre kollegaer i Sverige, Slovakia og/eller Irland for å høre om myndighetene der har foretatt noen GDPR-vurderinger vedrørende rustesting i skolen.