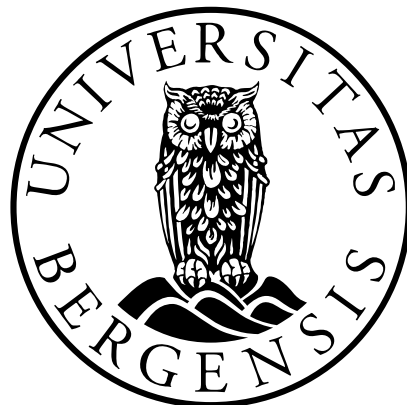


Individets rettigheter ved automatiserte avgjørelser etter GDPR artikkel 22

*Hvilket vern har vi mot algoritmisk
diskriminering?*

Kandidatnummer: 49

Antall ord: 14999



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstillingen og dens aktualitet	4
1.2 Rettskilder og metode.....	6
1.3 Fremstillingen videre.....	9
2 Regelverket knyttet til diskriminering ved automatiserte avgjørelser.....	10
2.1 Overordnet.....	10
2.2 Antidiskrimineringslovgivning i EU/EØS	11
2.3 Personvernregler om automatiserte avgjørelser	13
2.4 Hvilken beskyttelse er antidiskriminerings- og personvernlovgivning egnet å gi mot diskriminerende KI?	15
2.4.1 Antidiskrimineringslovgivningen og utfordringer knyttet til KI.....	15
2.4.2 Personvernlovgivningens beskyttelse mot diskriminerende KI.....	16
3 GDPR og automatiserte avgjørelser	18
3.1 Overordnet om GDPR og artikkel 22.....	18
3.1.1 Artikkel 22 nr. 1	19
3.2 Sentrale personvernprinsipper.....	20
3.2.1 Lovlig, rettferdig og åpen.....	20
3.2.2 Formålsbegrensning	22
3.2.3 Dataminimering.....	23
3.2.4 Riktighet	24
3.2.5 Lagringsbegrensning	25
3.1 Øvrige bestemmelser av betydning for tolkningen av artikkel 22	26
4 Vilkår for anvendelsen av GDPR artikkel 22.....	28
4.1 Vilkåret «avgjørelse»	28
4.1.1 Grensen mot forberedende handlinger	28
4.1.2 Forholdet mellom automatisert «avgjørelse» og «behandling»	29
4.2 Vilkåret «utelukkende basert på automatisert behandling»	30
4.2.1 Automatisert behandling	30
4.2.2 Profilering.....	31
4.2.3 Den nedre grense for menneskelig involvering.....	32
4.2.4 Må datagrunnlaget være helautomatisk?.....	33
4.3 Vilkårene «har rettsvirkninger for» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende»	33
4.3.1 Rettsvirkninger	33

4.3.2	På tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende.....	34
4.4	Unntak og egnede tiltak.....	35
4.5	Gir artikkel 22 nr. 1 uttrykk for en rettighet eller et forbud?	37
4.5.1	Ordlyd og kontekst	38
4.5.2	Formål	39
5	Nåværende og fremtidig vern mot diskriminerende KI	41
5.1	En sammenlignende analyse av antidiskrimineringslovgivningen og personvernlovgivningen	42
5.1.1	Et integrert rettsregime	42
5.2	Den praktiske betydningen av GDPR artikkel 22	44
5.3	En europeisk tilnærming til KI.....	46
5.3.1	AI Act.....	46
6	Avslutning	49
7	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Problemstillingen og dens aktualitet

I nåtidens digitale tidsalder erstatter vi flere og flere mennesker med maskiner, og prosesser og avgjørelser som før baserte seg på manuell behandling, legges i hendene til kunstig intelligens (heretter «KI»). Det finnes i dag ingen generelt akseptert definisjon av KI, nok fordi ‘intelligens’-begrepet i seg selv heller ikke er klart definert. EU-kommisjonen har imidlertid definert begrepet som «systems that display intelligent behaviour by analysing their environment and taking actions – with some degree of autonomy – to achieve specific goals»¹. Så lenge det er snakk om en maskin som kan løse problemer, utføre oppgaver eller vise andre kognitive funksjoner som et menneske kan, har vi med KI å gjøre.

Maskinlæring er den mest utbredte formen for KI i dag, og går ut på å utvikle digitale algoritmer som hjelper maskiner å gjenkjenne mønstre og ta intelligente beslutninger. På den måten kan teknologien lære seg å tilpasse sin adferd ved å analysere hvordan omgivelsene påvirkes av tidligere handlinger². Algoritmer er en form for oppskriftsbasert KI, som benyttes til å forutse hvem som kommer til å begå et lovbrudd, misligholde lånet sitt, være en god arbeidstaker etc. Listen er lang. Det er klart at dette fenomenet effektiviserer og forenkler utallige prosesser og avgjørelser i ulike deler av samfunns-, nærings- og arbeidslivet, og er avgjørende for utvikling generelt. Ved å tillate private og offentlige aktører å personalisere sine tjenester og produkter gjennom automatiserte avgjørelser og profilering, vil disse gjøres lettere tilgjengelig og man når ut til fler mer effektivt.

Samtidig byr møtet mellom rettstat og KI på utfordringer. Automatiserte prosesser kan true grunnleggende verdier i et rettssamfunn og være uforenelige med innarbeidede og lovfestede prinsipper for saksbehandling. Selv om algoritmer ikke er programmert til å oppføre seg diskriminerende, og i de fleste tilfeller vil kunne fatte mer nøytrale avgjørelser enn mennesker, finner vi flere eksempler på diskriminering utført av selv-lærende algoritmer. Dette vil i det videre omtales som ‘algoritmisk’ diskriminering, og omfatter algoritmer med

¹ European Commission COM/2018/237 s. 1

² High-level expert group on AI (2018) s. 2

«bias»³. I 2015 fant man ut at Amazon, et av de største teknologiselskapene i verden, benyttet seg av en algoritme i ansettelsesprosesser som favoriserte menn over kvinner. Bakgrunnen for dette var CV-ene som hadde blitt sendt inn de siste ti årene. Da det var flere menn enn kvinner som hadde søkt stillinger, lærte den aktuelle algoritmen seg å diskriminere kvinner i ansettelsesprosessen⁴.

Et annet viktig eksempel er COMPAS⁵-algoritmen som er benyttet i amerikanske rettssystemer for å forutsi sannsynligheten for at en tiltalt vil begå nye straffbare forhold. Modellen forutså dobbelt så mange falske positive for svarte enn for hvite tidligere lovbrøyttere, henholdsvis 45 og 23 prosent⁶. Også målrettet markedsføring og annonsering på internett er i stor grad drevet av algoritmiske avgjørelser, som er en svært lønnsom sektor for flere selskaper. For Facebook og Googles vedkommende er for eksempel nettannonser det de profitterer mest på⁷, som også kan ha diskriminerende effekter.

Følgene det kan ha at en nøytral algoritme lærer seg selv å diskriminere kan, som eksemplene illustrerer, være svært alvorlige. De reiser også spørsmål ved i hvilken utstrekning forbrukere og brukere av digitale plattformer kan beskyttes mot at deres personopplysninger samles inn og behandles. Sentralt i denne sammenheng står General Data Protection Regulation⁸ (heretter «GDPR»), «personvernforordningen» eller «forordningen»). Denne trådte i kraft i EU den 25.mai 2018, og den 20. juli 2018 for EØS-landene⁹. Samtidig som forordningen trådte i kraft i EØS, ble den inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven¹⁰.

Det sentrale formålet med GDPR er å sette en generell standard for behandling av personopplysninger, og er designet for å opprettholde retten til «protection of personal data» i henhold til artikkel 8 i EUs Charter of Fundamental Rights (heretter «Pakten»)¹¹. Regelverket er et av de mest omfattende og ambisiøse globale forsøkene på å regulere innsamling og bruk

³ Innebærer skjeve eller forutinntatte datasett. Se <https://www.nokios.no/etikk-og-bias-i-kunstig-intelligens/> (sist sjekket: 02.12.21)

⁴ Dastin (2018)

⁵ Forkortelse for Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS)

⁶ Angwin, Larson, Mattu og Kirchner (2016)

⁷ Borgesius (2018) s. 1575

⁸ General Data Protection Regulation (GDPR). Europaparlamentets- 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) [PVF, GDPR].

⁹ GDPR artikkel 99 og EØS-komiteens beslutning nr. 154/2018

¹⁰ Lov 15.juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger § 1

¹¹ Charter of Fundamental Rights of the European Union (2012/C 326/02)

av personopplysninger, både i offentlig og i privat sektor¹². «Personopplysninger» er definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person», jf. GDPR artikkel 4 (1). En bred definisjon er gitt for å kunne omfatte alle typer av prosessering av datamateriale, slik at forordningen har et videst mulig anvendelsesområde. Forordningen er essensiell for beskyttelse av flere menneskerettigheter, særlig retten til privatliv¹³. Personvern er på sin side et begrep uten noen nærmere definisjon i lovgivning eller praksis¹⁴. Personvernkommissjonen i Norge har likevel definert begrepet som «ivaretagelse av enkeltindividets mulighet for privatliv, selvbestemmelse (autonomi) og selvutfoldelse»¹⁵.

Rask utvikling i kombinasjon med kompliserte mekanismer som brukere av KI-systemer kanskje ikke har tilstrekkelig kunnskap om, kan utgjøre trussel mot den enkeltes menneskerettigheter når viktige avgjørelser som påvirker menneskers livsforhold skal tas. Hvilke rettigheter enkeltindividet har i forhold til KI har vært gjenstand for mange diskusjoner, særlig etter den nye reguleringen av personopplysninger kom med GDPR i 2018. Det er klart om at automatiserte prosesser og avgjørelser i all hovedsak er et velkomment tilskudd til det digitale samfunn. Som eksemplene ovenfor viser, foreligger likevel et behov for klargjøring og presisering av reglene omkring disse verktøyene. Denne avhandlingen tar for seg enkeltindividets grunnleggende rettigheter i forhold til automatiserte avgjørelser. Mer spesifikt er problemstillingen hvilket vern GDPR artikkel 22 gir enkeltindivider mot slike avgjørelser, særlig sett i lys av retten til ikke å bli diskriminert, samt hvilke føringer dette legger for behandling av personopplysninger i EU og EØS.

1.2 Rettskilder og metode

I det følgende vil de mest sentrale rettskildene for oppgaven og metoden som skal benyttes bli presentert. Oppgavens problemstilling vil drøftes med grunnlag i EU-retten, med primært fokus på GDPR. Forordningen viderefører i stor grad personverndirektivet fra 1995¹⁶ (heretter

¹² Human Rights Watch (2018)

¹³ Også retten til ytringsfrihet, tanke-, tros- og religionsfrihet, ytrings- og informasjonsfrihet, frihet til å drive næringsvirksomhet, til effektiv prøving og rettferdig rettergang og kulturelt, religiøst og språklig mangfold beskyttes gjennom GDPR, se fortalepunkt 4.

¹⁴ Skullerud m.fl. (2018) s. 31

¹⁵ NOU 2009: 1 s. 17

¹⁶ Direktiv 46/1995/EF

«personverndirektivet»), som ble ansett utdatert i forhold til en ny digital virkelighet, hvor personopplysninger brukes, deles og anvendes i langt større grad enn tidligere.

En stor del av reguleringen i personverndirektivet er videreført i GDPR, slik at rettskilder tilknyttet direktivet fremdeles er relevante der det ikke har skjedd noen realitetsendring. En sentral forskjell mellom et direktiv og en forordning er imidlertid at forordninger vil gjelde med direkte virkning i alle EUs medlemsland¹⁷, mens det for direktiver er opp til den enkelte medlemsstat å innføre regler som gjør at nasjonal rett samsvarer med EU-retten. Formålet med direktiver er at et bestemt mål skal oppnås, mens midlene for å nå dette målet i større grad kan velges av medlemslandene selv¹⁸. Personverndirektivet ga følgelig større skjønnsfrihet for medlemslandene og ulik grad av personvernsbeskyttelse i EU. Ettersom GDPR er en forordning har den direkte virkning i hele EU. Dette er ment å sikre en enhetlig anvendelse og fortolkning av rettigheter og plikter i tilknytning til personvernspørsmål på tvers av EU og EØS.

Medlemskapet i Den europeiske økonomiske samarbeids-avtalen¹⁹ (EØS-avtalen) fra 1992 (som trådte i kraft 1. januar 1994) er Norges viktigste tilknytning til EU og den europeiske integrasjonsprosess, etter hvert supplert av andre avtaler. GDPR ble ansett å være relevant for EØS, og ble derfor inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven²⁰ § 1, jf. EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a. Samtidig kom en norsk oversettelse av forordningen, som vil bli benyttet i oppgaven. Norge forpliktet seg gjennom dette til å etterleve reguleringen på samme måte som de øvrige medlemslandene. Det er derfor ikke tilfeldig at GDPR ble gjennomført som en forordning, slik at man sikrer generell gyldighet og likhet ved implementeringen, og på den måten bidrar til å skape et område med «frihet, sikkerhet og rettferdighet»²¹, som er et av de uttalte formålene med GDPR.

En rett for enkeltindividet til ikke å bli utsatt for en automatisert avgjørelse finnes i forordningens artikkel 22, som vil bli sentral videre i oppgaven. Mangelen på autoritativ avklaring av innholdet gjør det essensielt å fastslå hva som kreves for å oppfylle vilkårene,

¹⁷ Jf. Traktaten om Den europeiske unions virkemåte (TFEU) artikkel 288 (2)

¹⁸ Fredriksen og Mathisen (2018) s. 367

¹⁹ EØS-avtalen

²⁰ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

²¹ Jf. GDPR fortalepunkt 2

ikke minst sett i lys av KI og muligheten for diskriminering. Bestemmelsen viderefører i stor grad artikkel 15 i Personverndirektivet (1995). I tillegg er kravene i GDPR basert på flere prinsipper statuert i forordningens artikkel 5. Disse er også sentrale for anvendelsen og tolkningen av GDPR generelt.

Tolkning av EU-retten må ta utgangspunkt i EU-rettslig metode, slik denne er etablert og utviklet gjennom EU-domstolens praksis. Ved tolkning av bestemmelser i EU-lovgivning, må ordlyd, kontekst og formål tas i betraktning²². Utgangspunktet for tolkningene vil tas i legaldefinisjonen eller den naturlige språkbruken, dersom legaldefinisjon ikke finnes²³. GDPRs fortale gir anvisning på hva forordningens overordnede formål er, og gir et sentralt tolkningsbidrag for oppgaven. Den er ikke rettslig bindende, men benyttes ved tolkningen av artiklene for utfylling eller supplering.

Det er så langt ingen avgjørelser fra The European Court of Justice (heretter «EU-domstolen») som behandler GDPR artikkel 22, heller ikke forgjengeren i Personverndirektivet (1995) artikkel 15. Særlig relevant er imidlertid uttalelser fra det såkalte «Article 29 Working Party» (heretter «A29WP» eller «Artikkel 29-gruppen»). I 2017 ble det publisert en veileder, WP251rev.01 (heretter «Veilederen»), for hvordan GDPR artikkel 22 skal forstås, som vil bli særlig sentral for oppgavens tilnærming til og tolkning av ulike rettigheter og plikter som knytter seg til bestemmelsen²⁴. Veilederen ble også senere tilsluttet av European Data Protection Board (heretter «EDPB» eller «Personvernrådet»), som erstattet Artikkel 29-gruppen i oppgaven med å sikre at GDPR tolkes og anvendes likt i hele EU/EØS²⁵. Norges tilsynsmyndighet på personvernområdet, Datatilsynet, er representert i Personvernrådet, men uten stemmerett da Norge ikke er medlem av EU²⁶.

Retningslinjer og veiledere utgitt av Personvernrådet og Artikkel 29-gruppen, er av stor rettskildemessig vekt da disse bidrar til å gi et samlet inntrykk av hvordan reglene skal forstås generelt i alle medlemslandene, og er i tillegg direkte hjemlet i artiklene 68 og 69 i

²² C-558/15 *Vieira de Azevedo and Others* premiss 19

²³ Fredriksen og Mathisen (2018), s. 296

²⁴ WP251rev.01, Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*

²⁵ Datatilsynet om EDPB

²⁶ https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/members_en (sist sjekket: 26.11.21)

forordningen²⁷. Det må likevel nevnes at retningslinjene ikke er av bindende karakter, men fremstår som etterfulgt av tilsynsmyndigheter i ulike medlemsland. Oppgaven ses fra et norsk perspektiv, og norske rettskilder vil trekkes inn i den grad det er relevant.

1.3 Fremstillingen videre

Hittil har utfordringene med manglende regulering i forbindelse med digitalisering og automatiserte avgjørelser blitt presentert. Del 2 til 5 utgjør oppgavens hoveddel og tar i første rekke for seg hvilket vern vi har mot algoritmisk diskriminering i antidiskrimineringslovgivningen og i personvernlovgivningen, med et særlig fokus på GDPR. Videre vil retten til ikke å bli utsatt for en automatisert avgjørelse bli introdusert, sammen med sentrale prinsipper og øvrige bestemmelser av betydning for rettigheten som er oppstilt i GDPR artikkel 22 nr. 1. I del 4 vurderes de enkelte vilkårene i bestemmelsen, også i sammenheng med unntak og egnede tiltak som går frem av bestemmelsen for øvrig. Til sist gis en mulig tilnærming til problemstillingen ved et integrert regime av aktuelle regelsett, den praktiske betydningen av GDPR artikkel 22 og hvorvidt forslag til ny regulering av KI er egnet til å bøte for noen av de problemstillingene som skal redegjøres for i det videre.

²⁷ Personvernrådet skal anses som et «EU-organ med status som juridisk person» og opptre «uavhengig når det utfører sine oppgaver eller utøver sin myndighet (...)», jf. artiklene 68 nr. 1 og 69 nr. 1

2 Regelverket knyttet til diskriminering ved automatiserte avgjørelser

2.1 Overordnet

Begrepet diskriminering innebærer å behandle noen på en mindre gunstig måte enn andre, og kan anses som en samlebetegnelse for usaklig eller urimelig forskjellsbehandling av individer²⁸. Det kan være basert på kjønn, graviditet, etnisitet, religion, funksjonsnedsettelse eller seksuell orientering, slik det går frem av formålsbestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven²⁹. Det går også et skille mellom direkte og indirekte diskriminering, hvor direkte diskriminering skjer når noen behandles mindre gunstig enn andre ut fra de beskyttede grunnene nevnt ovenfor³⁰.

Indirekte diskriminering omfatter tilfeller når en tilsynelatende nøytral regel eller praksis i realiteten stiller noen dårligere enn andre, som ofte kan skje ubevisst og er vanskeligere å bevise enn direkte diskriminering³¹. Diskriminering ved automatiserte prosesser skjer som regel indirekte. Av den grunn vil ikke diskrimineringen nødvendigvis være åpenbar verken for den som behandler personopplysningene eller enkeltindividet som utsettes for det. Dette fordi de fleste, også eksperter på området for KI, mangler kunnskapen om hvordan slike systemer kommer frem til avgjørelser som tas. Å påvise at diskriminering finner sted vil følgelig kunne være vanskelig.

Innføringen av KI på verdensmarkedet var hevdet å skulle fjerne all form for menneskelig urettferdighet og fordømmelse ved beslutningstaking³². Men som eksemplene i del 1.1 viser, kan bruken av selvlærende algoritmer både opprettholde, og også forverre, denne menneskelige forutinntattheten³³. Om ikke annet kan allerede eksisterende menneskelig diskriminering være opphavet til algoritmisk diskriminering. Slik atferd kan også læres av

²⁸ <https://snl.no/diskriminering> (sist sjekket: 14.11.21)

²⁹ Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 1 (1)

³⁰ Se eks. Case of Biao v. Denmark premiss 89 og 103.

³¹ EU Agency for Fundamental Rights, ECHR, Council of Europe (2018)

³² Mann og Matzner (2019), s. 1

³³ Hacker (2018) s. 3

algoritmene selv basert på tidligere erfaringer og historiske data. Det tekniske rundt maskinlæringssystemers virkemåte vil ikke belyses ytterligere. Algoritmisk diskriminering gjør at vi må stille kompliserte spørsmål relatert til anvendelsen og håndhevelsen av tradisjonell antidiskrimineringslovgivning, og behovet for å klargjøre den enkeltes rettigheter i den forbindelse er stort.

Som vi skal se senere kan diskrimineringsvernet hevdes å ha en klar kjerne, men rekkevidden av de enkelte reglene og rettighetene er vanskelige å fastslå fordi kriteriene for hva som utgjør rettsstridig diskriminering ikke er entydige. Det er grunn til å presisere at rettsstilstanden er under utvikling, og diskrimineringsbegrepet i menneskerettskonvensjonene og i EØS-retten videreutvikles og utdypes stadig gjennom vedtakelse av nye rettsakter og ved ulike domstolers tolkninger av eksisterende rettsakter³⁴. Antidiskrimineringslovgivning og personvernlovgivning er de mest sentrale instrumentene for å beskytte retten til ikke å bli diskriminert i sammenheng med algoritmisk beslutningstaking. Hvilke lover og regler vi har på diskriminerings- og personvernfeltet vil redegjøres for nedenfor, før det vurderes hvorvidt disse er effektive når det kommer til diskriminerende KI.

2.2 Antidiskrimineringslovgivning i EU/EØS

I Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter «EMK») artikkel 14 er det gitt et forbud mot diskriminering på grunnlag av blant annet kjønn, rase, hudfarge, språk, religion, m.m. EMK er det rettslige instrumentet som har hatt - og fremdeles har - størst praktisk betydning for menneskerettigheter både i Europa og i Norge. Konvensjonen gjelder som norsk lov, med forrang foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven³⁵ §§ 2 og 3.

Vi har i tillegg generelle forbud mot diskriminering i EMK tilleggsprotokoll nr. 12³⁶ og i FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (heretter 'SP') artikkel 26. Tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK skulle bøte for at konvensjonen manglet et generelt diskrimineringsforbud som ikke var begrenset til de rettighetene konvensjonen beskytter. Dette var ment å styrke det europeiske vernet mot diskriminering, slik at det tilsvare vernet i blant annet SP artikkel 26³⁷.

³⁴ NOU 2009: 14 side 44.

³⁵ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettighetsloven)

³⁶ Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen.

³⁷ Innst. O.nr.68 (2007-2008), s. 24

Tilleggsprotokollen er foreløpig ikke ratifisert i Norge på grunnlag av usikkerheten knyttet til hvilke forpliktelser Norge påtar seg ved ratifikasjon, og hvordan den «meget vidt formulerte ordlyden etter tilleggsprotokollens artikkel 1 vil bli fortolket av Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD)»³⁸. Utvalgets flertall i NOU 2009: 14 anså det ikke som gitt at tilleggsprotokoll nr. 12 ville styrket eller utvidet det menneskerettslige diskrimineringsvernet noe mer enn det som allerede er beskyttet etter EMK artikkel 14 og/eller SP artikkel 26, og anså det av den grunn ikke nødvendig å ratifisere tilleggsprotokollen³⁹. Hvilken praktisk betydning dette har for Norges vedkommende vil ikke drøftes videre, men det er egnet å si noe om at vernet som tilbys i de ulike rettsaktene kanskje ikke fremstår som helt klart.

I EU finner vi et tilsvarende forbud mot diskriminering basert på beskyttede grunner i Pakten artikkel 21. Pakten ble rettslig bindende for alle EUs medlemsland samtidig med ikrafttreddelsen av Lisboa-traktaten, som er den oppdaterte traktaten EU-samarbeidet hviler på. Det innebærer at individer kan klage på EU-lovgivningen eller nasjonal lovgivning som implementerer EU-retten, dersom man mener at Pakten ikke er blitt respektert⁴⁰. Pakten er ikke en del av EØS-avtalen og er heller ikke tiltrådt av Norge på annen måte. Det er likevel ikke til å komme utenom at EØS-statenes forpliktelser indirekte vil påvirkes av EU-domstolens fremtidige tolkninger av Pakten. Dette er en større problemstilling som ikke vil berøres nærmere, men det legges til grunn at Pakten også vil kunne ha påvirkningskraft i forhold til disse landene.

Det har eksistert et forbud mot nasjonalitets- og kjønnsbasert forskjellsbehandling i EU siden 1950-tallet, og i EØS siden dens ikrafttredelse i 1994⁴¹. Vi finner i dag en rekke bindende og ikke-bindende verktøy for å bekjempe diskriminering, også på en mer generell basis. Prinsippet om ikke-diskriminering er nedfelt i en rekke internasjonale konvensjoner Norge har ratifisert, og dermed er forpliktet til å respektere. Disse dekker ulike områder og har ulike formål. Det kan også nevnes det allmenne EU-rettslige likebehandlingsprinsippet, som i stor grad er utviklet av domstolene⁴².

³⁸ NOU 2009: 14, s. 28

³⁹ *Ibid.*, s. 299

⁴⁰ Handbook on discrimination, s. 23

⁴¹ Reinholdtsen (2019), s. 223

⁴² Innst. O.nr.68 (2007-2008), s. 224

Andre sentrale rettsakter innenfor EU/EØS er rasediskrimineringsdirektivet⁴³, EUs rammedirektiv som beskytter mot diskriminering i arbeidslivet basert på tro, funksjonsnedsettelse, alder eller seksuell orientering⁴⁴, direktiv om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner⁴⁵ og likebehandlingsdirektivet mot diskriminering på arbeidsplassen⁴⁶. Disse angir kun en minimumsstandard for beskyttelse, slik at det er opp til hvert enkelt medlemsland hvorvidt det er ønskelig å fastsette et strengere vern nasjonalt. I Norge har målsettingen vært at diskrimineringsvernet som et minimum skal være på høyde med EU⁴⁷. Følgelig er samtlige av direktivene nevnt ovenfor implementert i norsk rett, også til tross for at de to førstnevnte direktivene ikke ble ansett å være EØS-relevante⁴⁸.

2.3 Personvernregler om automatiserte avgjørelser

EMK har siden dens ikrafttredelse i 1953 gitt enhver rett til respekt for sitt privatliv, jf. artikkel 8. Tidlig på 1970-tallet, da den digitale utviklingen virkelig skjøt fart, skjønte Europarådet at EMK hadde en rekke begrensninger og trengte å bli supplert av spesialiserte regelverk for å holde tritt⁴⁹. Som et resultat av dette ble Konvensjon om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger (1985) (heretter «Konvensjon 108»)⁵⁰ vedtatt for særlig å beskytte retten til privatliv i møte med databehandling av personopplysninger⁵¹. Konvensjonen fikk en revidert utgave i 2018 (heretter «Konvensjon 108+»).

⁴³ Direktiv 2000/43/EF

⁴⁴ Direktiv 2000/78/EF

⁴⁵ Direktiv 2004/113/EF

⁴⁶ Direktiv 2006/54/EF

⁴⁷ NOU 2003: 2 side 7

⁴⁸ Direktiv 2000/43/EF er gjennomført i lov 21.juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet), nå erstattet av likestillings- og diskrimineringsloven. For direktiv 2000/78/EF sitt vedkommende, skal arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering tolkes slik at de blir forenelige med direktivet, jf. Rt. 20011 s. 964 avsnitt 44.

⁴⁹ Hert (2009), s. 3

⁵⁰ Konvensjon 108 (1985)

⁵¹ Hert (2009), s. 3

I EU er også Pakten sentral, da en separat rett til vern av personopplysninger er gitt på lik linje med individets rett til respekt for sitt privatliv⁵². Å synliggjøre forskjellen mellom privatliv og vernet om personopplysninger var helt elementært sett i lys av den teknologiske utviklingen, da de to rettighetene har ulikt innhold, anvendelsesområde og formål.

EU vedtok sitt første omfattende personverninstrument gjennom personverndirektivet i 1995, nevnt i del 1.2. Dette gjenspeilet og utvidet personvernprinsippene som allerede fantes i Konvensjon 108 og i nasjonale lover⁵³. Frem til 2018 var direktivet det primære rettslige verktøyet for personvern i EU/EØS, til GDPR trådte i kraft, tok over for personverndirektivet, og moderniserte EUs personvernlovgivning ved å gi bestemmelser i tråd med den digitale tidsalder og dens utfordringer. GDPR bevarer og utvikler kjerneprinsippene og rettighetene til datasubjektet som personverndirektivet sørget for. I tillegg ble det introdusert nye forpliktelser som pålegger behandlere av data å implementere personvern i sine digitale løsninger; i visse tilfeller utnevne et personvernombud, overholde en ny rett til dataportabilitet, og å overholde prinsippet om ansvarlighet⁵⁴.

Personvernprinsippene er helt sentrale i personvernlovgivningen, og gir på ulike måter uttrykk for at behandling av personopplysninger skal være mest mulig forholdsmessig og forutsigbar for den enkelte⁵⁵. Prinsippene utgjør en grunnmur i både Konvensjon 108+ og i GDPR. Nasjonalt er det flere hundre land som har inkludert prinsippene i sin nasjonale lovgivning⁵⁶. Vi finner også et personverndirektiv med bestemmelser som har til hensikt å verne om individers personopplysninger, dog med et snevrere anvendelsesområde i 'Law Enforcement Directive' (heretter «LED»)⁵⁷. Direktivet fastsetter regler om beskyttelse av fysiske personer «(...) med henblik på at forebygge, efterforske, avsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner, herunder beskytte mod eller forebygge trusler mod den offentlige sikkerhed» jf. LED artikkel 1 (1). Direktivet vil ikke redegjøres for nærmere i det videre, men vil kunne bidra ved tolkningen av øvrige regelsett som beskytter personvernet.

⁵² Retten til vern av personopplysninger er gitt i Pakten artikkel 8, mens retten til privatliv er statuert i artikkel 7.

⁵³ EU Agency for Fundamental Rights og Council of Europe (2018)

⁵⁴ EU Agency for Fundamental Rights og Council of Europe (2018)

⁵⁵ Nærmere om de mest sentrale prinsippene i del 3.3.

⁵⁶ Greenleaf (2017), s. 3 flg.

⁵⁷ Direktiv 2016/680 (LED)

2.4 Hvilken beskyttelse er antidiskriminerings- og personvernlovgivning egnet å gi mot diskriminerende KI?

2.4.1 Antidiskrimineringslovgivningen og utfordringer knyttet til KI

Etter det som er sagt ovenfor er det utvilsomt at ikke-diskriminering og likebehandling er gitt et solidt vern i EU og EØS. Teknologitvillingen går imidlertid raskere enn regelutviklingen, og vi ser at tradisjonelle antidiskrimineringsregelverk har flere svakheter når det kommer til automatisering. Vi ser også at antidiskrimineringslovgivningen får et begrenset nedslagsfelt i forhold til KI, ettersom ny teknologi åpner for diskriminering basert på øvrige grunner enn de lovgivningen tar sikte på å beskytte, og dermed faller utenfor gjeldende antidiskrimineringsregelverk. Et reelt eksempel på dette er prisdiskriminering, som innebærer at et produkt prises på en måte som beror på den potensielle kundens personlige egenskaper, for eksempel basert på postnummer. Slik målrettet profilering kan få diskriminerende utfall dersom det fører til ulike priser, også når det ikke er basert på beskyttede karakteristikk etter lov.

Et annet problem med tradisjonell antidiskrimineringslovgivning er at forbud mot indirekte diskriminering ikke gjør helt klart hva som er lov og ikke. Begrepet indirekte diskriminering kan omfatte en rekke ulike utfall, som ofte er vanskelige å anvende i praksis. Forbudet vil heller ikke gjelde dersom den som er påstått å diskriminere påberoper seg en «objective and reasonable» begrunnelse⁵⁸. Det vil ikke foreligge en tilfredsstillende begrunnelse dersom den ikke har et bestemt mål, eller det ikke er et proporsjonalt forhold mellom de midlene som benyttes og målet som søkes oppnådd⁵⁹. I slike tilfeller må den som er offer for indirekte diskriminering må i tillegg kunne påvise at en tilsynelatende nøytral praksis, bestemmelse eller avgjørelse påvirker en beskyttet gruppe uforholdsmessig for å kunne fremsette påstand om diskriminering⁶⁰. Det er en vanskelig og tilsynelatende umulig oppgave, all den tid en

⁵⁸ Case of Biao v. Denmark premiss 91

⁵⁹ *Ibid.* premiss 90

⁶⁰ Case of D.H. and others v. The Czech Republic premiss 187-188

adgang til datasystemet og algoritmene som er brukt vil være det som primært kan bevise at diskriminering har skjedd. I mange tilfeller vil det også være vanskelig å i det hele tatt vite at man er et offer for diskriminering.

For å oppsummere det som er sagt ovenfor, kan man si at antidiskrimineringslovgivningen forbyr diskriminerende KI til en viss grad. Dette er likevel bare i tilfeller hvor det går på bekostning av de beskyttede grunnene. En rekke tilfeller av diskriminering er herunder forbudt i medhold av antidiskrimineringslovgivningen, mens tilfeller av diskriminering på øvrige grunnlag ikke kan anses å gi noen beskyttelse i det hele tatt. Det faktum at den som utsettes for diskriminering må fremsette påstand om dette, er i seg selv også lite forenelig med diskriminering som skjer ved automatiserte avgjørelser. Håndheving av den enkeltes rettigheter i den aktuelle konteksten er vanskelig, og den tradisjonelle lovgivningen kan ikke sies å gi et tilstrekkelig vern mot algoritmisk diskriminering.

2.4.2 Personvernlovgivningens beskyttelse mot diskriminerende KI

I kontrast til antidiskrimineringslovgivningen, stiller personvernlovgivningen krav til åpenhet ved behandling av personopplysninger, i tillegg til krav om virkningsfulle håndhevelsesapparater i medlemslandene. Personvernlovgivningen pålegger for det første alle medlemsstater å ha en uavhengig tilsynsmyndighet, en såkalt «Data Protection Authority», jf. eksempelvis Pakten artikkel 8 (3) og GDPR artikkel 51. I Norge ble Datatilsynet opprettet 1. januar 1980 som uavhengig forvaltningsorgan for å føre kontroll med at personvernregelverket etterleves jf. personopplysningsloven § 20, jf. GDPR artikkel 51. Tilsynets oppgaver følger av personopplysningsloven med forskrifter, og en rekke andre lover som gjelder personvern, se GDPR artikkel 57. At hvert medlemsland er påkrevd å opprette en egen tilsynsmyndighet, illustrerer viktigheten av at reglene i forordningen overholdes.

GDPR pålegger også databehandlere å gjennomføre «Data Protection Impact Assessment» (DPIA), som er en vurdering av personvernkonsekvenser⁶¹. Det innebærer en prosess som skal «beskrive behandlingen av personopplysninger, og vurdere om den er nødvendig og proporsjonal»⁶². I tillegg skal den bidra til å kartlegge risikoene den aktuelle behandlingen medfører for individers rettigheter og friheter, og fastlegge risikoreducerende tiltak. Ved

⁶¹ Jf. GDPR artikkel 35 (1)

⁶² Datatilsynets veileder om vurdering av personvernkonsekvenser (DPIA)

utførelsen av en DPIA må vurderingen følgelig omfatte risikoen for urettferdig eller ulovlig diskriminering.

Personvernlovgivningen stiller også krav til åpenhet og transparens i all behandling av personopplysninger. I sammenheng med KI kan dette være vanskelig, slik vi skal se under redegjørelsen av personvernprinsippene i del 3.2. GDPR artikkel 22 gir spesifikke regler i forhold til utelukkende automatiserte avgjørelser og profilering, hvilket er ment å ramme beslutninger som utgjør en trussel mot den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser⁶³. Bestemmelsen er tilnærmet aldri vært anvendt i praksis, slik at et klart svar på dens reelle evne til å beskytte mot diskriminerende KI er vanskelig å gi⁶⁴. Et svar forsøkes likevel å gis i avhandlingens del 5. Dette er fordi GDPR, i motsetning til antidiskrimineringslovgivningen, har en mer spesifisert karakter i relasjon til KI.

Samtidig oppstiller forordningen konkrete tiltak for å beskytte individers personvern, inkludert retten til ikke å bli utsatt for en automatisert avgjørelse i artikkel 22. Av denne grunn må personvernlovgivningen anses å være bedre egnet til å hindre algoritmisk diskriminering enn antidiskrimineringslovgivningen for øvrig. Som vi kommer tilbake til i del 5.1, kan en integrert tilnærming til personvern- og antidiskrimineringslovgivningen tenkes å gi et mer dekkende vern når det kommer til automatiserte avgjørelser.

⁶³ Dette kan leses ut fra GDPR artikkel 22 nr. 3 og nr. 4.

⁶⁴ Så vidt undertegnede er bekjent er GDPR artikkel 22 kun blitt vurdert i to saker fra en underinstans i Amsterdam, datert 11. mars 2021; «Uber»- og «Ola»-saken. Se <http://eulawanalysis.blogspot.com/2021/04/the-ola-uber-judgments-for-first-time.html> (sist sjekket: 02.12.21)

3 GDPR og automatiserte avgjørelser

3.1 Overordnet om GDPR og artikkel 22

GDPR er den mest detaljerte personvernloven vi har i EU/EØS, og vil stå i hovedfokus i det videre. Det overordnede formålet med GDPR er å sikre et effektivt vern om personopplysninger, i tillegg til å tilrettelegge for fri flyt av personopplysninger i EU og i EØS⁶⁵. Innbakt i dette ligger også en intensjon om å redusere risikoen for ulovlig diskriminering⁶⁶. GDPR henger følgelig nøye sammen med antidiskrimineringslovgivningen som sådan, og fyller et behov for komplementerende og supplerende regler tilknyttet personvern og vern av grunnleggende rettigheter.

Ved at alle virksomheter som behandler personopplysninger har et felles regelverk, sikrer man alle like rettigheter på tvers av landegrensene. Forordningen inneholder spesifikke regler for visse typer automatiserte avgjørelser. Den styrker også individets rettigheter på en rekke områder, og oppstiller plikter for den behandlingsansvarlige. Hvilke rettigheter den enkelte har er presisert i veiledere fra datatilsyn i flere land⁶⁷.

Nedenfor gis en introduksjon til GDPR artikkel 22 nr. 1 som vil være sentral videre i oppgaven, før øvrige bestemmelser som er av betydning for denne redegjøres for. Til sist i del 3 vil personvernprinsippene i GDPR artikkel 5 nr. 1 presenteres og tolkes i lys av KI. Vilkårene for anvendelsen av artikkel 22 nr. 1 behandles hver for seg i del 4. Her vil også unntakene til artikkel 22 nr. 1, slik de går frem av nr. 2, nr. 3 og nr. 4, gjøres rede for.

⁶⁵ Jf. GDPR artikkel 1.

⁶⁶ Se GDPR fortalepunkt 71

⁶⁷ For Norges vedkommende har Datatilsynet publisert en veileder etter vedtakelsen av GDPR: <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/den-registrertes-rettigheter/> (sist sjekket 15.11.21)

3.1.1 Artikkel 22 nr. 1

GDPR artikkel 22 nr. 1 gir uttrykk for at «[d]en registrerte»⁶⁸ skal ha rett til «ikke å være gjenstand for en avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling, herunder profilering, som har rettsvirkninger for eller på annen måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Bestemmelsen søker å begrense algoritmiske beslutninger som ikke inkluderer noen menneskelig interaksjon, ved å innskrenke tilfellene hvor denne typen behandling av personopplysninger er lov.

GDPR artikkel 22 kan oppsummeres som en bestemmelse om autonomi og menneskelig verdighet – fokuset ligger på at man skal behandles som enkeltindivider med egne personligheter, ikke mekanisk kalkulerete prosenter. Artikkel 22 er bygget opp for å beskytte interessene den registrerte har i å ta del i de avgjørelsene som er av betydning for den enkelte, og vil kunne anvendes uavhengig av om datasubjektet har spilt en aktiv rolle i å få en avgjørelse rettet mot seg (f.eks. ved søknad om lån), eller om en avgjørelse fattes mot et individ uten at vedkommende har vært involvert (f.eks. nektet innreise til et land ved passkontrollen).

Store offentlige og private institusjoner benytter omfattende dataprofiler på enkeltindividet for å fatte avgjørelser, og store deler av profilinformasjonen kan være samlet uten at den enkelte er bevisst på det. Et illustrerende begrep på dette fenomenet er ‘dataskygge’, som retter seg mot den informasjonen den enkelte etterlater seg ubevisst gjennom daglig bruk av digitale tjenester⁶⁹. Bruken av slike profiler fratrar den enkelte muligheten til å påvirke beslutningsprosessene som foretas hos de aktuelle databehandlerne. Dette er en av grunnene til at bestemmelsen er gitt betydelig oppmerksomhet siden forordningen trådte i kraft i 2018. Det er nok også fordi private og offentlige aktører benytter seg av automatiserte prosesser og avgjørelser i langt større skala enn tidligere, og fordi utformingen av bestemmelsen ikke kan sies å være fullstendig klar, noe vi kommer tilbake til senere i oppgaven.

⁶⁸ «den registrerte» er definert som «en identifisert eller identifiserbar fysisk person», jf. GDPR artikkel 4 (4).

⁶⁹ Undertegnede direkte oversettelse fra ‘data shadow’. Se <https://myshadow.org/animation> (sist sjekket 28.10.21)

3.2 Sentrale personvernprinsipper

Et av de mest sentrale punktene etter GDPR er at det er den behandlingsansvarlige⁷⁰ som har ansvar for at personvernprinsippene overholdes, jf. artikkel 5 nr. 2. Virksomheten skal dermed kunne vise at de behandler personopplysninger i tråd med personvernprinsippene. Den behandlingsansvarliges ansvar gjennomsyrrer hele forordningen ved at de aller fleste pliktene er rettet mot denne. GDPR artikkel 5 (1) oppstiller personvernprinsippene, som er relevante ved alle former for profilering og automatiske avgjørelser som involverer personopplysninger. Disse har til hensikt å sikre at personopplysninger behandles uten å kompromittere enkeltpersoners beskyttelse, og dermed sette føringer for den behandlingsansvarliges bruk av personopplysninger.

I første ledd bokstav a) fremkommer prinsippet om lovlighet, rettferdighet og åpenhet i forhold til behandlingen av personopplysninger. Prinsippet om formålsbegrensning i første ledd bokstav b) rettferdiggjør innsamling av personopplysninger for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål» og forbyr viderebehandling av personopplysninger som «er uforenelig med disse formålene». Første ledd bokstav c) oppstiller prinsippet om dataminimering; at personopplysninger skal være «adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for».

Prinsippet om riktighet i første ledd bokstav d) gir uttrykk for at personopplysninger skal være «korrekte og om nødvendig oppdaterte». Er dette ikke tilfellet, skal de slettes eller rettes umiddelbart. Prinsippet om lagringsbegrensning krever på sin side at personopplysninger kun oppbevares i den perioden det er nødvendig for formålene som personopplysningene behandles for, jf. første ledd bokstav e). I det følgende skal prinsippene tolkes kontekstuellet i lys av retten til ikke å bli utsatt for en automatisert avgjørelse etter artikkel 22 nr. 1.

3.2.1 Lovlig, rettferdig og åpen

Prinsippene om lovlighet, rettferdighet og åpenhet er sentrale for avhandlingens tema, da det overordnede spørsmålet er rettet mot *ulovlig* forskjellsbehandling ved helautomatiserte

⁷⁰ «behandlingsansvarlig» er i GDPR artikkel 4 nr. 7 definert som «en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighet, en institusjon eller ethvert annet organ som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger». Må ikke forveksles med «databehandler», som «behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige», jf. artikkel 4 nr. 8.

avgjørelser hvor avgjørelsesgrunnlaget ofte er usynlig for den som får avgjørelsen rettet mot seg. Dersom prinsippene overholdes, vil avgjørelsen bygge på tilstrekkelig rettsgrunnlag (lovlighetsprinsippet), avgjørelser som diskriminerer vil ikke finne sted (rettferdighetsprinsippet) og man får innsyn i hvorfor avgjørelsen ble tatt (åpenhetsprinsippet).

Lovlighetsprinsippet innebærer at det må finnes et rettslig grunnlag for behandlingen virksomheten ønsker å gjøre. I artikkel 6 nr. 1 er det listet opp seks tilfeller hvor behandling av personopplysninger er lovlig, og minst ett av disse må være oppfylt for at prinsippet kan anses å være overholdt. Når det kommer til sensitive personopplysninger om blant annet rasemessig eller etnisk opprinnelse, religion eller helseopplysninger, må i tillegg ett av vilkårene i artikkel 9 nr. 2 være oppfylt.

Rettferdighetsprinsippet innebærer at behandlingen av personopplysninger skal gjøres i respekt for de registrertes interesser og rimelige forventninger⁷¹. Ikke bare bruken av personopplysninger kan være i strid med prinsippet, men også *om* opplysningene i det hele tatt skal bli benyttet, er spørsmål den behandlingsansvarlige må stille seg selv ved behandling av personopplysninger.

Åpenhetsprinsippet omtales også som et prinsipp om transparens eller gjennomsiktighet⁷². I dette ligger at den registrerte skal ha innsyn i hvordan algoritmes benyttes, hvilke data den bruker og hvordan avgjørelser blir truffet. Dette skal i tillegg formidles på en måte som gjør at den gjennomsnittlige forbrukeren forstår hva prosessen innebærer. «Svart boks»-fenomenet er en betegnelse på de komplekse underliggende prosessene bak selvlærende algoritmer, som selv for eksperter på KI er vanskelige å tyde⁷³. Behovet for å vite hvordan disse algoritmene fungerer, meldte seg ikke før det ble konstatert at det forelå sannsynlighet for diskriminering og direkte påvirkning av vanlige individers liv.

Et eksempel fra USAs senatkomité for handel, vitenskap og transport illustrerer et typetilfelle som ikke tilfredsstiller prinsippets krav: når «datameglere» («data brokers») selger forbrukerprofiler som er egnet til å identifisere økonomisk sårbare forbrukere til finansielle selskaper ved at forbrukerne settes i ulike kategorier eller får en score basert på sin

⁷¹ Datatilsynet om grunnleggende personvernprinsipper

⁷² I Departementets første oversettelse av GDPR i 2017 ble «transparency» oversatt med «gjennomsiktighet».

⁷³ <https://ec.europa.eu/research-and-innovation/en/horizon-magazine/opening-black-box-artificial-intelligence> (sist sjekket: 02.12.21)

økonomiske evne, uten at forbrukerne selv har samtykket til eller har kjennskap om behandlingen av de aktuelle opplysningene⁷⁴. Slike eksempler fra virkeligheten viser at selskaper kan profitere på algoritmers mangel på åpenhet på bekostning av enkeltindivider, noe som utvilsomt er i strid med dette prinsippet.

3.2.2 Formålsbegrensning

Prinsippet om formålsbegrensning forutsetter for det første at bakgrunnen og formålene med behandlingen av personopplysninger fremkommer som klare, slik at den registrerte kan samtykke til og kontrollere bruken av egne personopplysninger. Selvlærende algoritmer kan imidlertid behandle data uten på forhånd å ha formet «veien» som skal gås for å oppnå det aktuelle formålet. Forsøker den behandlingsansvarlige å angi formålet på forhånd, ved at det avgrenses så vidt som mulig slik at alle alternative behandlingsformål omfattes, vil det være lite forutsigbart for datasubjektet og i strid med formålsbegrensningsprinsippet. En spesifikk, berettiget og uttrykkelig formålsangivelse kan først fremstilles etter at behandlingen har skjedd. KI i seg selv er derfor på kant med formålsbegrensningsprinsippet.

For det andre krever prinsippet at behandlingen er kompatibel med det aktuelle formålet dataene opprinnelig ble samlet inn for. Sett bort fra tilfeller der den registrerte har samtykket eller nasjonal- eller EU-lovgivning tillater det, skal i utgangspunktet hver behandling av personopplysninger samsvare med formålet for innhenting⁷⁵. KI muliggjør sammenkobling av data, som kan gi opphav til ny data som i utgangspunktet ikke var tilgjengelig⁷⁶. Dette vil være svært uforutsigbart for datasubjektet og kan også være problematisk i forhold til formålsbegrensningsprinsippet.

En annen problemstilling er at allerede innsamlet data benyttes på nytt til andre formål enn det opprinnelige. Dersom den behandlingsansvarlige ikke kan verifisere kompatibiliteten mellom den tidligere og den tiltenkte behandlingen, må samtykke fra den registrerte innhentes, eller behandlingens formål endres, for at den nye behandlingen ikke skal være i strid med prinsippet.

⁷⁴ Committee on Commerce, Science and Transportation (2013), Executive summary side ii

⁷⁵ Jf. GDPR artikkel 6 nr. 4

⁷⁶ Council of Europe study (2018) s. 13

A29WP har trukket frem to ulike scenarioer i denne sammenheng; et hvor den behandlingsansvarlige ønsker å oppdage sammenhenger i personopplysninger, og ett hvor fokuset ligger på enkeltindividet⁷⁷. I det første scenarioet vil såkalt «functional separation» være avgjørende. Det går ut på å skille data benyttet i forsknings- og statistikkøyemed fra opplysninger som skal være tilgjengelige for å blant annet fatte automatiserte avgjørelser. Dette krever at behandlingsansvarlige kan garantere for sikkerheten og konfidensialiteten til de aktuelle personopplysningene, og gjør det de kan for å ‘funksjonelt separere’.

I det andre scenarioet vil behandlingsansvarlige analysere eller forutse personlige preferanser, oppførsel og egenskaper hos datasubjektet, som benyttes i å fatte tiltak eller avgjørelser med hensyn til dette. I slike tilfeller vil uttrykkelig samtykke tilnærmet alltid være påkrevd. Uten dette vil ikke videre bruk av dataene kunne anses kompatibel med det opprinnelige formålet. KI sin uforutsigbare karakter og manglende evne til å spesifisere formålet for behandlingen på forhånd, er imidlertid ikke forenelig med forutsetningen om et spesifisert og uttrykkelig samtykke for å confirmere kompatibiliteten mellom formålet med den allerede innsamlede og den nye bruken av personopplysninger.

Hvorvidt slik sekundærbruk av personopplysninger sammenfaller med det opprinnelige formålet for innsamling av personopplysningene, avhenger av flere faktorer. Disse er gjenspeilet i artikkel 6 (4) bokstav a)-e). De hensynene som skal tas etter artikkel 6 vil også være uforenelig med KI, da de forutsetter at man vet hva personopplysningene skal brukes til når de benyttes på nytt.

3.2.3 Dataminimering

Prinsippet om dataminimering forplikter den behandlingsansvarlige til bare å samle inn den dataen som er nødvendig for den aktuelle behandlingen. Data er lik profitt, og enkeltindividers personopplysninger er blitt en viktig handelsvare⁷⁸. Kombinert med lave kostnader for lagring og muligheten til å behandle store mengder informasjon, fristes selskaper til å samle inn mer data enn nødvendig fordi det kan være nyttig og lønnsomt i

⁷⁷ A29WP Opinion (2013) s. 46

⁷⁸ Wessel-Aas og Ødegaard (2018) s. 2

fremtiden. I en studie fra Storbritannia sa 72 % av selskapene at de hadde samlet inn data som ikke ble brukt i ettertid⁷⁹.

Det er klart at selskaper ønsker mest mulig data for best mulig tjenesteyting, og også for KI sitt vedkommende er kvantitet en forutsetning for dens effektivitet. Behandler man data uten at det er «adekvat[e], relevant[e] eller begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for», bryter man imidlertid direkte med prinsippet om dataminimering, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav c.

COMPAS-algoritmen, nevnt innledningsvis i del 1.1, kan også sies å være på kant med prinsippet om dataminimering. Algoritmen samler inn totalt 137 ulike variabler for å gi en vurdering av den straffedømtes sannsynlighet til å begå nye lovbrudd. Blant disse variablene er spørsmål straffedømte har besvart, som for eksempel vedrører venners og familiemedlemmers tidligere rulleblad og deres forbruk av ulovlige stoffer⁸⁰. Relevansen av slike spørsmål i relasjon til en straffedømtes sannsynlighet for å begå nye lovbrudd, må anses liten. Også i relasjon til dataminimeringsprinsippet er det relevant å trekke frem vanskeligheten med å identifisere formålet med behandlingen på forhånd, og hvilke personopplysninger som er nødvendige for de aktuelle formålene. Dette gjør det vanskelig å begrense hvilke opplysninger som er relevante å innsamle.

3.2.4 Riktighet

Prinsippet om riktighet må anses fundamentalt ved bruk av personopplysninger. Når den behandlingsansvarlige skal opprette en profil på en registrert som skal benyttes til å ta automatiserte avgjørelser, må den være sikker på at profilen baserer seg på riktige opplysninger. Dette innebærer at de er «korrekte og om nødvendig oppdaterte», jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav d. Dermed stilles krav til behandlingsansvarlige i forhold til kontroll over lagrede personopplysningers riktighet til enhver tid. Er data ukorrekt eller utdatert, skal de

⁷⁹ http://info.purestorage.com/rs/225-USM-292/images/Big%20Data%27s%20Big%20Failure_UK%281%29.pdf?aliId=64921319 s. 7. (sist sjekket: 05.12.21)

⁸⁰ Liu, Lin, Chen (2018), s. 14

slettes eller rettes uten ugrunnet opphold. Retten til å få uriktige personopplysninger rettet følger også av pvf. artikkel 16.

Sentralt når det kommer til automatiserte avgjørelser, er at riktigheten må vurderes ved innsamlingen, analyseringen, og/eller når man benytter en profil for å fatte en avgjørelse med virkninger for den enkelte. Baserer man en avgjørelse på uriktige eller utdaterte opplysninger, vil resultatet sannsynligvis bli feil, hvilket kan ha inngripende konsekvenser for den det gjelder. I denne sammenheng står informasjonsplikten sentralt, slik at den registrerte har mulighet til å gripe inn i eventuelle feil på forhånd, og dermed sikre kvaliteten på dataene som behandles, jf. artikkel 13 (2) bokstav b).

Vi finner et eksempel i *State v. Loomis*⁸¹, hvor COMPAS-algoritmen utgjorde et av grunnlagene for domfellelse. Loomis prosederte blant annet på sin rett til å dømmes basert på riktig informasjon, med henvisning til risikovurderingen etter COMPAS-algoritmen. Selv om saken endte med domfellelse, anerkjente retten at riktigheten ved slike systemer og algoritmer må sjekkes rutinemessig⁸². At kvaliteten på dataene som skal behandles er god er vesentlig i forhold til å unngå bias og diskriminering.

3.2.5 Lagringsbegrensning

Til sist forutsetter prinsippet om lagringsbegrensning at den behandlingsansvarlige oppbevarer personopplysninger kun i begrensede perioder, og bare så lenge det er nødvendig for det aktuelle formålet. Prinsippet springer ut av dataminimeringsprinsippet, og komplementeres av retten til sletting (retten til å bli glemt) som følger av GDPR artikkel 17. I denne sammenheng er også prinsippet om formålsbegrensning aktuelt, da en rett til sletting «uten ugrunnet opphold» gjør seg gjeldende når «personopplysningene ikke lenger er nødvendige for formålet som de ble samlet inn eller behandlet for», jf. artikkel 17 nr. 1 bokstav a.

Ved avslutning av arbeidsforhold vil det for eksempel oppstå viktige grensedragninger i forhold til lagring og sletting av personopplysninger. Hvilke begrensninger som gjelder for lagring av personopplysninger vil variere, blant annet ut fra sektor og om et arbeidsforhold

⁸¹ *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016), Wisconsin Supreme Court

⁸² *Ibid.*

har vært bra eller dårlig. I sistnevnte tilfelle vil lagring av personopplysninger kunne være nødvendig dersom en arbeidstaker blir sagt opp, for eksempel for å kunne forsvare eventuelle rettskrav om erstatning for usaklig oppsigelse⁸³. Det sentrale er at man kan påvise nødvendigheten av lagringen. GDPR oppstiller ikke tidsbestemte frister for når personopplysninger ikke lenger kan lagres. Dette beror på hvor lenge man trenger opplysningene i forhold til formålet med innsamlingen.

Lagring av personlig data i selskapers datasystemer kan utgjøre en risiko for personvernet i forbindelse med potensielle tekniske svikter hos den behandlingsansvarlige.

Pseudonymisering⁸⁴ eller annen anonymisering vil ikke alltid utgjøre tilstrekkelig buffer i denne sammenheng, ettersom fullstendig usynliggjøring av det personlige ved opplysningene ikke er mulig⁸⁵. Går man aktivt inn for det, vil man kunne re-identifisere personopplysninger ved å kombinere de som er anonymisert med tilleggsopplysninger. Utformingen av KI gjør det mulig å lagre store mengder data og det er i dag mindre kostbart å lagre enn å forkaste data⁸⁶. Selv om behandlingsansvarlige er pliktige til å begrense lagringen av personopplysninger, vil KIs utforming og behov for store datamengder for best resultater lett komme i strid med prinsippet.

3.1 Øvrige bestemmelser av betydning for tolkningen av artikkel 22

Sett i lys av den kontekstuelle tolkningsmetoden som anvendes av EU-domstolen, vil også flere bestemmelser kunne bidra til å kaste lys over artikkel 22. Særlig bestemmelsene i GDPR kapittel III om «[d]en registrertes rettigheter» er aktuelle. Artikkel 12 nr. 1 gir i første rekke uttrykk for at all informasjon om behandling av personopplysninger skal gis på en «kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte», hvilket må ses i lys av prinsippet om åpenhet etter artikkel 5 nr. 1 bokstav a). Hvilken informasjon dette gjelder følger av artiklene 13 og 14. Herunder har den registrerte rett på «relevant informasjon om den underliggende logikken samt om betydningen og de forventede konsekvensene av en slik behandling», jf. artikkel 13

⁸³ <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/personvern-pa-arbeidsplassen/personalmappe/> (sist sjekket: 24.11.21)

⁸⁴ Behandling av personopplysninger på en slik måte at personopplysningene «ikke lenger kan knyttes til en bestemt registrert uten bruk av tilleggsopplysninger», jf. GDPR artikkel 4 nr. 5.

⁸⁵ Finck og Pallas (2020) s. 15

⁸⁶ Information Commissioner's Office (ICO) (2017), s. 41

nr. 2 bokstav f) og artikkel 14 nr. 2 bokstav g). En tilsvarende rett til innsyn i slike opplysninger er gitt i artikkel 15 nr. 1 bokstav h). Artikkel 22-gruppen har trukket frem at en kompleks forklaring på hvordan algoritmen fungerer ikke er nødvendig, men at informasjonen må være tilstrekkelig omfattende til at den registrerte forstår hvorfor avgjørelsen er tatt⁸⁷.

Kravet til å informere datasubjektet om prosessering av vedkommendes personopplysninger er viktig fordi det påvirker muligheten til å utøve rettighetene som fremgår av artikkel 15-22⁸⁸. Blant disse er den registrertes rett til innsyn, retten til korrigerings av uriktige personopplysninger i, retten til å bli glemt etter, retten til begrensning av behandling, retten til dataportabilitet, retten til å protestere og retten til å ikke bli utsatt for en automatisert avgjørelse, jf. henholdsvis artiklene 15, 16, 17, 18, 20, 21 og 22.

Artikkel 21 regulerer profilering i markedsøyemed, og gir en tilsynelatende uforbeholden rett for den registrerte til å «til enhver tid (...) ha rett til å protestere mot behandling av personopplysninger (...) herunder profilering». At bestemmelsen også omfatter profilering, kan synes å gi bidrag til forståelsen av artikkel 22. Retten til å protestere etter artikkel 21 retter seg imidlertid mot en adgang til å protestere mot fremtidig bruk av personopplysninger, eventuelt personopplysninger som allerede er i bruk. Artikkel 21 gir dermed ingen videre bidrag til tolkningen av artikkel 22, da bestemmelsene representerer to ulike rettigheter for den registrerte (artikkel 22 kan også tolkes som et generelt forbud, hvilket vi kommer tilbake til nedenfor).

⁸⁷ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 25

⁸⁸ Se om viktigheten av informasjonspliktene i sak C 201/14 *Smaranda Bara and Others*, premiss 33.

4 Vilkår for anvendelsen av GDPR

artikkel 22

Det er fire hovedvilkår i artikkel 22 som krever et nærmere dypdykk for å kunne fastslå hvilken reell beskyttelse den registrerte har overfor KI. Det må for det første fattes en «avgjørelse». For det andre må avgjørelsen være «utelukkende» basert på «automatisert behandling». Til sist må avgjørelsen «ha rettsvirkninger for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirke[r]» den registrerte.

4.1 Vilkåret «avgjørelse»

4.1.1 Grensen mot forberedende handlinger

Helt sentralt for anvendelse av GDPR artikkel 22 er at den registrerte utsettes for en «avgjørelse» som utelukkende er basert på automatisert behandling. Vilkåret «avgjørelse» defineres ikke i forordningens fortale eller i forordningen for øvrig, og må derfor vurderes i lys av den ordlyd og kontekst etter EU-rettens juridiske metode. Ordlyden tilsier at det gjøres en bindende vurdering rettet mot en eller flere bestemte personer med virkning for den eller de, og avgrenser mot forberedelser. Eksempelvis kan det nevnes vedtak fattet av offentlige myndigheter mot et individ. Her vil forberedelsene danne grunnlaget for vedtaket, men bare selve vedtaket kan omtales som en avgjørelse.

Til tross for at ordlyden til «avgjørelse» skriver seg fra forberedende handlinger, er grensen mellom en endelig beslutning og forberedende handlinger noe uklar i forhold til artikkel 22. For eksempel vil ikke det at en avgjørelse betegnes som noe annet gjøre at den faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde, så lenge de øvrige vilkårene er oppfylt. Det vil si at et tilfelle er omfattet selv om det utgjør en midlertidig handling i en lengre prosess som

potensielt involverer flere avgjørelser (f.eks. flere beslutninger i et klagesystem), så lenge grunnlaget og virkningen som kreves etter bestemmelsen er oppfylt⁸⁹.

Et slikt synspunkt støttes opp av at det i forordningens fortalepunkt 71 er uttalt at «avgjørelse» kan omfatte «tiltak». Hva som menes med begrepet er ikke gitt noen videre spesifisering, men gir i utgangspunktet ikke et inntrykk av en endelig beslutning. Bakgrunnen for at dette er inkludert i fortalen kan ha en sammenheng med at «tiltak» («measure») ble valgt som terminologi i EU-kommisjonens utkast til artikkel 22, uten noen videre forklaring⁹⁰. Det faktum at både avgjørelser og tiltak kvalifiserer som handlinger omfattet av bestemmelsen, indikerer likevel at vilkåret må tolkes vidt, slik at også midlertidige avgjørelser er omfattet. En endelig forståelse av vilkåret må avklares autoritativt.

4.1.2 Forholdet mellom automatisert «avgjørelse» og «behandling»

GDPR artikkel 22 gir den registrerte rett til ikke å være gjenstand for en *avgjørelse* som er basert på utelukkende automatisert *behandling*. Artikkel 29-gruppen synes ikke å skille mellom bruken av «decision» og «processing» i sine retningslinjer. En avgjørelse etter artikkel 22 vil være *basert* på automatisert behandling, men avgjørelsen i seg selv kvalifiserer ikke som «behandling» etter definisjonen i artikkel 4 (2). Formuleringen «gjøres med» («performed on») sammenholdt med opplistingen av eksempler på behandlingsoperasjoner (eks. «innsamling», «registrering» og «lagring») antyder at definisjonen av behandling bare dekker prosessene som gjøres direkte *på* personopplysninger. Automatisert behandling er dermed den automatiserte prosessen som leder opp til en endelig beslutning, mens avgjørelsen er resultatet av dette.

I øvrig EU-regulering defineres «avgjørelse» som «any act by the customs authorities pertaining to the customs legislation giving a ruling on a particular case, and having legal effects on the person or persons concerned»⁹¹. Det må følgelig være klart at offentlige myndigheters handlinger mot den enkelte, med rettslige konsekvenser for denne, er omfattet av vilkåret. Hele formålet og bakgrunnen til GDPR tilsier likevel at «avgjørelse» ikke kan

⁸⁹ Kuner, Bygrave og Docksey, s. 532

⁹⁰ Finck (2019), s. 8

⁹¹ Se eksempelvis Regulation (EU) No 952/2013 of the European Parliament and of the Council of 9 October 2013 artikkel 5 (39)

tolkes så snevert at bare offentlige myndigheters handlinger er omfattet. Artikkel 22 dekker et langt større spekter av situasjoner enn de som involverer utøvelse av offentlig myndighet. Dette må ses i sammenheng med at den «behandlingsansvarlige» er definert som en «*fysisk* eller juridisk person, en offentlig myndighet eller ethvert annet organ»⁹². Det synes derfor å være tilstrekkelig at en handling i samsvar med de øvrige vilkårene i artikkel 22 må være omfattet, uavhengig av hvilket beslutningsorgan som har fattet avgjørelsen.

4.2 Vilkåret «utelukkende basert på automatisert behandling»

4.2.1 Automatisert behandling

GDPR artikkel 22 gjør seg kun gjeldende for automatiserte avgjørelser som retter seg mot et individ, hvilket leses ut fra bestemmelsens overskrift, «[a]utomatiserte *individuelle* avgjørelser» (min kursivering)⁹³. Avgjørelser kan imidlertid være rettet mot flere, eksempelvis avslag på en lånesøknad fra to (eller flere) personer. Det ville undergrave selve intensjonen med forordningen, å sikre vern av fysiske personers grunnleggende rettigheter og friheter etter artikkel 1 nr. 2, dersom slike avgjørelser ikke var omfattet. Tolkes bestemmelsen slik at avgjørelsen bare kan være rettet mot én fysisk person, kan den også lett omgås ved at avgjørelsen rettes mot flere. En automatisert avgjørelse rettet mot flere enn én person må følgelig anses omfattet av bestemmelsen, med den følge at alle avgjørelsen er rettet mot gis rettighetene etter artikkel 22.

Definisjonen av behandling gitt i artikkel 4 nr. 2 gjelder for behandling generelt. Artikkel 22 avgrenser til behandling som er utelukkende automatisert, og må etter ordlyden forstås som at menneskelig involvering gjør bestemmelsen uanvendelig. Dersom en endelig avgjørelse fattes av et menneske, men forberedelsene, innsamling av data og utredningene er utført av en maskin, er det likevel vanskelig å komme unna at selve grunnlaget for avgjørelsen er

⁹² Jf. GDPR artikkel 4 nr. 7

⁹³ Også sammenholdt med bruken av begrepene «[d]en registrerte» og «vedkommende» i GDPR artikkel 22 nr. 1

automatisert. Den nærmere grensen for hvilken grad av menneskelig involvering som kan sies å være akseptert, vil behandles i del 4.2.3.

Profilering er en form for automatisert behandling og defineres som «enhver form for automatisert behandling av personopplysninger» som innebærer å benytte personopplysninger for å «vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person». Det kan for eksempel være et kredittopplysningselskap som automatisk klassifiserer skyldneres låneevne basert på opplysninger om inntekt, gjeld, bosted og alder. Profilering utelukker ikke at hoveddelen av prosessen er utført av mennesker, men med automatiserte bidrag. Slike former for profilering faller utenfor denne avhandlingens tema, da det aldri kan oppstå spørsmål ved om de kan resultere i *utelukkende* automatiserte avgjørelser. Det vil gis en nærmere redegjørelse for profilering nedenfor.

4.2.2 Profilering

«Profilering», slik begrepet er definert i GDPR artikkel 4 (4), er en underkategori av automatisert behandling. En sentral forskjell fra automatisert behandling i henhold til artikkel 22, er at profilering ikke behøver å være *utelukkende* automatisert. Menneskelig involvering er ikke til hinder for at det er profilering vi står overfor, selv om noen form for automatisering er påkrevd. Artikkel 29-gruppen statuerer at profilering generelt innebærer å samle informasjon om en enkelt eller en gruppe og evaluere deres karakteristikk eller oppførsel, slik at de kan plasseres i en gruppe eller kategori for å analysere eller forutsi eksempelvis prestasjonsevner, interesser eller sannsynlig opptreden⁹⁴. Følgelig vil ikke klassifisering av individer basert på personopplysninger i seg selv nødvendigvis være tilstrekkelig, da profilering forutsetter et element av evaluering, jf. «vurdere» i artikkel 4 (4).

Et eksempel oppstilt av A29WP er at ilegging av fartsbøter utelukkende på grunnlag av bevis fra fotobokser, er en automatisert avgjørelse som ikke nødvendigvis involverer profilering. Dersom vedkommendes kjørevaner overvåkes over tid og botens sluttbeløp er et resultat av en vurdering som eksempelvis involverer flere fartsovertredelser eller øvrige trafikkforseelser, vil det være tale om en automatisert avgjørelse basert på profilering⁹⁵. Det avgjørende er dermed hvorvidt det er personopplysninger som behandles og ligger til grunn for avgjørelsen.

⁹⁴ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 7. Se også Skullerud m.fl. (2018) s. 59.

⁹⁵ *Ibid.* s. 8

Det bør også presiseres at ikke all profilering resulterer i en avgjørelse i relasjon til artikkel 22 nr. 1. For eksempel kan det automatisk sendes ut e-poster med informasjon til en gruppe av personer som står oppført på en liste som følge av profilering. Dette vil ikke utgjøre en «avgjørelse» i artikkel 22 sin forstand, da det ikke treffes en beslutning som har rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende⁹⁶. At det er vanskelig å avgjøre hva som omfattes av profileringsvilkåret henger nøye sammen med at det må innebære rettsvirkninger eller tilsvarende virkninger som i betydelig grad påvirker vedkommende, som skal redegjøres nærmere for i del 4.3 nedenfor.

4.2.3 Den nedre grense for menneskelig involvering

Begrepet «utelukkende» gir isolert sett uttrykk for at det ikke er rom for annen behandling enn den som er automatisert. En slik tolkning vil innebære at datasystemer i sin helhet står for behandling av avgjørelsen, uten noen form for menneskelig inngripen. A29WP legger tilsynelatende tilsvarende tolkning til grunn; «the ability to make decisions by technological means without human involvement»⁹⁷. Hva som ligger i “human involvement” er imidlertid nødvendig å klargjøre. En streng tolkning menneskelig behandling ikke aksepteres overhodet åpner for at bestemmelsen lett kan omgås. Da ville for eksempel fabrikkering av menneskelig involvering gjort at avgjørelsen falt utenfor bestemmelsens virkeområde. Den nedre grensen for menneskelig involvering forutsetter følgelig at denne er av en viss betydning for avgjørelsen og ikke bare en «token gesture» fra noen som har autoritet og kompetanse til å endre beslutningen⁹⁸.

Har et menneske deltatt i prosessen, men ikke i realiteten påvirket resultatet, vil det fremdeles være snakk om «utelukkende automatisert behandling». Motsetningsvis, hvis et menneske utfører tilsyn med resultatene av automatiserte prosesser, og har autoritet til å endre dem, er vi utenfor bestemmelsens rekkevidde og behandlingen er ikke utelukkende automatisert. Den nedre grensen kan følgelig trekkes der den menneskelige rollen ikke har vært symbolsk, men reelt sett har hatt noe å si for den endelige avgjørelsen.

⁹⁶ Jarbrekk (2019), s. 248

⁹⁷ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 8

⁹⁸ *Ibid* s. 21

4.2.4 Må datagrunnlaget være helautomatisk?

En annen problemstilling som «automatisert behandling» legger opp til, er at vilkåret antyder at dataene som beslutningen er basert på er i digital form. Ordlyden kan i ytterste fall tolkes som at også datagrunnlaget må være samlet inn ved utelukkende automatisert behandling. En slik tolkning medfører at en rekke automatiske behandlingsprosesser som potensielt kan være skadelige for den avgjørelsen retter seg mot, faller utenfor bestemmelsens anvendelsesområde⁹⁹. Dette ville ikke støttet opp under formålet med bestemmelsen og GDPR i seg selv. Vilkalet må følgelig forstås som at behandlingen må ha vært automatisert, men det er ikke nødvendig at alle elementer i behandlingen gjøres automatisk.

Det er videre ingenting i bestemmelsen som tilsier at avgjørelsen må være basert på personopplysninger knyttet til den vedtaket retter seg mot. Det forutsettes likevel at avgjørelsen til sist omfatter personopplysninger om den avgjørelsen retter seg mot, all den tid «den registrerte» er den som skal ha rett til ikke å være *gjenstand* for en slik avgjørelse. Dersom avgjørelsen er basert på profilering, omfatter den uansett personopplysninger, jf. definisjonen av «profilering» i GDPR artikkel 4 nr. 4.

4.3 Vilkårene «har rettsvirkninger for» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende»

4.3.1 Rettsvirkninger

Det at avgjørelsen «har rettsvirkninger for» den registrerte, innebærer at den fastslår en persons juridiske rettigheter eller plikter på et eller flere områder. En automatisk avgjørelse med rettsvirkninger kan være retten til eller avslag på en bestemt sosial ytelse gitt ved lov, for eksempel rett til pensjon, nektet innreise ved landegrense eller at man utsettes for særskilt

⁹⁹ Kuner, Bygrave og Docksey (2020) s. 533

overvåkning av myndighetene. Vilkåret innebærer både lovhjemlede og kontraktuelle rettigheter¹⁰⁰, og vil dermed gjelde for avgjørelser tatt av både offentlige og private aktører.

Hva som definerer «rettsvirkninger» er ikke gitt i forordningen, hvilket kan komme av at betydningen av innholdet i begrepet er forskjellig fra land til land. Terskelen for hva som utgjør er rettsvirkning etter nasjonal rett kan således variere, men rettigheter gitt av EU-lovgivning må i alle tilfeller anses omfattet. Vilkåret vil potensielt kunne bidra til ulikheter i forhold til medlemslandenes anvendelse av artikkel 22. Dersom en avgjørelse har rettsvirkning i et land, men ikke i et annet, vil det imidlertid være sannsynlig at virkningen (som ikke utgjør en rettsvirkning i det aktuelle landet) har tilsvarende betydelig påvirkning for den registrerte, og dermed er omfattet av artikkel 22, se punkt 4.3.2 nedenfor. En slik tolkning av vilkårene som gir tilsvarende anvendelse på tvers av medlemslandene er i tråd med en ensartet gjennomføring av forordningen.

4.3.2 På tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende

Selv om avgjørelsen ikke innebærer rettsvirkninger overfor den registrerte, kan den omfattes av artikkel 22 såfremt den «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». En naturlig forståelse av vilkåret innebærer at avgjørelsen medfører alvorlige konsekvenser med negative innvirkninger på vedkommendes velferd, uten at dette har innvirkning på dens juridiske rettigheter. Pvf. fortalepunkt 71 gir eksempler på avgjørelser som kan ha slike virkninger, herunder automatisk avslag på nettbasert søknad om kreditt eller e-rekruttering. Det er imidlertid ikke gitt noen videre veiledning for det aktuelle omfanget av *virkningene* avgjørelsen må ha.

At begrepet «tilsvarende» er benyttet, gir anvisning på at typiske rettsvirkninger utgjør en standard for hvilken påvirkning avgjørelsen må ha. Vilkåret kan dermed anses å omfatte avgjørelse som man ikke har rettslig krav på å få, men som fra et samfunnsrettet perspektiv kan anses som særlig nødvendig. Du har for eksempel ikke rettslig krav på å bli ansatt til en stilling, men å bli vurdert rettferdig og uten diskriminering anses som en sosial selvfølge. Artikkel 29-gruppen har listet opp flere karakteristikk som kan bidra til vurderingen av om avgjørelsen påvirker et individ betydelig. Det kan bero på hvor intens profileringsprosessen

¹⁰⁰ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 10

er, hvilke forventninger den eller de berørte har, eller om kjente sårbarheter hos individer utnyttes¹⁰¹. Også avgjørelser som har liten eller ingen påvirkning på noen, kan ha betydelig påvirkning på andre i visse samfunnsgrupper, for eksempel minoriteter.

På samme måte som at rettsvirkninger varierer fra rettssystem til rettssystem, vil standarden for hva som utgjør tilsvarende betydelig påvirkning også variere på tvers av medlemslandene. Fordi det vil være sosiale standarder og ikke rettslige reguleringer som avgjør hvorvidt en avgjørelse har betydelig påvirkning, vil en harmonisering generelt i EU og EØS være lettere. Ikke minst fordi GDPR, i kraft av å være en forordning, er direkte implementert i medlemsstatenes nasjonale lovgivning, og har felles sanksjonsmyndighet ved Personvernrådet og EU-domstolen som siste rettsinstans. Det vil på den måten være naturlig at vilkåret tolkes på samme måte i EU og i andre land hvor forordningen er implementert.

En pågående diskusjon som går på hvorvidt prisdiskriminering¹⁰² ved netthandel er omfattet av GDPR artikkel 22 kan bidra til å belyse det rettslige anvendelsesområdet for vilkåret. Profilerings gir nettbutikker mulighet til å variere prisen for en bestemt vare eller ytelse basert på hvem som besøker nettsiden. Dette var tilfellet i en nettbutikk i USA, hvor prisen var satt høyere for kunder som bodde utenfor byen, fordi sentrumsboende kunder var mer sannsynlige å utforske rimeligere butikker dersom de anså prisen for høy¹⁰³. Fordi de som har mest penger gjerne bor i byer, bygget en slik prisforskjell opp under den allerede økonomiske ulikheten. Selv prisforskjellene er minimale, kan de anses å ha betydelig påvirkning, fordi man har en legitim interesse i å ikke utsettes for diskriminerende prisjusteringer som bygger opp under sosial ulikhet¹⁰⁴.

4.4 Unntak og egnede tiltak

Unntakene gitt i artikkel 22 nr. 2 og supplerende tiltak oppstilt i nr. 3 vil være av betydning for tolkningen og beskyttelsen nr. 1 gir. Unntak fra hovedregelen i nr. 1 kan gjøres når det er «nødvendig for å inngå eller oppfylle en avtale», er «tillatt i henhold til unionsretten» eller

¹⁰¹ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 22

¹⁰² Se punkt 2.4.1.

¹⁰³ <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323777204578189391813881534> (sist sjekket: 12.11.21)

¹⁰⁴ Artikkel 29-gruppen er av samme oppfatning: A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 22

nasjonal rett eller er basert på den registrertes «uttrykkelige samtykke», jf. henholdsvis bokstav a, b og c. Et eksplisitt vern mot diskriminering i slike avgjørelser som fremgår av nr. 1 kan ikke leses ut av det som fremgår ovenfor. Unntaket i bokstav b) muliggjør at EU- eller nasjonal rett fastsetter egen regulering av automatiserte avgjørelser. Dette gjør at nasjonal lovgivning kan spille en vesentlig rolle i forhold til beskyttelsen artikkel 22 kan gi. Medlemsstatene er gitt brede muligheter i denne sammenheng, særlig fordi «egne tiltak» i bokstav b) er vidt formulert.

Sammenhengen i bestemmelsen reiser også spørsmål i relasjon til forholdet mellom nr. 1 og samtykket som kan uttrykkes i nr. 2 bokstav c). Hva som ligger i «samtykke» er i artikkel 4 nr. 11 definert som «enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte». I artikkel 7 nr. 4 gis det uttrykk for at hvorvidt samtykke er nødvendig for det aktuelle formålet er sentralt i vurderingen om det er gitt frivillig. I relasjon til artikkel 22 må det derfor vurderes om en betinget automatisert avgjørelse er faktisk nødvendig for ønsket formål. Artikkel 22 regulerer heller ikke om et samtykke kan trekkes tilbake i forhold til fremtidige automatiserte avgjørelser. Det fremgår imidlertid av artikkel 7 nr. 3 at man har en rett til dette til enhver tid, hvilket må anses å gjelde også for artikkel 22.

Det kan også stilles spørsmål om hvordan retten i nr. 1 kan forenes med retten til menneskelig inngripen i nr. 3, hvor det er oppstilt en plikt til å «gjennomføre egne tiltak for å verne den registrertes rettigheter og friheter og berettigede interesser, i det minste retten til menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen». Dette gjelder i tilfeller hvor unntakene i nr. 2 bokstav a og c er anvendelige. Fortalepunkt 71 uttrykker at slike egne tiltak bør omfatte «spesifikk informasjon til den registrerte og rett til menneskelig inngripen, til å uttrykke sine synspunkter, til å få en forklaring på avgjørelsen som er truffet etter en slik vurdering, og til å protestere mot avgjørelsen». En særlig diskusjon knytter seg til om egne tiltak omfatter en rett til en *ex post* forklaring på den automatiserte avgjørelsen, men oppgavens formål avgrenser mot en redegjørelse av dette. Bestemmelsen må uansett forstås som at datasubjektet alltid har rett til å kreve menneskelig vurdering av en automatisert avgjørelse, unntatt der avgjørelsen er gitt i medhold av lov¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Se Kuner, Bygrave og Docksey (2020) s. 537

I nr. 4 uttrykkes det at avgjørelsene nevnt i nr. 2 ikke skal bygge på «særlige kategorier av personopplysninger» nevnt i artikkel 9 nr. 1, med mindre artikkel 9 nr. 2 bokstav a eller g får anvendelse «og det er innført egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser». I artikkel 9 nr. 1 går det frem at behandling av personopplysninger om «rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning eller fagforeningsmedlemskap, samt behandling av genetiske opplysninger og biometriske opplysninger med det formål å entydig identifisere en fysisk person, helseopplysninger eller opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering», er forbudt.

Disse såkalte sensitive opplysningene er dels overlappende med de beskyttede grunner i antidiskrimineringslovgivningen¹⁰⁶. De er ansett særlig beskyttelsesverdige, nok fordi sammenhengen med grunnleggende menneskerettigheter er så nær, og risikoen for potensielle diskriminerende utfall er større enn ved behandling av andre personopplysninger. Nr. 4 synes derfor å gi eksplisitt uttrykk for å forhindre at visse automatiserte beslutninger baseres på data som avdekker en persons tilhørighet til en av grunnene som er beskyttet i antidiskrimineringslovgivningen. For disse avgjørelsene må beskyttelsen mot diskriminering anses godt ivaretatt, all det tid unntakene er begrensende, uttømmende og skal tolkes snevert¹⁰⁷.

4.5 Gir artikkel 22 nr. 1 uttrykk for en rettighet eller et forbud?

Sentralt i forhold til individers beskyttelsesgrad ved automatiserte avgjørelser er hvorvidt GDPR artikkel 22 nr. 1 skal tolkes som en rettighet eller et forbud. At den registrerte «skal ha rett til», kan på den ene siden tolkes som en rett den registrerte må påberope seg for at bestemmelsen skal ha effekt, og på den andre siden som et generelt forbud mot helautomatiserte individuelle avgjørelser som det krever grunnlag for å fravike. Ved førstnevnte tolkning vil automatiserte avgjørelser med rettsvirkning eller tilsvarende

¹⁰⁶ Se eksempelvis Pakten artikkel 21 nr. 1

¹⁰⁷ A29WP (2007), s. 8. Utgitt til personverndirektivet (1995), men unntakene er i all hovedsak videreført i GDPR.

påvirkning kunne fattes av alle behandlingsansvarlige og databehandlere, forutsatt at øvrige vilkår for behandling av personopplysninger er ivaretatt¹⁰⁸. Den registrerte kan i så fall påberope seg rettigheten etter artikkel 22 nr. 1 i ettertid, slik at avgjørelsens innhold ikke effektueres overfor individet.

Tolkes bestemmelsen som et generelt forbud, vil ikke behandlingsansvarlig lovlig kunne ta del i automatiserte individuelle avgjørelser, med mindre vilkårene i artikkel 22 nr. 2 a)-c) er oppfylt¹⁰⁹. Naturligvis vil en slik tolkning i større grad beskytte enkeltindividet mot mulige diskriminerende avgjørelser fordi den registrerte ikke behøver å foreta seg noe aktivt. Særlig når avgjørelser fattes uten at den registrerte har kjennskap til at den aktuelle avgjørelsen tas og/eller dens innhold, vil bestemmelsens praktiske betydning være avhengig av at den representerer et forbud som den behandlingsansvarlige må overholde på *forhånd*. I motsatt tilfelle har ikke datasubjektet noen reell mulighet til å påberope seg artikkel 22 som en rettighet i etterkant av at avgjørelsen er fattet.

4.5.1 Ordlyd og kontekst

Ordlyden i seg selv peker i retning av at det er tale om en rettighet som må påberopes, da «rett til» bokstavelig talt gir uttrykk for en rettighet. Man kommer heller ikke utenom at vi finner bestemmelsen i kapittel III om «Den registrertes *rettigheter*» (min kursivering). Slike formuleringer benyttes imidlertid generisk og tilfeldig i juridisk diskurs, slik at en vanskelig kan konkludere direkte ut fra ordvalget i bestemmelsen. Sett i sammenheng med ordlyden i artikkel 12 nr. 2, hvor det heter at den behandlingsansvarlige skal legge til rette for at den registrerte «kan utøve sine *rettigheter* i henhold til artikkel 15-22», trekkes man i retning av at bestemmelsen gir en rettighet.

Bestemmelsen tolkes imidlertid som et forbud i juridisk litteratur og av Artikkel 29-gruppen, med tilslutning fra Personvernrådet. I Artikkel 29-gruppens retningslinjer er det uttalt at bestemmelsen «*establishes a general prohibition*»¹¹⁰, uavhengig av påberopelse fra den registrerte. Dette forklares ved at bestemmelsen finnes i en del av GDPR kalt «Rett til å protestere og automatiserte individuelle avgjørelser» (min utheving), hvilket etter A29WP gir

¹⁰⁸ Det må foreligge rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger i tråd med kravene oppstilt i GDPR artiklene 6, 9, 10 og 22 nr. 2.

¹⁰⁹ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser

¹¹⁰ *Ibid.*, s. 19

uttrykk for at artikkel 22 ikke gir en *rett* til å protestere, slik artikkel 21 gjør. I tillegg ville ikke unntaket i artikkel 22 nr. 2 bokstav c komme til sin rett dersom nr. 1 gir uttrykk for en rettighet, da det ville vært motstridende at den registrerte både kan protestere på og samtykke til samme behandling¹¹¹.

Videre fremgår det av fortalepunkt 71 at avgjørelser «som treffes på grunnlag av slik behandling, herunder profilering, bør imidlertid *være tillatt* når unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett (...) uttrykkelig tillater dette (...)» (min kursivering), og bygger dermed på en forståelse om at bestemmelsen utgjør et forbud. Formuleringen antyder at slik behandling etter artikkel 22 nr. 1 generelt forbys. Det samme gir tilsvarende bestemmelse i LED artikkel 11 uttrykk for, hvor tilsvarende bestemmelse er gitt som et forbud. Det kan stilles spørsmål ved hvorfor artikkel 22 ikke har samme utforming dersom den var ment å ha samme innhold. Informasjonsplikten i artikkel 13, 14 og 15 gir heller ikke mening dersom bestemmelsen skal ses som et forbud, da de ville innebære en forpliktelse til å informere den registrerte om en aktivitet som uansett er forbudt.

4.5.2 Formål

I juridisk litteratur er det tatt til orde for at bestemmelsen må ses som et forbud, basert på en kombinasjon av ordlydsfortolkning og formålsbetraktninger¹¹². Formålsbetraktninger ble av Bygrave og Mendoza ansett å veie tyngst basert på at personvern best ivaretas ved å se bestemmelsen som et forbud som gjelder uavhengig av påberopelse fra datasubjektet. Tolker man bestemmelsen som at den registrerte har en rettighet som aktivt må utøves, vil dermed kunne stride mot formålet med artikkel 22 som tar sikte på å beskytte den registrerte mot en generell mulighet til å utsette individet for automatiserte avgjørelser. Det rådende argumentet for en slik tolkning er at bestemmelsens formulering i motsatt fall ville vært annerledes, sml. LED artikkel 11.

En tolkning av bestemmelsen som et forbud er i tråd med det grunnleggende prinsippet om at fysiske personer skal ha kontroll over egne personopplysninger og gir best vern mot potensielle diskriminerende avgjørelser. Problemstillingen vedrørende tolkningen av artikkel

¹¹¹ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 34

¹¹² Mendoza og Bygrave (2017) s. 86.

22 nr. 1 er, som vi ser, langt fra løst, og dens ordvalg vil fortsette å så tvil og forvirring inntil vi får en autorativ avklaring.

5 Nåværende og fremtidig vern mot diskriminerende KI

Personvern og retten til ikke å bli diskriminert regnes begge som fundamentale rettigheter i EU og EØS, og vi har sett at begge disse rettighetene er særlig fremtredende i møtet med KI. Slik det går frem av det foregående, synes verken EUs personvernlovgivning eller EUs antidiskrimineringslovgivning isolert sett å gi tilfredsstillende beskyttelse mot algoritmer som diskriminerer. I del 5.1 skal det drøftes hvorvidt en kombinert tilnærming til de to regelsettene gjør at disse kan komplementeres på en måte som er egnet til å gi tilstrekkelig beskyttelse av individet.

Det er ikke tilfeldig at GDPR artikkel 22 har vært i sentrum av denne avhandlingen, da bestemmelsen utgjør et av personvernlovgivningens mest debatterte bidrag til å sikre personopplysninger på en måte som tar hensyn til risikoen for blant annet diskriminering. Selv om bestemmelsen lyder tilnærmet likt som dens forgjenger DPD artikkel 15, er det først de senere årene at den har fått plass under et helt eget søkelys. Dette er nok fordi automatiseringsgraden har økt drastisk den siste tiden og flere og flere tilfeller av diskriminering ved automatiserte prosesser gjøres kjent. Uklare formuleringer i forhold til omfang og begrensninger gir artikkel 22 et relativt ubestemt anvendelsesområde. Til dels gjelder det anvendeligheten i forhold til personvernprinsippene statuert i del 3.3, dels tolkningstvilen vedrørende rettighet eller forbud slik det går frem av del 4.5. Noen ytterligere bemerkninger knyttet til (formålet med forordningen i møte med KI) automatisert beslutningstaking og risikoen for diskriminering gis i del 5.2.

Sentralt, ikke minst historisk, er det faktum at en generell regulering av KI er på trappene. Om en slik regulering vil kunne bote på utfordringene som blant annet fremgår i denne oppgaven gjenstår å se. Uansett presenteres det nye regelverket og hvilket vern det potensielt kan gi mot algoritmisk diskriminering avslutningsvis i del 5.3.

5.1 En sammenlignende analyse av antidiskrimineringslovgivningen og personvernlovgivningen

En kan si at kjerneproblemet i forhold til personvern og diskriminering ligger i mangelen på et integrert rettslig regime. Algoritmisk diskriminering vil utgjøre både et personvern- og et antidiskriminerings spørsmål, all den tid automatiserte avgjørelser i henhold til GDPR artikkel 22 baserer seg på personopplysninger som kan være beskyttet av begge regelsett. Både personvern og ikke-diskriminering utgjør fundamentale rettigheter i henhold til EU-lovgivningen. Vi har sett at antidiskrimineringslovgivningen alene kan beskytte mot algoritmisk diskriminering på visse konkrete grunnlag, men dette gjelder bare dersom et slikt grunnlag kan påvises og bevises. Personvernlovgivningen gir datasubjektet konkrete rettigheter i forbindelse med behandling av personopplysninger, men et effektivt forbud mot diskriminering som sådan, gis heller ikke her. En kombinasjon av regelsettene vil potensielt kunne gi et videre vern av enkeltindivider i relasjon til algoritmisk diskriminering.

5.1.1 Et integrert rettsregime

Fattes en automatisert avgjørelse basert på en av de beskyttede grunnene i antidiskrimineringslovgivningen, vil det utvilsomt rammes av forbudet mot diskriminering i for eksempel EMK artikkel 14. Offeret vil imidlertid ikke være i en posisjon hvor diskriminering kan påvises, uten at man har adgang til den aktuelle dataen og algoritmen som avgjørelsen er basert på. Prosessen med å påvise et tilstrekkelig diskrimineringsgrunnlag og fremsette påstand om dette, kan imidlertid forenkles gjennom en kombinasjon med reglene om den registrertes rettigheter i personvernlovgivningen. Disse rettighetene har blant annet til hensikt å øke graden av åpenhet, som er være aktuelt når KI er involvert. Da kan retten til informasjon etter artikkel 13 og retten til innsyn etter artikkel 15 bidra til å sikre at datasubjektet har en informert stemme i den aktuelle behandlingen.

Artikkel 13 og 14 gir anvisning på at informasjonen skal tilbys den registrerte *på forhånd*, mens retten til innsyn i artikkel 15 er en rettighet som først kan gjøres gjeldende *ex post*. Den faktiske informasjonen som kan gis etter disse bestemmelsene i relasjon til KI, som vi har sett ovenfor, vil ofte være minimal. Rettighetene i forhold til åpenhet kan imidlertid utgjøre viktige verktøy i prosessen med å avdekke diskriminering. Selv om ikke informasjonen som er mulig å gi vil utgjøre en detaljert plan for behandlingen, vil det kunne være tilstrekkelig for å bevise diskriminering. Eksempelvis dersom det fremgår at en viss alder eller ulike omsorgsforpliktelser utgjør negative faktorer i behandlingen¹¹³. Dette kan sammenlignes med en student som gis en karakterskala som forespeiler hvilke besvarelser som graderes på hvilken måte før eksamen avlegges. En slik forhåndsberegning vil aldri kunne gi en nøyaktig prediksjon av utfallet, men bidrar til forståelsen av hvorfor utfallet ble som det ble. Åpenhetskravene fastsatt i GDPR er følgelig nyttige i forhold til beviskravene som oppstilles i antidiskrimineringslovgivningen.

GDPR tilbyr også et mer effektivt håndhevingsapparat. I henhold til GDPR artikkel 83 nr. 1 kan det ilegges «virkningsfull[e]» og «avskrekkende» overtredelsesgebyrer, hvilket går langt utover hva forskjellige likestillingsorganer i medhold av antidiskrimineringslovgivningen har mulighet og kompetanse til. Disse er begrenset til rådgivning, undersøkelser og rapporter¹¹⁴.

Et annet sentralt moment er betydningen av samtykke som utgjør unntak i personvernlovgivningen for behandling av sensitive opplysninger og automatiserte avgjørelser, se unntakene i GDPR artikkel 9 nr. 2 bokstav a) og artikkel 22 nr. 2 bokstav c). Når et slikt samtykke uttrykkelig gis, skjer det gjerne uten at man har tilstrekkelig forståelse for hva man samtykker til. Dette fordi samtykke ofte gis digitalt, vilkårene for samtykke kan være kompliserte og langtekkelige, og datasubjektet enkelt og greit krysser av på en boks uten å kjenne til virkningene av dette. Antidiskrimineringslovgivningen kan i denne sammenheng bidra til å gjøre den enkelte mer bevisst på hvilke konsekvenser et slikt samtykke kan ha. Dette forutsetter imidlertid at man er klar over hvilke rettigheter man potensielt fraskriver seg

¹¹³ Et østerisk ansettelsesselskap (AMS) benyttet en algoritme for å beregne sannsynligheten for at individer kom seg tilbake på arbeidsmarkedet. Arbeidsledige ble inndelt i grupper etter lave, middels og høye muligheter på arbeidsmarkedet. Selskapet publiserte et dokument for å illustrere algoritmens funksjon, hvilket avdekket at blant annet å være kvinne, å ha barn eller være over en viss alder scoret negativt. Allerede ved dokumentet kunne man avdekke at algoritmen tilsynelatende var programmert til å diskriminere. Norsk oversettelse av <https://futurezone.at/netzpolitik/der-ams-algorithmus-ist-ein-paradebeispiel-fuer-diskriminierung/400147421> (sist sjekket 02.12.21)

¹¹⁴ Se for eksempel Direktiv 2000/43/EF artikkel 8 flg.

ved å gi et passivt samtykke. En kombinert anvendelse av de to rettsregimene kan dermed anses hensiktsmessig og øke enkeltindividers bevissthet rundt diskriminerende KI.

Beskyttede grunner i antidiskrimineringslovgivningen overlapper stort sett med hva som er definert som særlige kategorier av personopplysninger i henhold til GDPR. En vesentlig mangel i personvernlovgivningen er imidlertid at opplysninger om kjønn og alder ikke er inkludert i oppregningen. At disse grunnene ikke er omfattet av personvernlovgivningen utgjør et hull i beskyttelsen mot diskriminering i personvernspørsmål, både i forhold til personvernbestemmelsene om sensitive personopplysninger og når det kommer til tiltakene mot automatiserte avgjørelser i GDPR artikkel 22. Hullet vil imidlertid kunne tettes ved en kombinert anvendelse av regelsettene.

Det som er sagt ovenfor viser at personvern- og antidiskrimineringslovgivningen er samstemt og kan bygge hverandre opp, heller enn å gå på bekostning av hverandre. Av denne grunn vil en integrert tilnærming til de to regelsettene være fornuftig, all den tid en kombinasjon vil kunne forenkle beviskrav og gjøre individer mer oppmerksomme på eget personvern. Når det kommer til algoritmisk diskriminering, kan det være hensiktsmessig å tilnærme seg problemstillingen fra et personvernståsted, fordi EUs personvernlovgivning gir et bredere og mer konkret vern, i tillegg til at bevisterskelen er lavere. Samtidig er det helt nødvendig at retten til ikke å bli diskriminert overholdes for å sikre enkeltindividers grunnleggende rett til personvern.

5.2 Den praktiske betydningen av GDPR artikkel 22

Som illustrert i hovedpunkt 4 er det flere elementer ved artikkel 22 som er egnet til å så tvil om hvilken praktisk betydning bestemmelsen faktisk har. Den praktiske betydningen av den tidligere bestemmelsen i DPD artikkel 15 var liten. Likevel har GDPR artikkel 22 tilnærmet samme formulering, noe som i utgangspunktet tilsier at den praktiske betydningen er like snever. At Artikkel 29-gruppens veileder gir anvisning på at bestemmelsen må tolkes som et forbud, kan imidlertid være et steg i riktig retning i forhold til bestemmelsens virkekraft og den registrertes beskyttelse. Uttalelsen kan likevel ikke anses som noe mer enn et steg i riktig

retning, fordi veilederen ikke er bindende og det vil nok en gang være opp til EU-domstolen å avgjøre foreliggende tolkningstil.

Uavhengig av om artikkel 22 tolkes som en rettighet eller et forbud, er bestemmelsens anvendelsesområde begrenset på to måter: 1) «utelukkende» automatisert behandling, som 2) «har rettsvirkninger for» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Den første begrensningen ligger i usikkerheten knyttet til graden av menneskelig involvering i avgjørelsen. En normativ og streng ordlydstolkning medfører at enhver menneskelig befatning med beslutningen gjør bestemmelsen uanvendelig. Tilgjengelige juridiske kilder, samt uttalelser fra Artikkel 29-gruppen, har imidlertid gitt uttrykk for at menneskelig befatning som ikke har noen reell innvirkning på saken likevel må omfattes, hvilket også er i tråd med forordningens formål¹¹⁵. Ordlyden er likevel misvisende for den vanlige samfunnsborger, hvilket bidrar til å senke bestemmelsens praktiske betydning generelt.

Det er heller ikke gjort klart hva som reelt sett ligger i formuleringene «har rettsvirkninger for» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Dette har innvirkning på bestemmelsens materielle anvendelsesområde. Også her har Artikkel 29-gruppen gitt uttrykk for at vilkårene bør anvendes på et vidt grunnlag, og at noe som har *«little impact on individuals generally may in fact have a significant effect on certain groups of society, such as minority groups or vulnerable adults»*¹¹⁶. Uttalelsen gjør ikke forståelsen av vilkårene noe klarere i forhold til hvem som skal anses som sårbare eller hvem som i det hele tatt avgjør dette. Et reelt og tilstrekkelig anvendbart vern av individer forutsetter klare vilkår og terskler for hvilke tilfeller som omfattes. Slik artikkel 22 er formulert i dag tilfredsstillende den ikke kravene som må stilles i forhold til dette, tatt i betraktning at bestemmelsen tilnærmet aldri har vært anvendt på et konkret tilfelle.

¹¹⁵ Nærmere om grensedragningen i punkt 4.2.4.

¹¹⁶ A29WP veileder om automatiserte avgjørelser, s. 22

5.3 En europeisk tilnærming til KI

Det sentrale når det kommer til å regulere KI, er å ta i betraktning dens dynamiske karakter. En regulering må kunne anvendes og håndheves effektivt. Basert på KIs utforming i seg selv er dette en vanskelig oppgave. «Svart boks»-fenomenet og KIs mangel på åpenhet gjør det vanskelig å identifisere og bevise mulige regelbrudd, pålegge ansvar og oppfylle vilkårene for å kreve erstatning. En tydeliggjøring og presisering av eksisterende lovgivning vil dermed kunne bidra til å sikre en effektiv anvendelse og håndheving av KI. Når det kommer til automatiserte avgjørelser, er det klart at KIs mangel på sosiale kontrollmekanismer medfører at risikoene blir mange, kombinert med evnen til å skjule eksistensen av blant annet bias i sine prosesser. Dette fordrer også uunnværlige lovgivningsspørsmål i relasjonen mellom teknologi og grunnleggende rettigheter.

Flere medlemsstater har utforsket mulige nasjonale lovgivningsalternativer i forhold til de nevnte problemstillingene. Sprikende lovgivning på tvers av EU på dette området vil kunne true EUs indre marked, samarbeid og interne teknologiske utvikling. Av disse grunner har EU-Kommisjonen utarbeidet et forslag til ny regulering av KI, som er formet etter EUs verdier, hvilket vil sikre både sikkerhet og grunnleggende rettigheter.

5.3.1 AI Act

Nesten samtidig med at algoritmisk diskriminering ble en realitet, begynte søken etter mulige løsninger på problemet. EU-kommisjonen erkjenner stadig at den digitale infrastrukturen må være robust og i stand til å tilpasse seg de nye utfordringene i samfunnet¹¹⁷. I 2018 ble det kommunisert til EU-kommisjonen at det er behov for et harmonisert regelverk i tråd med Pakten og prinsippene som fremgår av øvrige EU-traktater¹¹⁸. Det er uttalt at et slikt regelverk bør inneholde presise regler som adresserer risikoer som følge av maskinlæring, blant annet mangel på åpenhet, diskriminering og urettferdig markedsføring¹¹⁹.

¹¹⁷ Se for eksempel European Commission COM 2017/228 s. 3

¹¹⁸ European Economic and Social Committee (2018) punkt 2.7.

¹¹⁹ *Ibid.*

Den 21. april 2021 presenterte EU-kommisjonen et forslag til en europeisk regulering av kunstig intelligens gjennom en meddelelse og et forordningsforslag¹²⁰ som innfører en rettslig ramme for KI og en ny oppdatert plan for gjennomførelse. Reguleringen som er foreslått er risikobasert og deler KI inn i fire grupper med ulike risikonivåer. Det er for det første KI-systemer som utgjør en klar trussel mot menneskers sikkerhet, eksistensgrunnlag og rettigheter, for eksempel systemer som gjør det mulig for myndigheter å innføre sosiale poengsystemer¹²¹. Disse vil anses å utgjøre en uakseptabel risiko, og vil være forbudte etter forslaget. Systemer med høy risiko vil ikke forbys, men være underlagt strenge forpliktelser og krav før de kan benyttes av allmennheten. Dette vil gjelde for KI-systemer som opererer innenfor blant annet utdanning, kredittvurderinger og ansettelsesprosesser, og utgjør den gruppen av KI som har vært aktuell i denne oppgaven.

Videre vil systemer med begrenset risiko fungere med spesielle åpenhetskrav, mens de med minimal risiko ikke vil omfattes av reguleringen. Sistnevnte omfatter de fleste KI-systemer som er benyttet i EU i dag¹²². Forslaget fra EU-kommisjonen om en fremtidig regulering av KI, skal være et «ecosystem of trust». For at en slik tilnærming skal være mulig, må reglene samsvare med regler om forbrukerrettigheter, og ikke minst regler som beskytter menneskerettighetene våre. Dette er særlig aktuelt i forhold til de KI-systemene som utgjør en høy risiko. Et nytt regelverk skal konsentreres rundt hvordan man kan minimere ulike risikoer som potensielt kan være skadelige, for eksempel risikoen for diskriminering¹²³.

Det er for tidlig å si hvorvidt Kommisjonens forslag vil utgjøre en effektiv buffer mot risikoer statuert ovenfor, men allerede når KI som utgjør uakseptabel risiko forbys, kan det anses å ha potensiale i en slik retning. Samtidig ligger fokuset på å legge til rette for eksponentiell utvikling og distribusjon av KI, ikke i hovedsak på grunnleggende rettigheter. Mange av forbudene er snevert definert og vanskelig formulert, hvilket kan vise seg å gi uhåndterlige og høye terskler for anvendelse. For eksempel oppstiller forslagets artikkel 5 forbud mot KI-systemer som «deploys subliminal techniques beyond a persons consciousness» eller som er

¹²⁰ European Commission COM/2021/206

¹²¹ Stortinget (2021)

¹²² *Ibid.*

¹²³ European Commission COM/2021/205, s. 4

sannsynlig å påføre vedkommende eller andre «physical or psychological harm»¹²⁴. Dette kan i praksis gjøre det vanskelig å bevise at skadelig KI har brutt et eventuelt forbud.

Sett i lys av KIs mangel på transparens, er det også problematisk at flere typer uakseptabel bruk av KI ikke er forbudt, selv om det kategoriseres som «high-risk» og følgelig er underlagt sikkerhetstiltak. Dette gjelder for eksempel biometriske masseovervåkningssystemer, hvor det er forbudt i forhold til rettshåndhevelse etter den foreslåtte artikkel 5 nr. 1 bokstav d), for eksempel til bruk i politiet. Forbudet gjelder imidlertid ikke for andre myndigheter eller selskaper, eller identifikasjon i andre tilfeller enn når formålet er rettshåndhevelse. Heller ikke biometriske metoder som kategoriserer individer i grupper, som «mann» og «kvinne» eller etter rase, hvilket innebærer at problemstillingen denne avhandlingen redegjør for, fremdeles ikke vil være regulert på en tilfredsstillende måte. Selv EU-Kommisjonens eget tilsynsorgan, European Data Protection Supervisor (EDPS) uttaler at det er beklagelig at deres oppfordring om en regulering av bruk av biometriske identifikasjonssystemer i offentlige rom, inkludert ansiktsgjenkjenning, ikke er blitt behandlet av Kommisjonen¹²⁵. Det er imidlertid positivt at tilsynsorganet anerkjenner disse vesentlige manglene ved forslaget og vil fokusere på å sette presise grenser for verktøyene og systemene som «(...) *may present risks for the fundamental rights to data protection and privacy*»¹²⁶.

¹²⁴ European Commission COM/2021/206 artikkel 5.

¹²⁵ https://edps.europa.eu/press-publications/press-news/press-releases/2021/artificial-intelligence-act-welcomed-initiative_en (sist sjekket: 08.12.21)

¹²⁶ *Ibid.*

6 Avslutning

KI er etter dette nødvendig for å gjøre hverdagen enklere, mer effektiv og vi trenger automatiserte avgjørelser for utvikling og videreutvikling. Det er når slike avgjørelser innebærer behandling av personopplysninger at vi støter på dypere problemstillinger som kan gi alvorlige utslag overfor enkeltindivider. En algoritme kan bare være så god som datasettet den er en del av. Som vi har sett ovenfor er diskriminerende algoritmer en realitet. Bruken av automatiserte avgjørelser, i kontrast til menneskelig beslutningstaking, gjør at én feil kan ramme mange individer før man i det hele tatt finner ut av hvor feilen ligger. Det er heller ikke usannsynlig at den aldri oppdages.

Slike utfordringer kan nåværende lovgivning til en viss grad ha en løsning på. Men avhandlingen har forsøkt å vise at dette vernet er begrenset. Personvern- og antidiskrimineringslovgivningen kan på sin side forenes i et bredere vern mot diskriminering i personvernspørsmål (og motsatt). Førstnevnte regelsett er egnet til å avgjøre i hvilken utstrekning diskriminering kan tolereres, mens sistnevnte regulering gir verktøyene for å avdekke og håndheve slik behandling. Det kan likevel ikke skyves under teppet at KIs stupbratte utviklingspotensial ikke ble tatt i betraktning ved vedtakelsen av nåværende personvernlovgivning.

Flere av personvernprinsippene statuert i del 3.3 er direkte uanvendelige i forhold til KI, hvilket er problematisk da disse utgjør grunnmuren som personvernet i EU og EØS bygger på i dag. Det er følgelig behov for et regelverk som harmoniserer KI, et sikkert personvern og fundamentale rettigheter. Det er herunder vanskelig å gi en kort konklusjon på problemstillingen om hvilket vern den registrerte har mot å bli utsatt for automatiserte avgjørelser fordi området KI opererer kan være diffust og uforutsigbart.

Avstanden mellom utviklingen av KI og vår evne til å forstå og kontrollere de etiske aspektene ved denne teknologien, må snevres inn. Dette må kunne oppnås ved å stille strengere krav til forsvarlige og rettferdige avgjørelser, samtidig som man påser at bruken av KI i beslutningsprosesser og den samfunnsmessige betydningen av de avgjørelsene som står på spill er forholdsmessig. Det vil bli avgjørende at reguleringen av KI forankres i grunnleggende verdier og rettigheter, slik at personvernets grunnmur kan moderniseres på en måte som også kan være forenelig med teknologien som møter oss i fremtiden.

EU-kommisjonens forslag til ny regulering skal baseres på menneskerettigheter og EUs grunnverdier, samtidig som den skal tilgodese enkeltindivider, selskaper og myndigheter¹²⁷. I realiteten kan det argumenteres for at forslaget som er presentert gagnar selskapene i større grad enn individene, og utstyres selskapene med et ubalansert maktapparat overfor myndighetene. Til tross for sterke ord om et styrket vern av den enkeltes grunnleggende rettigheter, synes hovedfokuset å ligge på storslåtte resultater innenfor KI og viktige konkurransefortrinn for bedrifter og den europeiske økonomien¹²⁸. Til syvende og sist vil nok ulemper i forbindelse med bruken av KI være et vedvarende faktum fordi det er så lite håndfast og utviklingen er uforutsigbar, hvilket lar seg dårlig forene med fullstendig klar lovgivning. Uavhengig av nåværende og fremtidige regelverk må individers reelle rettigheter ved automatiserte avgjørelser fastsettes autoritativt. En slik avklaring vil nok være det nærmeste vi kommer klare retningslinjer, sett i lys av EU-domstolens mulighet til å spille en dynamisk rolle i denne sammenheng.

¹²⁷ European Commission, *Excellence and trust in artificial intelligence*. Tilgjengelig her: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_en (sist sjekket: 06.12.21)

¹²⁸ Slik det fremgår av European Commission COM/2021/206, Explanatory memorandum, punkt 1.1

7 Litteraturliste

7.1 Norske lover og forarbeider

EØS-loven (1992)	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomisk samarbeidsområdet (EØS-loven)
Menneskerettighetsloven (1999)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetene i norsk rett (menneskerettighetsloven)
Personopplysningsloven (2000)	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) (opphevet)
NOU 2003: 2	NOU 2003: 2, Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, 17. desember 2002
Innst. O.nr. 68 (2007-2008)	Innst. O.nr. 68 (2007-2008), Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven), 3. juni 2008
NOU 2009: 1	NOU 2009: 1, Personvernkommissjonen, Individ og integritet – Personvern i det digitale samfunnet, 13. januar 2009
NOU 2009: 14	NOU 2009: 14, Et helhetlig diskrimineringsvern — Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK, 1. juni 2007
Likestillings- og diskrimineringsloven (2017)	Lov 16. Juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

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

7.2 Internasjonale traktater og konvensjoner

EMK (1950)	Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Roma, 04.11.1950 (Den europeiske menneskerettighetskonvensjon)
FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) (1976)	FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 23. mars 1976
Konvensjon 108 (1985)	Konvensjon av 1. oktober 1985 om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger ETS nr. 108
EØS-avtalen (1992)	Avtale av 2. mai 1992 nr. 1 om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)
Lisboatraktaten (2010)	Lisboatraktaten, traktaten om Den europeiske union og traktaten om Den europeiske unions virkeområde (2010/C 83/01)
Pakten (2012)	Charter of Fundamental Rights of the European Union OJ C 326, 26.10.2012, s. 391-407 (EUs pakt om grunnleggende rettigheter)
TEUV (2012)	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, EFT OJ C 326, 26.10.2012 s. 1-390
Konvensjon 108+ (2018)	Convention 108 +, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Council of Europe Committee of Ministers CM/Inf(2018)15-final 18. mai 2018. Tilgjengelig her: https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-

[protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1](#) (sist sjekket 23.11.2021)

7.3 EUs sekundærlovgivning

7.3.1 Forordninger og direktiver

Direktiv 95/46/EF	Europaparlamentets- og Rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. (Personverndirektivet 1995)
Direktiv 2000/43/EF	Rådsdirektiv 2000/78/EF av 29. juni 2000 om gjennomførelse av prinsippet om likebehandling av alle uansett rase eller etnisk opprinnelse
Direktiv 2000/78/EF	Rådsdirektiv 2000/78/EF av 27. november 2000 om generelle rammebestemmelser om likebehandling i arbeidslivet
Direktiv 2004/113/EF	Rådsdirektiv 2004/113/EF av 13. desember 2004 om gjennomføring av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester
Direktiv 2006/54/EF	Europaparlaments- og rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse
Direktiv 2016/680/EF (LED)	Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of

the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA.

General Data Protection Regulation (2018) Europaparlamentets- 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) [PVF, GDPR].

7.3.2 Rettspraksis fra EU-domstolen

C-533/13 *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto* Dom 17. mars 2015, *Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto v. AKT ry* (ECLI:EU:C:2015:173)

C-201/14 *Smaranda Bara and Others* Dom 1. Oktober 2015, *Smaranda Bara and Others v. Președintele Casei Naționale de Asigurări de Sănătate, Casa Națională de Asigurări de Sănătate, Agenția Națională de Administrare Fiscală (ANAF)*, (ECLI:EU:C:2015:638)

C-558/15 *Vieira de Azevedo and Others* Dom 15. desember 2016, *Alberto José Vieira de Azevedo and Others v CED Portugal Unipessoal*, (ECLI:EU:C:2016:957)

7.3.3 Rettspraksis fra EMD

Case of D.H. and others v. The Czech Republic Case of D.H. and others v. The Czech Republic (57325/00), 13. november 2007

Case of Biao v. Denmark Biao v. Denmark (Grand Chamber), No. 38590/10, 24. mai 2016

7.3.4 Veiledere, uttalelser, rapporter og beslutninger fra EU/EØS-organer

A29WP (2007) A29WP, *Working Document on the processing of personal data relating to health in electronic health records (EHR)*, adopted on 15 February 2007, WP 131

A29WP Opinion (2013) A29WP, 'Opinion 03/2013 on Purpose limitation', 2.april 2013

A29WP veileder om automatiserte avgjørelser Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, (WP251 rev.01, as last revised and adopted on 6 February 2018) Tilgjengelig her:

Datatilsynets rapport om kunstig intelligens og personvern Datatilsynet, Kunstig intelligens og personvern, rapport, januar 2018. Tilgjengelig her: <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/dokumenter-pdf/er-skjema-ol/rettigheter-og-plikter/rapporter/rapport-om-ki-og-personvern.pdf> (sist sjekket: 10.11.21)

Datatilsynets veileder om den registrertes rettigheter Datatilsynet, *Veileder om den registrertes rettigheter*. Tilgjengelig her: <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/den-registrertes-rettigheter/> (sist sjekket: 02.11.21)

Datatilsynets veileder om vurdering av personvernkonsekvenser (DPIA) Datatilsynet, *Veileder om vurdering av personvernkonsekvenser (DPIA)*. Tilgjengelig her: <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/virksomhetenes-plikter/vurdere->

[personvernkonsekvenser/vurdering-av-personvernkonsekvenser/](#) (sist sjekket: 24.11.21)

European Commission
COM/2017/228

European Commission, Communication from the commission to the European Parliament, the council, the european economic and social Committee and the committee of the regions on the Mid-Term Review on the implementation of the Digital Single Market Strategy, *A Connected Digital Single Market for All*, COM 2017/228, Brussel, 10. mai 2017

Tilgjengelig her: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a4215207-362b-11e7-a08e-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF
(sist sjekket: 12.11.21)

European Economic and
Social Committee (2018)

European Economic and Social Committee, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Artificial Intelligence for Europe
[COM(2018) 237 final] INT/851, 19. september 2018

European Commission
COM/2018/237

European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on Artificial Intelligence for Europe, Brussels, 25. april 2018
COM/2018/237 final. Tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN> (sist sjekket: 15.10.21)

EU Agency for Fundamental Rights og Council of Europe (2018)	European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Council of Europe (CoE), <i>Handbook on European data protection law</i> , Luxembourg, 2018
	Tilgjengelig her: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-coe-edps-2018-handbook-data-protection_en.pdf (sist sjekket: 13.11.21)
EU Agency for Fundamental Rights, ECHR og Council of Europe (2018)	European Union Agency for Fundamental Rights, European Court of Human Rights, Council of Europe, <i>Handbook on European non-discrimination law</i> , 2018
	Tilgjengelig her: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-handbook-non-discrimination-law-2018_en.pdf
EØS-komiteens beslutning nr. 154/2018	EØS-komiteens beslutning nr. 154/2018 av 6. juli 2018 om endring av EØS-avtalens vedlegg XI (Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester) og protokoll 37 om listen omhandlet i artikkel 101 (2018/EØS/46/01)
High-level expert group on AI (2018)	EU-Kommisjonens High-level expert group on Artificial Intelligence, <i>A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines</i> , Brussel, 18.12.2018
European Commission COM/2021/205	Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, <i>Fostering a European approach to Artificial Intelligence</i> , COM/2021/205 Brussel, 21. April 2021

European Commission COM/2021/206	European Commission, proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts COM/2021/206 final, Brussels, 21. April 2021
-------------------------------------	---

7.4 Juridisk litteratur

7.4.1 Bøker

Fredriksen og Mathisen (2018)	Fredriksen, Halvard Haukeland, Mathisen, Gjermund, EØS-rett, 3. utgave, Fagbokforlaget 2018
Skullerud mfl. (2018)	Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad & Marius Eng Pellerud. <i>Personvernforordningen (GDPR): Kommentartutgave</i> , Universitetsforlaget 2018
Wessel-Aas og Ødegaard (2018)	Wessel-Aas, Jon og Magnus Ødegaard. <i>Personvern; Publisering og behandling av personopplysninger</i> , 1. utgave, Gyldendal 2018
Jarbrekk (2019)	Jarbrekk, Eva, Kaare M. Risung, Jeppe Songe-Møller, Inge Kristian Brodersen, Anne-Marit Wang Sandvik, Anette Øvrehus, Øivind K. Foss, Hedda Emilie Bratt, Christopher Thue Jerving og Johanne Førd, <i>Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) med kommentarer</i> , Gyldendal 2019

Kuner, Bygrave og Docksey (2020) Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey,
The General Data Protection Regulation: a commentary,
Oxford, 2020

7.4.2 Artikler

Hert (2009) Hert, Gutwirth, *Data protection in the case law of Strasbourg and Luxembourg: constitutionalisation in action*, Vrije Universiteit Brussel, 2009

Greenleaf (2017) Greenleaf, Graham, *Global Tables of Data Privacy Laws and Bills (5th Ed 2017)*, University of New South Wales, 31. Januar 2017.

Tilgjengelig her:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2992986

(sist sjekket: 12.10.21)

Mendoza og Bygrave (2017) Mendoza, Isak og Bygrave, Lee A., *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, 8. mai 2017

Tilgjengelig her:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2964855

(sist sjekket: 02.12.21)

Hacker (2018) Dr. Philipp Hacker, *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, 2018

Liu, Lin, Chen (2018) Liu, Han-Wei, Lin, Chinh-Fu og Chen, Yu-Jie, *Beyond State v. Loomis: Artificial Intelligence, Government Algorithmization, and Accountability*, 2018.

Tilgjengelig her:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3313916

- Schartum (2018) Schartum, Dag, *Personvernforordningen og helt automatiserte avgjørelser innenforvaltningsretten*, Lov&Data 2018 nr. 2 s. 4-7 (LoD-2018-134-4). Tilgjengelig her: <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2018-134-04> (sist sjekket: 20.11.21)
- Finck (2019) Finck, Michèle, *Smart Contracts as a Form of Solely Automated Processing under the GDPR*, 2019: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3311370
- Mann og Matzner (2019) Mann, Monique og Matzner, Tobias, *Challenging algorithmic profiling: The limits of data protection and anti-discrimination in responding to emergent discrimination*, 16. desember 2019. Tilgjengelig her: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/2053951719895805> (sist sjekket: 20.11.21)
- Reinholdtsen (2019) Reinholdtsen, Jørgen, *Rettslig diskrimineringsvern I EU, EØS og Norge*, Jussens Venner vol. 54, 2019, s. 223-244.
- Borgesius (2020) Frederik J. Zuiderveen Borgesius, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, The International Journal of Human Rights, 24:10, 1572-1593, Tilgjengelig her: <https://doi.org/10.1080/13642987.2020.1743976> (sist sjekket: 24.11.21)
- Finck og Pallas (2020) Finch, Michèle og Pallas, Frank, *They who must not be Identified – Distinguishing Personal from Non-Personal Data under the GDPR*, 30. januar 2020 Tilgjengelig her: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3462948 (sist sjekket: 24.10.21)

7.5 Øvrige kilder

- Datatilsynet om EDPB Datatilsynet, *Det europeiske Personvernrådet (EDPB)*.
Tilgjengelig her: <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/internasjonalt/personvernradet/> (sist sjekket: 24.11.21)
- Datatilsynet om grunnleggende personvernprinsipper Datatilsynet, *Grunnleggende personvernprinsipper*.
Tilgjengelig her: <https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/personvernprinsippene/grunnleggende-personvernprinsipper/> (sist sjekket 16.11.21)
- Committee on Commerce, Science, and Transportation (2013) United States Senate, Committee on Commerce, Science and Transportation, *A review of the Data Broker Industry: Collection, Use and Sale of Consumer Data for Marketing Purposes*, Staff Report for Chairman Rockefeller, 18. desember 2013. Tilgjengelig her: http://educationnewyork.com/files/rockefeller_databroker.pdf (sist sjekket: 24.11.21)
- Angwin, Larson, Mattu og Kirchner (2016) Angwin, Julia, Larson, Jeff, Mattu, Surya og Kirchner, Lauren, *Machine Bias*, 23. mai 2016.
Tilgjengelig her: <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (sist sjekket: 14.10.21)
- Information Commissioner's Office (ICO) (2017) Information Commissioner's Office (ICO), *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection*, 2017.
Tilgjengelig her: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/2013559/big-data-ai-ml-and-data-protection.pdf> (sist sjekket: 24.11.21)
- Dastin (2018) Dastin, Jeffrey, *Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women*, 11.oktober 2018

- Tilgjengelig her: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (sist sjekket: 15.10.21)
- Council of Europe study (2018) Council of Europe study DGI (2017) 12, *ALGORITHMS AND HUMAN RIGHTS Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, mars 2018
- Tilgjengelig her: <https://rm.coe.int/algorithms-and-human-rights-en-rev/16807956b5> (sist sjekket: 05.12.21)
- Human Rights Watch (2018) Human Rights Watch, *The EU General Data Protection Regulation*, 6. Juni 2018.
- Tilgjengelig her: <https://www.hrw.org/news/2018/06/06/eu-general-data-protection-regulation> (sist sjekket: 22.10.21)
- Stortinget (2021) Stortinget, *EU/EØS-nytt – 23.april 2021; Historisk EU-regulering av kunstig intelligens (AI)*.
- Tilgjengelig her: <https://www.stortinget.no/no/Hva-skjer-pa-Stortinget/EU-EOS-informasjon/EU-EOS-nytt/2021/eueos-nytt-23.-april-2021/historisk-eu-regulering-av-kunstig-intelligens-ai/> (sist sjekket: 15.11.21)