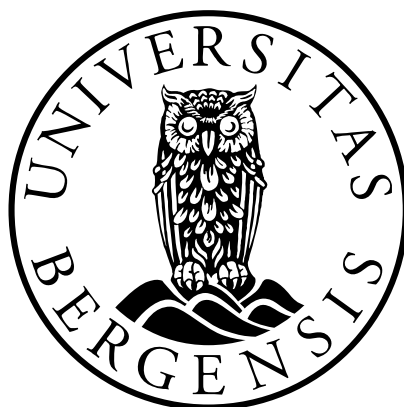


# Har vi rett til å få vite hva robotene tenker?

*Retten til forklaring ved automatiserte  
avgjørelser etter GDPR.*

Kandidatnummer: 98

Antall ord: 14891



JUS399 Masteroppgave  
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2018

## Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING</b> .....	<b>4</b>
1.1	PRESENTASJON AV TEMA OG PROBLEMSTILLING .....	4
1.2	RETTSKILDER OG METODISKE UTFORDRINGER .....	6
1.3	AVGRENSNINGER .....	8
1.4	FREMSTILLINGEN VIDERE .....	9
<b>2</b>	<b>GENERAL DATA PROTECTION REGULATION (GDPR)</b> .....	<b>10</b>
2.1	GRUNNLEGGENDE PRINSIPPER .....	10
2.2	RETT TIL INFORMASJON .....	10
<b>3</b>	<b>PLIKTENE TIL DEN BEHANDLINGSANSVARLIGE VED AUTOMATISERTE AVGJØRELSER</b> ..	<b>11</b>
3.1	AUTOMATISERTE AVGJØRELSER OG PROFILERING .....	11
3.2	GDPR ARTIKKEL 22 NR. 1 – FORBUD MOT AUTOMATISERTE AVGJØRELSER .....	13
3.3	GDPR ARTIKKEL 22 NR. 3 – RETT TIL FORKLARING AV SPESIFIKKE AVGJØRELSER.....	15
<b>4</b>	<b>RETTIGHETENE TIL DEN REGISTRERTE</b> .....	<b>21</b>
4.1	GDPR ARTIKKEL 13 OG 14 .....	21
4.1.1	Innledning .....	21
4.1.2	GDPR artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g) – Informasjon om den underliggende logikken.....	21
4.1.2.1	Retten på «systemforklaring» .....	21
4.1.2.2	Er retten til «systemforklaring» begrenset i tid? .....	23
4.1.3	Informasjon om betydningen og de forventede konsekvensene av en automatisert behandling.....	23
4.1.4	GDPR fortalepunkt 60 – Utvidet forklaringsrett .....	24
4.1.5	Hvordan skal «systemforklaringen» bli gitt .....	25
4.2	GDPR ARTIKKEL 15.....	26
4.2.1	Innledning .....	26
4.2.2	GDPR artikkel 15 nr. 1 (h) – Den registrertes rett til innsyn .....	26
4.3	GDPR ARTIKKEL 13, 14 OG 15 TOLKET I SAMMENHENG MED GDPR ARTIKKEL 22 NR. 3.....	28
4.3.1	Tidligere lovgivning – Retten til innsyn.....	28
4.3.2	Kan det oppstilles en rett til «spesifikk forklaring» ved å tolke GDPR artikkel 13 – 15 i sammenheng med artikkel 22 nr. 3?.....	29

<b>5</b>	<b>BEGRENSNINGER I RETTEN PÅ FORKLARING AV SPESIFIKKE AVGJØRELSER OG SYSTEMLOGIKK</b>	<b>31</b>
5.1	TEKNISKE BEGRENSNINGER	31
5.1.1	Innledning	31
5.1.2	Retten til forklaring av spesifikke avgjørelser og maskinlæring	31
5.1.3	Retten til forklaring av systemlogikk og maskinlæring	33
5.2	IMMATERIELLE BEGRENSNINGER	34
5.2.1	Innledning	34
5.2.2	Beskyttelse av forretningshemmeligheter	35
5.2.3	Vern av andre immaterielle rettigheter	37
5.3	ØVRIGE BEGRENSNINGER	37
5.3.1	Begrensninger som følge av individers rettigheter etter GDPR	37
5.3.2	Begrensninger inntatt i nasjonal lovgivning	38
5.4	AVGJØRELSER FATTET VED HJELP AV AUTOMATISERTE BESLUTNINGSVERKTØY	39
<b>6</b>	<b>KONKLUSJON OG AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</b>	<b>42</b>
<b>7</b>	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>46</b>
7.1	LOVER	46
7.2	TRAKTATER OG KONVENSJONER M.M.	46
7.3	DIREKTIVER OG FORORDNINGER	46
7.4	FORARBEIDER	47
7.5	RETTSPRAKSIS FRA EU-DOMSTOLEN	47
7.6	VEILEDENDE RETNINGSLINJER OG UTTALELSER	48
7.7	JURIDISK LITTERATUR	48
7.7.1	Bøker	48
7.7.2	Artikler	49
7.8	ANDRE KILDER	50
7.8.1	Rapporter	50
7.8.2	Nettsider	51
7.8.3	Offentlige dokumenter	52

# 1 Innledning

## 1.1 Presentasjon av tema og problemstilling

Temaet for denne avhandlingen er individets rett til informasjon ved automatiserte avgjørelser. Med automatiserte avgjørelser menes avgjørelser som er tatt av systemer uten at det foreligger menneskelig innblanding. Tilgang til informasjon er en grunnleggende forutsetning for idealer og rettigheter som demokrati, rettsikkerhet og personvern. Alle har behov for å få tilgang til informasjon slik at man kan ivareta egne interesser.<sup>1</sup>

Individets rett til informasjon ved automatiserte avgjørelser er regulert i EUs nye forordning, General Data Protection Regulation<sup>2</sup> (heretter «GDPR», «personvernforordningen» eller «forordningen»), som inneholder regler om behandling av personopplysninger.<sup>3</sup>

Forordningen trådte i kraft i EU den 25. mai 2018 og i Norge den 20. juli 2018.<sup>4</sup> Samtidig som GDPR trådte i kraft i Norge, fikk man en ny lov om behandling av personopplysninger som inkorporerer forordningen i det norske lovverket og utfyller forordningen på klart definerte områder.<sup>5</sup>

Formålet med GDPR er å bidra til en mer harmonisert regulering av personvernreglene innenfor EU og EØS. I tillegg ønsket EU å sikre et effektivt vern av personopplysninger og fjerne barrierer for fri flyt av personopplysninger i EU og EØS.<sup>6</sup> Reglene ble derfor gitt som forordning.<sup>7</sup> Dette innebærer at de kun kan fravikes i nasjonal lovgivning på de områdene der forordningen gir medlemstatene nasjonalt handlingsrom.<sup>8</sup>

Forordningen er et ambisiøst forsøk på å ta igjen teknologisk utvikling og søker å gi borgere tilbake kontrollen over egne personopplysninger.<sup>9</sup> Politiske ambisjoner og retorikk lar seg

---

<sup>1</sup> Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave. *Personvern i informasjonssamfunnet*, 3. utgave, Oslo, 2016 s. 61.

<sup>2</sup> EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].

<sup>3</sup> Wessel-Aas, Jon, Magnus Ødegaard. *Personvern – Publisering og behandling av personopplysninger*, 1. utgave, Oslo, 2018, s. 93.

<sup>4</sup> GDPR erstattet EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger. [Personverndirektivet], se Wessel-Aas (2018) s. 93.

<sup>5</sup> [Lov 15. juni 2018 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)] og [Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Eng Pellerud. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, Oslo, 2018, s. 36].

<sup>6</sup> [GDPR fortalepunkt 11] og [Wessel-Aas (2018) s. 125].

<sup>7</sup> Forordninger og direktiver er to ulike typer lovgivning. Tradisjonelt benyttes forordninger når det er "nødvendig å ha helt ensartete bestemmelser i hele EU. (...) Direktiver brukes på alle andre områder, der medlemsstatene selv forvalter EU-retten, og der poenget er å oppnå en høy grad av samkjøring, men ikke nødvendigvis full homogenitet", se Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-RETT*, 3. utgave, Oslo, 2011, s. 53. Valget av forordningsformen som rettslig instrument, i motsetning til direktivformen som tidligere ble benyttet, signaliserer en innstramning av medlemsstatenes handlingsrom, dette følger indirekte av diskusjonen i Wessel-Aas (2018) s. 125.

<sup>8</sup> Skullerud (2018) ss. 35 – 36.

<sup>9</sup> [GDPR fortalepunkt 6] og [Skullerud (2018) s. 42].

imidlertid ikke alltid omsette i faktisk og juridisk realitet. Inntoget av automatiserte beslutningsprosesser, roboter og kunstig intelligens<sup>10</sup> reiser en rekke juridiske problemstillinger som kan innebære at GDPR vil bli utdatert kort tid etter at den trådte i kraft.

Det er særlig på området automatisering og kunstig intelligens at utviklingen har skutt fart. Automatiserte avgjørelser fattet av autonome systemer har gått fra å være en teoretisk mulighet til en reell og utbredt virkelighet som alle må forholde seg til. Praktiske eksempler er søknad om kreditt over internett, fastsettelse av forsikringspremie eller e-rekruttering. Når personopplysninger ikke lenger behandles av mennesker, men av automatiserte systemer, aktualiseres spørsmålet om man har rett til å få vite hva som foregår på «innsiden» av disse behandlingsprosessene.

Den grunnleggende juridiske problemstillingen i denne avhandlingen er om det eksisterer en rett til forklaring for den registrerte ved automatiserte avgjørelser etter GDPR, og eventuelt hvor langt en slik rett går. Etter GDPR artikkel 4 nr. 1 er *personopplysninger* enhver opplysning om "*en identifisert eller identifiserbar fysisk person*". Med den *registrerte* siktes det til den identifiserte personen som opplysningene gjelder. I forlengelsen av hovedproblemstillingen blir et spørsmål hvilken realitet en rett til forklaring eventuelt har, vurdert i lys av de tekniske og juridiske barrierene som eksisterer. Regelen om individuelle automatiserte avgjørelser i forordningens artikkel 22, samt retten til informasjon i art. 13 – 14 og retten til innsyn i art. 15, danner sammen grunnlaget for å vurdere om det eksisterer en «rett til forklaring» ved automatiserte avgjørelser. Videre vil GDPRs øvrige bestemmelser og immaterielle rettigheter utgjøre kjernen i vurderingen av hvor mye en eventuell rett til forklaring begrenses.

En rett til forklaring ved automatiserte avgjørelser er av vesentlig betydning for de som behandler personopplysninger ved bruk av automatiserte systemer, såkalte behandlingsansvarlige. Etter GDPR artikkel 4 nr. 7 er legaldefinisjonen av en *behandlingsansvarlig* en fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institusjon eller organ som av ulike formål behandler personopplysninger. Forordningen definerer *behandling* som "*enhver bruk av personopplysninger*", jf. GDPR artikkel 4 nr. 2. En avklaring

---

<sup>10</sup> Kunstig intelligens brukes i denne sammenheng om «*datasystemer som er «intelligente» i den forstand at de er i stand til å løse problemer og lære av egne erfaringer.*» Definisjon hentet fra Store Norske Leksikon, tilgjengelig på [https://snl.no/kunstig\\_intelligens](https://snl.no/kunstig_intelligens), sist sjekket 14.10.2018.

av rettstilstanden vil kunne forhindre ulovlig behandling av personopplysninger – tillitsbrudd – og store økonomiske konsekvenser. Det siste må sees i sammenheng med at GDPR innfører en mer bevisst regulering av automatiserte beslutningsprosesser, jf. GDPR artikkel 13 – 15 og 22. Datatilsynet har etter artikkel 83 nr. 5 hjemmel for å ilegge bøter på opptil 20 000 000 euro eller 4 % av den samlede globale årsomsetningen ved overtredelse av disse bestemmelsene. I henhold til artikkel 83 nr. 5 kan Datatilsynet også ilegge andre typer sanksjoner.

Risikoen for at ulovlig behandling blir oppdaget er økende. I en rapport fra januar 2018 peker Datatilsynet på at det per dags dato gjennomføres få kontroller av IT-systemer når det føres tilsyn.<sup>11</sup> Det forventes imidlertid at behovet for slik kontroll vil øke i årene fremover, som følge av økt bruk av automatiserte avgjørelser i *alle* sektorer.<sup>12</sup> Videre påpeker Datatilsynet at det vil vurdere å innhente ekstern IT-kompetanse ved tilsyn av maskinlæringsmodeller,<sup>13</sup> slik at de kan forstå hva som foregår inne i systemet. Hva gjelder ansvar for at behandlingen foregår i samsvar med GDPR, viser Datatilsynet til at forordningen legger større vekt på at behandlingsansvarlige fører internkontroll.<sup>14</sup>

## 1.2 Rettskilder og metodiske utfordringer

Det er ingen autoritative rettskilder som avklarer avhandlingens problemstilling. I lys av det utfordrende rettskildebildet vil det legges vekt på å få frem systematiske trekk ved forordningen som kan bidra til å beskrive *de lege lata*. I den forbindelse vil jeg søke å benytte meg av overordnede prinsipper<sup>15</sup> i forordningen og ha spesielt fokus på sammenhenger mellom ulike bestemmelser. Eksistensen eller fraværet av regelharmoni vil kunne gi en indikasjon på hvordan rettstilstanden er.<sup>16</sup>

Avhandlingen vil ta utgangspunkt i de rettighetene og pliktene som fremgår direkte av forordningen. Forordningen gjelder som norsk lov, jf. personopplysningsloven § 1. Det

---

<sup>11</sup> Datatilsynet. Kunstig intelligens og personvern. Rapport, januar 2018, s. 23. [Tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/om-personvern/rapporter/rapport-om-ki-og-personvern.pdf>] [Sisert 14.10.2018]

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Maskinlæring er en form for kunstig intelligens, se note 10 for definisjon.

<sup>14</sup> Internkontroll sikter til at «[p]ersonvernforordningen stiller krav til den behandlingsansvarliges ansvar. Det innebærer å sette i verk egnede tiltak, både tekniske og organisatoriske, for å sikre og påvise at personopplysninger behandles i samsvar med regelverket.» Definisjon hentet fra Datatilsynets Veileder: Internkontroll og informasjonssikkerhet. [Tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/internkontroll-og-informasjonsikkerhet/?id=11074>] [Sisert 14.10.2018]

<sup>15</sup> Se kapittel 2.1.

<sup>16</sup> Ved tolkning av EØS-retten vil formål og kontekst stå sentralt, se Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen, 2018, s. 306.

fremgår av praksis fra EU-domstolen og juridisk litteratur at formål og kontekst er sentral ved fortolkning av EU/EØS-retten.<sup>17</sup> Forordningens tilhørende fortale vil derfor benyttes. Fortalen angir formålet til forordningen og redegjør for hvordan artiklene skal tolkes og forstås.<sup>18</sup> Den vil dermed kunne bidra til å presisere forordningens innhold. Fortalen har i utgangspunktet begrenset vekt som rettskilde, ettersom den ikke er rettslig bindende.<sup>19</sup> Det er imidlertid flere eksempler på at fortalen kan tillegges vesentlig vekt ved fortolkningen av en artikkel.<sup>20</sup>

Personopplysningslovens bestemmelser er av underordnet betydning for avhandlingen, da den i svært liten grad regulerer avhandlingens problemstilling. Der det er relevant, vil det likevel henvises til loven, ettersom det er adgang til å utfylle GDPR med nasjonal lovgivning på visse områder, jf. GDPR artikkel 23.

Det er ingen avgjørelser fra The European Court of Justice (heretter "EU-domstolen") som behandler avhandlingens problemstilling. Dette skyldes at forordningen først trådte i kraft 25. mai 2018. GDPR viderefører i stor grad databeskyttelsesdirektivet (heretter «direktivet», «personverndirektivet» eller «DPD»), noe som innebærer at praksis fra EU-domstolen knyttet til direktivet fremdeles er relevant. Enkelte avgjørelser fra EU-domstolen vil derfor benyttes.

Det er begrenset med juridisk litteratur på nasjonalt og overnasjonalt plan knyttet til GDPR per dags dato. På overnasjonalt nivå er det utgitt retningslinjer og uttalelser som søker å avklare rettstilstanden ved innføringen av forordningen. I mangel på andre autoritative rettskilder er disse kildene av vesentlig rettskildemessig betydning og vil kunne ha en selvstendig rolle ved fortolkningen av forordningens innhold.<sup>21</sup>

Artikkel 29-gruppen (heretter «A29-gruppen» eller «A29WP») var EUs rådgivende organ i personvernspørsmål frem til implementering av GDPR. Organet besto av representanter fra datatilsynene i de respektive medlemslandene i EU.<sup>22</sup> Norge hadde observatørstatus som EØS-land.<sup>23</sup> A29-gruppens rolle var å gi uttalelser og anbefalinger om hvordan direktivet skulle forstås, og hvordan de nye reglene i GDPR *bør* etterleves og håndheves. Uttalelsene til

---

<sup>17</sup> Fredriksen (2018) s. 298.

<sup>18</sup> Sejersted (2011) s. 57.

<sup>19</sup> Fredriksen (2018) s. 306.

<sup>20</sup> Sak 101/01 Bodil Lindqvist mot Sverige [ECLI:EU:C:2003:596], avsnitt 61 flg.

<sup>21</sup> Skullerud (2018) s. 39.

<sup>22</sup> Wessel-Aas (2018) s. 94.

<sup>23</sup> Datatilsynet (2018) s. 19.

A29WP er ikke juridisk bindende, men de er likevel av stor *faktisk* betydning, da de i vesentlig grad gir uttrykk for hvordan datatilsynene i de ulike medlemslandene bør håndheve forordningen.<sup>24</sup> Uttalelsene gir også en indikasjon på hvordan forordningen vil kunne tolkes av EU-domstolen i fremtidige avgjørelser.

Den 25. mai 2018 ble A29WP erstattet av «European Data Protection Board» (heretter «EDPB» eller «Personvernrådet») som har som oppgave å sikre ensartet anvendelse av forordningen, jf. GDPR artikkel 70 nr. 1. Personvernrådet har utgitt få egne veiledere, men har gitt sin tilslutning til A29WPs veiledere.<sup>25</sup>

Spørsmålet om det eksisterer en rett på forklaring ved automatiserte avgjørelser og en eventuell rekkevidde av en slik rett, er en problemstilling som har preget det juridiske landskapet siden GDPR ble vedtatt i 2016. Det finnes flere internasjonale juridiske artikler som behandler spørsmålet. Flere av synspunktene som disse artiklene fremhever, vil trekkes frem i mangel på andre autoritative rettskilder. Man bør imidlertid ha i bakhodet at disse artiklene har begrenset rettskildemessig vekt. Artiklene er imidlertid toneangivende og tydeliggjør ulike argumenter og posisjoner i debatten.

### 1.3 Avgrensninger

Avhandlingen vil dreie seg om den behandlingsansvarliges plikter og den registrertes rettigheter der sistnevntes personopplysninger behandles som ledd i en automatisert avgjørelse. Avhandlingen vil ta for seg automatiserte avgjørelser basert på ordinære personopplysninger og avgrenses mot særlige kategorier av personopplysninger.<sup>26</sup>

Begrunnelsen for denne avgrensningen er at vurderingen stiller seg annerledes der det er tale om særlige kategorier av personopplysninger etter GDPR artikkel 9 og 10. Dette med bakgrunn i at det foreligger et sterkere behov for personvern og strengere krav til behandling basert på slike personopplysninger.<sup>27</sup> Det avgrenses med samme begrunnelse mot de tilfellene der den registrerte er et barn.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> [Wessel-Aas (2018) s. 94] og [Skullerud (2018) s. 39].

<sup>25</sup> "During its first plenary meeting the European Data Protection Board endorsed the GDPR related WP29 Guidelines". Sitat hentet fra European Data Protection Board (EDPB) sin hjemmeside. (2018) [Tilgjengelig på: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en)] Hentet 10.10.2018.

<sup>26</sup> Særlige kategorier av personopplysninger er også omtalt som sensitive personopplysninger, se Wessel-Aas (2018) s. 107.

<sup>27</sup> [GDPR fortalepunkt 71] og [Wessel-Aas (2018) s. 107].

<sup>28</sup> [GDPR fortalepunkt 38 og 71] og [Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, (2018). [Tilgjengelig på: [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360)] [Sitert 23.09.2018]].



I tillegg vil det avgrenses mot automatiserte avgjørelser i offentlig sektor, fordi en rekke lov- og forskriftsbestemmelser i offentlig sektor i Norge går lenger enn forordningen når det gjelder rett til forklaring av avgjørelser.<sup>29</sup>

Det vil likevel benyttes *eksempler* fra forvaltningsretten. Disse vil illustrere hvilke systematiske trekk ved offentlig lovgivning som skaper åpenhet, og om tilsvarende hensyn har betydning ved tolkning av GDPRs bestemmelser. Det vil også benyttes eksempler fra automatiserte systemer i offentlig sektor for å belyse hvilke faktiske og juridiske utfordringer som foreligger.

Avslutningsvis avgrenses det mot rettsavgjørelser fra EU-domstolen, veiledere og uttalelser fra EDPB, uttalelser fra EU-kommisjonen og Datatilsynets veiledere for implementering av GDPR som utgis etter den 26.11.2018. Denne avgrensningen er foretatt som følge av at avhandlingen bygger på rettskildebildet før nevnte dato og rettsstilstanden vil kunne endre seg basert på nye rettskilder etter nevnt dato.

## 1.4 Fremstillingen videre

Før jeg ser på innholdet i de konkrete artiklene i GDPR, vil det i kapittel 2 gis en kort redegjørelse for de grunnleggende prinsippene bak forordningen. Disse vil danne grunnlaget for den videre fremstillingen og kunne gi retningslinjer for hvordan artiklene i forordningen skal tolkes. I kapittel 3 til 4 vil jeg gjennomgå den behandlingsansvarliges plikter og den registrertes rettigheter ved automatiserte avgjørelser. Det vil vurderes om det eksisterer en rett til forklaring i lys av disse pliktene og rettighetene, og hvilket innhold en slik rett eventuelt har. Deretter vil jeg i kapittel 5, med utgangspunkt i mine funn frem til da, vurdere rekkevidden av en slik rett i lys av de tekniske og juridiske begrensningene som eksisterer. Deretter vil det vurderes hvorvidt det foreligger en rett til forklaring ved bruk av automatiserte beslutningsverktøy som ikke treffer automatiserte avgjørelser selv. Avslutningsvis vil det i kapittel 6 knyttes noen bemerkninger til en rett til forklaring etter GDPR, både *de lege lata* og *de lege ferenda*.

---

<sup>29</sup> [Ot.prp.nr. 92 (1998 – 1999). *Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) 16, kapittel III Informasjon om behandling av personopplysninger, til § 22 rett til informasjon om automatiserte avgjørelser*] og [NOU 1997:19. *Et bedre personvern – forslag til lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)*].

## 2 General Data Protection Regulation (GDPR)

### 2.1 Grunnleggende prinsipper

Det er flere grunnprinsipper i GDPR "som oppstiller grenser som den behandlingsansvarlige må hensynta".<sup>30</sup> Pliktene og rettighetene i GDPR som senere vil behandles, knytter seg til prinsippene inntatt i GDPR artikkel 5 nr. 1 (a). Det fremgår her at "[p]ersonopplysninger skal behandles lovlig, rettferdig og på en åpen måte med hensyn til den registrerte".

Prinsippet om lovlighet sikter til at behandlingen må ha et rettslig grunnlag, jf. GDPR artikkel 6, 9 og 10.<sup>31</sup>

Det er særlig prinsippet om rettferdig og åpen behandling som er relevant der det er tale om rettigheter og plikter knyttet til informasjonstilgang. Kravet til en «rettferdig» behandling må forstås som at sammenhengen mellom innsamlingen av personopplysningene og det formålet de skal brukes til, må fremstå som rimelig for den registrerte.<sup>32</sup> Det er med andre ord tale om et proporsjonalitetskrav.

Kravet til en «åpen» eller transparent behandling tar sikte på at behandlingen skal være forståelig og forutsigbar for den registrerte, slik at de kan innrette seg når de får informasjon om behandlingen.<sup>33</sup> Det påpekes her at en «åpen» behandling er en forutsetning for at den registrerte kan vurdere om behandlingen er rettferdig.

Prinsippene inntatt i GDPR artikkel 5 nr. 1 utgjør ytterligere regler som den behandlingsansvarlige må følge ved behandling av personopplysninger.<sup>34</sup> Det fremgår videre av GDPR artikkel 5 nr. 2. at ansvaret for at disse prinsippene følges påhviler den behandlingsansvarlige.

### 2.2 Rett til informasjon

Når det samles inn personopplysninger har den registrerte i utgangspunktet rett til å få en del generell informasjon fra den behandlingsansvarlige, jf. GDPR artikkel 13 nr. 1 og 14 nr. 1. Denne informasjonsplikten kan imidlertid oppfylles på litt forskjellige måter, avhengig av om

---

<sup>30</sup> Wessel-Aas (2018) s. 129.

<sup>31</sup> Skullerud (2018) s. 75.

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Wessel-Aas (2018) s. 129.

man innhenter opplysningene direkte fra den registrerte eller ikke. I de tilfellene der opplysningene er innhentet direkte fra den registrerte, trenger man ikke å gi den registrerte informasjonen i den grad vedkommende allerede har den, jf. GDPR artikkel 13 nr. 4. For informasjon *ikke* innhentet direkte fra den registrerte finnes det andre unntak.<sup>35</sup> I tillegg kommer de nasjonale unntakene til anvendelse for noen tilfeller.<sup>36</sup>

Det utløses i tillegg en utvidet informasjonsplikt når det samles inn personopplysninger for automatiserte avgjørelser. Denne informasjonsplikten gir den registrerte *minst* rett på informasjon om *forekomsten, logikken, betydningen og de forventede konsekvensene* av en automatisert behandling, jf. GDPR artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g). Ideen om at GDPR gir uttrykk for en rett til forklaring av automatiserte avgjørelser kan utledes fra denne utvidede informasjonsplikten, som kommer til uttrykk i forordningens fortale og artikler. Særlig aktuell er artikkel 22 i forordningens kapittel fire, som regulerer den behandlingsansvarliges plikter ved automatiserte avgjørelser. Også artiklene 13 – 15 som faller innunder kapittel to i forordningen er aktuelle, da disse regulerer henholdsvis retten til informasjon og innsyn i personopplysninger. Den videre analysen vil vise at bestemmelsene dels supplerer hverandre og dels er overlappende.

### 3 Pliktene til den behandlingsansvarlige ved automatiserte avgjørelser

#### 3.1 Automatiserte avgjørelser og profilering

Automatiserte avgjørelser er definert i forordningens artikkel 22 nr. 1. Det fremgår av overskriften til bestemmelsen at den regulerer "*automatiserte individuelle avgjørelser, herunder profilering*". Ordlyden avgrenser med andre ord mot automatisert *behandling*.

Profilering er definert i artikkel 4 nr. 4 som "*enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person*". Profilering benyttes som et verktøy for å avklare preferanser, forutse fremtidig adferd og ta avgjørelser.<sup>37</sup> Et eksempel på slik profilering kan

---

<sup>35</sup> Wessel-Aas (2018) ss. 135 – 136

<sup>36</sup> Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 31 (personopplysningsloven) § 16 og 17.

<sup>37</sup> Storbritannias veileder for behandlingsansvarlige om automatiserte individuelle avgjørelser. Tilgjengelig på: <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/automated-decision-making-and-profiling/what-is-automated-individual-decision-making-and-profiling/>, sist sjekket 10.12.2018.

være bankens automatiserte *behandling* om innvilgelse av kreditt, som baseres på individuelle profiler der kredittopplysninger og -score fremgår. Utfra ordlyden til overskriften vil slik profilering kun omfattes av bestemmelsens virkeområde der profileringen resulterer i en automatisert avgjørelse.

En naturlig språklig forståelse av artikkel 22s overskrift tilsier at bestemmelsens virkeområde gjelder alle former for automatiserte avgjørelser, inkludert profilering.<sup>38</sup> En slik presisering har sin bakgrunn i at automatiserte avgjørelser og profilering i utgangspunktet utgjør to ulike fenomener, som i visse tilfeller kan overlape hverandre helt eller delvis.<sup>39</sup> Dersom en saksbehandler i en bank vurderer spørsmål om innvilgelse av kreditt basert på en individuell profil, foreligger det profilering. Hvis vedkommende har *faktisk* myndighet til å foreta individuelle vurderinger av søkeren og overprøve systemets anbefaling, vil ikke en eventuell avgjørelse *utelukkende* være basert på en automatisert behandling. Avgjørelsen vil dermed ikke anses som en «automatisert avgjørelse» etter artikkel 22 nr. 1 til tross for at det foreligger profilering.

En nærliggende tolkning av overskriften til artikkel 22 er at bestemmelsen avgrenser til automatiserte *individuelle* avgjørelser (heretter "automatiserte avgjørelser"), noe som innebærer at kollektive avgjørelser (avgjørelser som gjelder flere enn en person) faller utenfor ordlyden. Det kan argumenteres for at en behandlingsansvarlig kan gjøre forbudet mot automatiserte avgjørelser i artikkel 22 illusorisk ved å rette en avgjørelse mot flere der det er anledning til dette.<sup>40</sup> På den andre siden kan en kollektiv avgjørelse anses som en gruppe «individuelle» avgjørelser som faller innunder ordlyden til artikkel 22. Formålet med bestemmelsen tilsier at den tar sikte på å regulere avgjørelser som påvirker en individuell person (registrert). En formålsrettet tolkning trekker følgelig i retning av at «kollektive avgjørelser» er omfattet av artikkel 22s virkeområde. Spørsmålet er åpent, men det antas at en her bør kunne legge en formålsrettet tolkning til grunn, da noe annet vil resultere i at forbudet mot automatiserte avgjørelser uthules.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Skullerud (2018) s. 162.

<sup>39</sup> Kaminski, Margot E. *The Right to Explanation, Explained*, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 18 – 24, 2018, ss. 15 – 16.

<sup>40</sup> Brkan, Maja. *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond*, 2017, s. 9.

<sup>41</sup> Ibid.

## 3.2 GDPR artikkel 22 nr. 1 – Forbud mot automatiserte avgjørelser

Etter GDPR artikkel 22 nr. 1 har den registrerte "*rett til ikke å være gjenstand for en avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling*", som har «*rettsvirkning*» eller på «*tilsvarende måte i betydelig grad påvirker*» den registrerte.

Det oppstilles fire kumulative vilkår for at en behandling anses automatisert etter artikkel 22. For det første må det treffes en avgjørelse. For det andre må avgjørelsen basere seg utelukkende på automatisert behandling. For det tredje må avgjørelsen få rettsvirkning eller tilsvarende konsekvenser. For det fjerde må grunnlaget for avgjørelsen ha vært en automatisert behandling av personopplysninger (herunder profilering).

Etter bestemmelsen har den registrerte «*rett*» til ikke å bli utsatt for denne typen automatiserte avgjørelser. Enkelte teoretikere har argumentert med at det er tale om en rett som den registrerte må påberope seg for å kunne gjøres gjeldende.<sup>42</sup> Artikkel 29-gruppen har imidlertid i sin veiledning om automatiserte individuelle beslutningsprosesser og profilering, uttalt at bestemmelsen skal forstås som et *forbud* mot å fatte avgjørelser om fysiske personer som utelukkende baserer seg på automatisert behandling.<sup>43</sup>

En automatisert avgjørelse defineres i artikkel 22 nr. 1 som en avgjørelse tatt uten menneskelig involvering.<sup>44</sup> A29-gruppen har i denne sammenheng vist til at det ikke er adgang til å omgå bestemmelsens forbud ved at en ansatt rutinemessig ser over anbefalinger fra et automatisert system, uten at vedkommendes rolle eller kontrollfunksjon er meningsfull.<sup>45</sup> Individet må ha kompetanse og reell adgang til å påvirke resultatet, samt tilgang til alt av relevant data.<sup>46</sup> Individet trenger med andre ord ikke å påvirke selve avgjørelsen/resultatet, bare ha muligheten til det. Denne forståelsen er også lagt til grunn i forarbeidene til den tidligere personopplysningsloven.<sup>47</sup> Definisjonen i artikkel 22 nr. 1 utgjør

---

<sup>42</sup> Judin, Tobias. GDPR art.22 – et forbud eller en rett til å si nei? Personvernbloggen: Datatilsynets blogg om personvernspørsmål, (2017). [Tilgjengelig på: <https://www.personvernbloggen.no/2017/12/06/%E2%80%8B-gdpr-art-22-et-forbud-eller-en-rett-til-a-si-nei/>] Hentet 14.10.2018.

<sup>43</sup> [Skullerud (2018) ss. 161 – 162] og [A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 20].

<sup>44</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 20.

<sup>45</sup> Wessel-Aas (2018) s. 272.

<sup>46</sup> [A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 21] og [Mendoza, Isak og Lee A. Bygrave. *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, EU Internet Law: Regulation and Enforcement (Springer), ss. 77 – 98, 2017. University of Oslo Faculty of Law Research Paper (No. 20), 2017, s. 11].

<sup>47</sup> Ot.prp.nr. 92 (1998 – 1999) 16, kapittel III Informasjon om behandling av personopplysninger, til § 22 rett til informasjon om automatiserte avgjørelser.

altså kun et utgangspunkt, og tilfeller der det foreligger et perifert element av manuell menneskelig behandling før en avgjørelse tas vil anses som en «automatisert avgjørelse» etter GDPR artikkel 22 nr. 1.<sup>48</sup>

Eksempelvis vil et scenario der en bankansatt «godkjenner» søknader som er automatisert behandlet ved å taste "ok", og som ikke har noen reell innflytelse på behandlingen, anses å utgjøre en automatisert behandling etter artikkel 22 nr. 1. En slik presisering har gode rettsikkerhetsgrunner for seg, da regelen oppstilt i artikkel 22 nr. 1 raskt vil kunne uthules dersom en plasserer mennesker til å utføre rutineoppgaver for å omgå forbudet mot automatisert behandling.

Begrepene «*rettsvirkning*» og «*tilsvarende måte*» er ikke definert i GDPR. En naturlig språklig forståelse av uttrykket «*rettsvirkning*» tilsier at den automatiserte avgjørelsen må påvirke den registrertes rettigheter eller plikter. En slik tolkning er også lagt til grunn i juridisk teori.<sup>49</sup> En automatisert avgjørelse som har rettsvirkning kan for eksempel være kontraktsbrudd eller innvilgelse av oppholdstillatelse.<sup>50</sup>

Avgjørelser som på «*tilsvarende måte i betydelig grad påvirker*» den registrerte, sikter til tilfeller som påvirker den registrerte på lik eller lignende linje med rettsvirkninger. Vilåret er følgelig mer åpent og gir uttrykk for at subjektive elementer kan inkluderes i vurderingen. Spørsmålet er om omstendighetene har såpass stor påvirkning på den registrerte, at de bør likestilles med en avgjørelse som har innvirkning på vedkommendes rettigheter. I fortalepunkt 71 benyttes automatisert avslag på søknad om kreditt eller automatisert e-rekruttering, som eksempler på tilfeller som faller innunder ordlyden på «*tilsvarende måte*» og omfattes av definisjonen av automatiserte avgjørelser. Det er logisk at slike tilfeller er omfattet av ordlyden, da slike avgjørelser påvirker registrerte i betydelig grad.

Det kan ikke oppstilles noen konkret terskel for hva som anses å utgjøre en «*betydelig grad*» av påvirkning på den registrerte. I juridisk teori knyttet til forgjengeren til artikkel 22 nr. 1, er det vist til at vurderingen må inneholde både et objektivt og et subjektivt element.<sup>51</sup> Dette kommer også til uttrykk i A29-gruppens veileder der det er vist til at det skal foretas en

---

<sup>48</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 21.

<sup>49</sup> Skullerud (2018) s. 163.

<sup>50</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 21.

<sup>51</sup> Bygrave, Lee A. *Automated profiling: Minding the machine: Article 15 of the EC data protection directive and automated profiling*. Computer Law & Security Review, Vol. 17 (No. 1), ss. 17 – 24, 2001, s. 7.

konkret helhetsvurdering.<sup>52</sup> Dette som følge av at enkelte avgjørelser har liten påvirkning på noen individer, men en betydelig påvirkning på andre samfunnsgrupper. I veilederen benyttes differensiell prising<sup>53</sup> basert på persondata som eksempel på et tilfelle som kan ha «betydelig» påvirkning, ettersom prisen i stor grad vil kunne være styrende for den registrertes valgalternativer og endelige valg.<sup>54</sup>

A29WPs eksempel innebærer en utvidende tolkning av ordlyden i artikkel 22. De viser til at det er tilstrekkelig at den registrertes alternativer eller handlinger påvirkes. De går altså vekk ifra kravet om at avgjørelsen må ha en virkning *tilsvarende* rettsvirkning.

Det kan følgelig være grunn til å stille spørsmål ved den rettskildemessige vekten av uttalelsen.<sup>55</sup> Personvernrådet har imidlertid gitt sin tilslutning til A29WPs veiledere.<sup>56</sup> Videre har Personvernrådet hjemmel etter artikkel 70 nr. 1 bokstav f til å utstede «*retningslinjer, anbefalinger og beste praksis*» som presiserer kriteriene for automatisert behandling. Dette med bakgrunn i at de har som oppgave å sikre ensartet anvendelse av forordningen. En slik adgang innebærer at A29WPs uttalelser har potensiale til å bli mer enn rådgivende og at den tolkningen de legger til grunn av kriteriet «*betydelig påvirkning*» vil kunne bli ansett som eksempelvis «*beste praksis*».

Forbudet mot automatiserte avgjørelser i artikkel 22 nr. 1, gjelder imidlertid ikke der behandlingen er nødvendig for å inngå en avtale, er tillatt i EU/nasjonal lovgivning eller er basert på et uttrykkelig samtykke fra den registrerte, jf. GDPR artikkel 22 nr. 2 (a – c).

### **3.3 GDPR artikkel 22 nr. 3 – Rett til forklaring av spesifikke avgjørelser**

Forutsatt at behandlingen er nødvendig for å inngå en avtale eller er basert på et uttrykkelig samtykke fra den registrerte, plikter den behandlingsansvarlige etter artikkel 22 nr. 3 å gjennomføre «*egne tiltak*» for å verne den registrertes rettigheter. Etter ordlyden i artikkel 22 nr. 3 skal slike tiltak «*i det minste*» inkludere en rett for den registrerte til

---

<sup>52</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 22.

<sup>53</sup> Differensiell prising er en metode der produktet som tilbys har ulik pris basert på hvem som er kunde, mengde, leveransetid, betalingsvilkår etc. Definisjon er oversatt og hentet fra <http://www.businessdictionary.com/definition/differential-pricing.html>, [Sisert 13.10.2018]. A29WPs veileder tar utgangspunktet i det tilfelle der ulike kunder, vises ulike priser basert på personopplysninger.

<sup>54</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 22.

<sup>55</sup> Veale, Michael og Lilian Edwards. *Clarity, Surprises, and Further Questions in the Article 29 Working Party Draft Guidance on Automated Decision-Making and Profiling*, 2018. Computer Law & Security Review Vol. 34 (No. 2), ss. 398 – 404, 2018, s. 402.

<sup>56</sup> Se kapittel 1.3.

*"menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen".*

Bestemmelsens liste over egnede tiltak kan ikke anses uttømmende, jf. ordlyden "*i det minste*".<sup>57</sup> Ordlyden i artikkel 22 nr. 3 er dermed *ikke* til hinder for at det kan utledes en "rett på forklaring", selv om en slik rett ikke følger av ordlyden direkte.

En rett til forklaring er nevnt eksplisitt i fortalepunkt 71, som supplerer artikkel 22. Her uttrykkes det at egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter ved en automatisert avgjørelse:

*«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» (forfatters understrekninger).*

Ordlyden «*en slik vurdering*» må i denne sammenheng forstås som den automatiserte behandlingen som har resultert i en automatisert avgjørelse. Fortalen gir dermed uttrykk for at den registrerte har rett til å få en forklaring på en avgjørelse som er truffet etter en automatisert vurdering. En naturlig språklig forståelse av «*spesifikk informasjon*» tilsier videre at forklaringen må gi en redegjørelse for hvordan algoritmen kom frem til den konkrete beslutningen, noe som innebærer en forklaring på hvilke kriterier den har lagt til grunn og hvilken vekt disse har blitt tillagt i vurderingen. Eksisterer en slik rett til forklaring kan ordlyden forstås som at den må bli gitt *etter* at den automatiserte avgjørelsen er truffet, jf. ordlyden «*er truffet*». Fortalen gir følgelig anvisning på at den registrerte har en rett til *spesifikk informasjon* (heretter "spesifikk forklaring") om den automatiserte avgjørelsen.

Det er uklart hva denne språklige forskjellen mellom forordningen og fortalens ordlyd innebærer. Fraværet av en rett på forklaring i artikkelens ordlyd er ikke redegjort for i forordningen eller fortalen og heller ikke kommentert av A29-gruppen eller EU-kommisjonen.

I artikkel 15 nr. 2 (a) i personverndirektivet (forgjengeren til artikkel 22 nr. 3) angis kun en «*mulighet til å gjøre sitt synspunkt gjeldende*» som et egnet tiltak. En «rett til forklaring»

---

<sup>57</sup> Selbst, Andrew D. og Julia Powles. *Meaningful Information and the Right to Explanation*, International Data Privacy Law, Vol. 7(No. 4), ss. 233 – 242, 2017, s. 237.



eller «spesifikk informasjon» er følgelig ikke omtalt, verken i artikkelen selv eller tilhørende praksis og teori.<sup>58</sup>

Etter den tidligere personopplysningslovens<sup>59</sup> § 22, som gjennomførte artikkel 15 i personverndirektivet, hadde den registrerte kun en rett på en generell forklaring av systemet som traff avgjørelsen.<sup>60</sup> Medlemslandene sto imidlertid en del friere etter direktivet, og fortalen inneholdt samtidig ingen rett til spesifikk forklaring på dette tidspunkt. Dette kan tyde på at rettstilstanden nå kan være endret.

I det juridiske fagmiljøet er det omtvistet om utelatelsen av en rett på forklaring i ordlyden til artikkel 22 nr. 3 taler for at lovgiver ikke ønsket at det skulle eksistere en rett på spesifikk forklaring i den bindende forordningen.<sup>61</sup>

EU-kommisjonens<sup>62</sup> forslag til den nåværende GDPR artikkel 22<sup>63</sup> inkluderte ikke en «rett på forklaring».<sup>64</sup> Europaparlamentet<sup>65</sup> foreslo derimot at en slik rett ble inntatt med følgende ordlyd:

*“the right to obtain human assessment and an explanation of the decision reached after such assessment” (forfatters understrekninger).*<sup>66</sup>

Dette forslaget er ikke inkludert i den endelige ordlyden til forordningen, men er imidlertid tilnærmet identisk med den oversatte ordlyden i fortalepunkt 71: «*få en forklaring på avgjørelsen som er truffet etter en slik [automatisert] vurdering*».<sup>67</sup> Europakommisjonen var følgelig kjent med en inkludering av en "rett på forklaring" i ordlyden som en reell lovteknisk løsning, men valgte likevel å utelate den. Argumentet om at utelatelsen gir antydning på at det ikke skulle eksistere en rett på spesifikk forklaring i artikkel 22 er følgelig plausibel, men uten rettskildemessig forankring.

---

<sup>58</sup> Bygrave (2001) s. 12.

<sup>59</sup> Lov om behandling av personopplysninger 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven).

<sup>60</sup> [Ot.prp.nr.92 (1998 – 1999) 16, kapittel III] og [Schartum (2016) ss. 208 – 209].

<sup>61</sup> Wachter, Sandra, Brent Mittelstadt og Luciano Floridi. *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, International Data Privacy Law, Vol. 7 (No. 2) ss. 76 – 99, 2017, ss. 80 – 81.

<sup>62</sup> «Kommisjonen har som oppgave å forberede saker og stille forslag til Rådet og Parlamentet». Sitat hentet fra Store Norske Leksikon, tilgjengelig på <https://snl.no/EU-kommisjonen>, hentet 10.10.2018.

<sup>63</sup> Consolidated text of the Commission and Council – 1b. European Digital Rights. Comparison of the Parliament and Council Text on the General Data Protection Regulation. [Tilgjengelig på: [https://edri.org/files/EP\\_Council\\_Comparison.pdf](https://edri.org/files/EP_Council_Comparison.pdf)] [Sisert 14.10.2018].

<sup>64</sup> Se Sejersted (2011) ss. 181 – 184 for lovgivningsprosessen i EU og TEUV art. 294.

<sup>65</sup> «Parlamentet har beslutningsmyndigheten i lovsaker, godkjenner EUs budsjetter og er kontrollinstans for Kommisjonen.» Sitat hentet fra Store Norske Leksikon, tilgjengelig på <https://snl.no/Europaparlamentet>, hentet 10.10.2018.

<sup>66</sup> Se artikkel 20 i sammenligningsdokument av det europeiske råd og Europaparlamentets forslag til GDPRs ordlyd (2014).

<sup>67</sup> [GDPR fortalepunkt 71 (norsk)] og [GDPR fortalepunkt 71 (engelsk)].

I Europaparlamentets utkast til GDPRs fortale, var det ikke inkludert en "rett på forklaring".<sup>68</sup> Det europeiske råd<sup>69</sup> foreslo derfor følgende tilføyelse til ordlyden i fortalepunkt 58, som nå tilsvarer fortalepunkt 71:<sup>70</sup>

*“to express his or her point of view, to get an explanation of the decision reached after such assessment and the right to contest the decision”* (forfatters understreknings).<sup>71</sup>

Forslaget til det europeiske råd ble tatt til følge og implementert i den endelige versjonen av forordningen fra 2016.<sup>72</sup> Det er imidlertid ikke oppgitt noen begrunnelse for hvorfor denne lovtekniske løsningen ble valgt og hva den innebærer for tolkningen av artikkel 22 nr. 3.

Dersom fortalen på dette punkt anses bindende, vil artikkel 22 nr. 3 gi grunnlag for en rett på spesifikk forklaring etter at den konkrete avgjørelsen er truffet, ettersom fortalepunkt 71 tar for seg egnede tiltak *etter* at avgjørelsen er truffet.<sup>73</sup> Denne forståelsen av fortalen underbygges av ordlyden «*after such assessment*».

Fortalen til GDPR har imidlertid ingen rolle utover å gi veiledning for hvordan en skal tolke de ulike artiklene i forordningen. Fortalepunktet er med andre ord i seg selv ikke juridisk bindende.<sup>74</sup> Fortalen får imidlertid større vekt, når forordningens lovtekst er uklar og det er få andre kilder. Det følger av praksis fra EU-domstolen at:

*“Whilst a recital in the preamble to a regulation may cast light on the interpretation to be given to a legal rule, it cannot in itself constitute such a rule”*.<sup>75</sup>

Retten på spesifikk forklaring som er omtalt i fortalepunkt 71 må dermed forstås som et eksempel på et egnet tiltak for å ivareta den registrertes rettigheter, men ikke et absolutt minimumskrav etter artikkel 22 nr. 3, jf. ordlyden «*bør*». Spørsmålet er om en rett til spesifikk forklaring i visse tilfeller er et egnet tiltak som *må* gjennomføres, i lys av de hensyn som artikkel 22 nr. 3 søker å ivareta.

I veilederen til A29-gruppen er det vist til at den behandlingsansvarlige må konstruere en enkel måte den registrerte kan ivareta rettighetene som nevnes i fortalepunkt 71, herunder

---

<sup>68</sup> Se fortalepunkt 58 i sammenligningsdokument av det europeiske råd og Europaparlamentets forslag til GDPRs ordlyd (2014).

<sup>69</sup> «Det europeiske råd fastlegger EUs generelle politiske retningslinjer og prioriteringer.» Sitat hentet fra Store Norske Leksikon, tilgjengelig på [https://snl.no/Det\\_europeiske\\_r%C3%A5d](https://snl.no/Det_europeiske_r%C3%A5d), hentet 13.10.2018.

<sup>70</sup> Wachter (2017) s. 81.

<sup>71</sup> Se fortalepunkt 58 i sammenligningsdokument av det europeiske råd og Europaparlamentets forslag til GDPRs ordlyd (2014).

<sup>72</sup> GDPR fortalepunkt 71 (engelsk).

<sup>73</sup> Wachter (2017) s. 80.

<sup>74</sup> Sejersted (2011) s. 57.

<sup>75</sup> Sak 215/88 Casa Fleischhandels- GmbH v. Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung ECLI:EU:C:1989:331, avsnitt 31.

retten til spesifikk forklaring, menneskelig inngripen og til å gi uttrykk for sitt syn.<sup>76</sup> De viser videre til at dette underbygges av behovet for transparens i behandlingsprosessen. Videre påpekes det at en forutsetning for at den registrerte skal ha anledning til å utfordre en avgjørelse eller gi uttrykk for sitt syn, er at vedkommende forstår fullt ut hvordan avgjørelsen har blitt truffet og på hvilket grunnlag.<sup>77</sup> Veilederen nevner imidlertid ikke eksplisitt at det kan foreligge en rett på spesifikk forklaring etter artikkel 22 nr. 3.

Indirekte synes veilederen å gi uttrykk for at den behandlingsansvarlige plikter å ivareta retten til spesifikk forklaring som nevnes i fortalepunkt 71. Samtidig gir presiseringen i veilederen om at slik forklaring skal gis når den registrerte er avhengig av den for å kunne utfordre eller gi uttrykk for sin mening, inntrykk av at denne retten ikke gjelder ubetinget. Retten virker å være begrenset til de tilfellene der en spesifikk forklaring er nødvendig for en ivaretagelse av den registrertes rettigheter etter artikkel 22 nr. 3. En tilsvarende forståelse av artikkel 22 legges uten nærmere begrunnelse til grunn av Datatilsynet i deres veileder om informasjon og åpenhet.<sup>78</sup>

En kan for eksempel tenke seg at den registrerte ikke vil ha behov for en konkret forklaring der vedkommende har blitt tatt i fotoboks og et automatisert system har sendt han en bot som følge av at vedkommende er registrert som kjøretøyets eier. En forklaring på hvordan systemet fungerer etter for eksempel artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g) – herunder at fartsovertredelse vil resultere i bot – er tilstrekkelig til at vedkommende er i stand til å utfordre boten eller gi uttrykk for sin uenighet. Samtidig vil en slik forklaring på hvordan systemet fungerer, innebære en indirekte spesifikk forklaring av den automatiserte avgjørelsen. En eksplisitt rett på forklaring av en spesifikk avgjørelse i et slikt tilfelle, vil innebære en uhensiktsmessig bruk av ressurser for den behandlingsansvarlige.

Et eksempel på et tilfelle der den registrerte *bør* ha en rett på forklaring er avslag på søknad om kreditt på internett. I disse tilfellene vil det ikke være tilstrekkelig at den registrerte kun får opplyst hvilke kriterier bankens system har tatt utgangspunkt i, for å være i stand til å utfordre avgjørelsen/avslaget. Dette med bakgrunn i at den registrerte er avhengig av å få informasjon om hvilken vekt de ulike kriteriene har blitt tillagt og hvordan disse har resultert

---

<sup>76</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 27.

<sup>77</sup> Ibid.

<sup>78</sup> Datatilsynet. Veileder: Informasjon og åpenhet s. 4. [Tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/informasjon-og-apenhet/>] [Sisert 23.09.2018].

i et avslag. Det kan for eksempel være at den registrerte ikke er kjent med at det foreligger en betalingsanmerkning. Dersom den registrerte kun får opplyst bankens kriterier for lån, vil ikke vedkommende nødvendigvis ha tilstrekkelig informasjon til å forstå at det foreligger en betalingsanmerkning. Vedkommende kan følgelig bli sittende igjen med et inntrykk av at avslaget skyldes andre omstendigheter. I et slikt tilfelle vil en forklaringsrett være avgjørende for at den automatiserte avgjørelsen er gjennomiktig og åpen slik de underliggende hensynene til GDPR dikterer.<sup>79</sup>

En rett til spesifikk forklaring kan sees i sammenheng med en rett til å «*bestride avgjørelsen*» etter artikkel 22 nr. 3. Uten en rett til spesifikk forklaring, vil den registrertes rett til å bestride den automatiserte avgjørelsen bli nærmest innholdsløs.<sup>80</sup> En forutsetning for at den registrerte skal kunne ha en reell klageadgang og anledning til å overprøve den automatiserte avgjørelsen, er at vedkommende blir gjort kjent med bakgrunnen for avgjørelsen.<sup>81</sup> Uten en spesifikk forklaring, vil en klage fra den registrerte stå uten noen konkret redegjørelse for hvorfor en eventuell avgjørelse bør omgjøres eller forkastes.

Fraværet av en rett til spesifikk forklaring vil i et slikt tilfelle kunne anses å stride mot prinsippet i artikkel 5 nr. 1 (a) som supplerer artikkel 22 og dikterer at behandlingen skal være *rettferdig og åpen*.<sup>82</sup> En klageadgang der den registrerte ikke blir gjort kjent med den reelle begrunnelsen bak avgjørelsen, kan ikke forstås som en rettferdig eller åpen behandling. Særlig der det forekommer profilering, hvor den registrertes fremtidige adferd predikeres og det fattes en avgjørelse basert på denne prediksjonen.<sup>83</sup>

Samlet gir fortalepunkt 71, A29WPs veileder<sup>84</sup> og artikkel 5 nr. 1 (a) uttrykk for at det det *kan* oppstilles en rett til forklaring etter artikkel 22 nr. 3. Denne retten og dens innhold beror imidlertid på om en rett til spesifikk forklaring er *nødvendig* av hensyn til den registrertes rett til å utfordre avgjørelsen og hvilke opplysninger som trengs i den forbindelse.

---

<sup>79</sup> Se kapittel 2.1.

<sup>80</sup> Brkan (2017) s. 16.

<sup>81</sup> Mendoza (2017) ss. 16 – 17.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Se kapittel 3.1.

<sup>84</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 27.

## 4 Rettighetene til den registrerte

### 4.1 GDPR artikkel 13 og 14

#### 4.1.1 Innledning

I dette kapitlet vil artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 analyseres med sikte på å avklare om det kan utledes en rett på «systemforklaring» og/eller spesifikk forklaring fra bestemmelsene. Først vil det avklares hva innholdet i forklaringsretten er ved hjelp av ordlyd og juridisk teori, samt når den kan gjøres gjeldende. Deretter vil det vurderes om det i visse tilfeller gjelder en forklaringsrett, som går utover det den registrerte normalt har krav på. Avslutningsvis vil det redegjøres for hvordan forklaringen skal bli gitt den registrerte.

Det fremgår av artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 at den behandlingsansvarlige skal gi den registrerte en rekke opplysninger som er nødvendige for å sikre en «*rettferdig og åpen behandling*» av hensyn til vedkommende. Mens artikkel 13 regulerer de tilfellene der personopplysningene er oppgitt av den registrerte, tar artikkel 14 utgangspunkt i de tilfellene der personopplysningene *ikke* er innhentet direkte fra den registrerte for eksempel folkeregisteret.

#### 4.1.2 GDPR artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g) – Informasjon om den underliggende logikken

##### 4.1.2.1 Retten på «systemforklaring»

Informasjonsplikten ved automatiserte avgjørelser er regulert i artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g). Det fremgår av bestemmelsene at plikten gjelder der det er tale om automatiserte avgjørelser som nevnt i artikkel 22 nr. 1 og nr. 4. Sistnevnte bestemmelse viser til automatiserte avgjørelser som bygger på sensitive personopplysninger og er tillatt på nærmere vilkår.<sup>85</sup>

Den behandlingsansvarlige plikter etter artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g) å gi den registrerte informasjon om at det benyttes automatiserte avgjørelser, herunder profilering. I tillegg har den registrerte rett på «*relevant informasjon om den underliggende logikken*» (heretter «forklaring av systemlogikk» eller «systemforklaring»). Ordlyden tilsier at man må gi en

---

<sup>85</sup> Se avgrensning i kapittel 1.4.

forklaring av hvordan systemet virker, og ikke den spesifikke avgjørelsen. Rent konkret vil dette innebære at den behandlingsansvarlige må forklare hvilke kriterier som vurderingen tar utgangspunktet i ved den automatiserte beslutningsprosessen, samt en begrunnelse for valget av disse kriteriene.<sup>86</sup>

En slik tolkning er også lagt til grunn i A29-gruppens veileder om automatiserte avgjørelser. Det vises her til at kravet om «*relevant informasjon*» innebærer at det ikke er nødvendig med en kompleks forklaring av algoritmen som er benyttet. Den registrerte bør få tilstrekkelig med informasjon til at vedkommende kan bestride avgjørelsen og benytte seg av rettighetene sine etter GDPR, herunder korrigering eller sletting etter artikkel 16 og 17.<sup>87</sup> Videre bør den behandlingsansvarlige finne enkle måter å formidle logikken, eller kriteriet bak avgjørelsen til den registrerte, slik at informasjonen er «*relevant*».<sup>88</sup>

Eksempelvis vil en bank som benytter et automatisert system ved vurdering av lånesøknader, måtte forklare hvilke kriterier som ligger til grunn ved en slik vurdering og hvorfor disse er relevante i vurderingen. En slik forklaring er en forutsetning for at den registrerte kan avgi et informert samtykke som er et krav til lovlig samtykke, jf. GDPR artikkel 4 nr. 11.<sup>89</sup> En forklaring er også en forutsetning for å fremme innsigelser eller kreve menneskelig inngripen, jf. GDPR artikkel 22 nr. 3.

Avgrensningen til en forklaring av systemets logikk innebærer i utgangspunktet at det *ikke* kan kreves en forklaring av en spesifikk avgjørelse etter artikkel 13 eller 14. En som for eksempel har fått automatisert avslag på en søknad om kreditt på internett, vil dermed ikke ha rett på en forklaring som gir anvisning på hvilke konkrete omstendigheter som var utslagsgivende for resultatet eller hvilken vekt de ulike kriteriene har spilt i vurderingen. Vedkommende vil på den annen side kunne kreve å få forklart hvilke kriterier bankens system har lagt til grunn, hvilken relevans disse har for vurderingen av om innvilgelse av kreditt bør gis og hvordan bankens system drar slutninger fra disse kriteriene.

---

<sup>86</sup> Skullerud (2018) s. 129.

<sup>87</sup> [Selbst (2017) s. 242] og [Kaminski (2018) s. 21].

<sup>88</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 25.

<sup>89</sup> "Et samtykke er bare gyldig dersom man vet hva man samtykker til. Dette må sees i lys av personvernprinsippene om rettferdighet og åpenhet". Definisjon hentet fra Datatilsynet. Veileder: Behandlingsgrunnlag – samtykke. [Tilgjengelig på: <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/veileder-om-behandlingsgrunnlag/samtykke/>], 14.10.2018.

#### 4.1.2.2 Er retten til «systemforklaring» begrenset i tid?

Artikkel 13 og 14 pålegger den behandlingsansvarlige å gi relevant informasjon til den registrerte «*på tidspunktet for innsamlingen av personopplysninger*».<sup>90</sup> Tidspunktet for innsamling av relevante personopplysninger er *før* en beslutning treffes, da opplysningene som samles inn vil inngå som en del av beslutningsgrunnlaget. Dette innebærer at ordlyden i artikkel 13 og 14 tolket isolert tilsier at retten på systemforklaring gjelder *før* avgjørelsen er truffet.

På den annen side følger det av fortalepunkt 61 at informasjon den registrerte har krav på etter artikkel 13 og 14 «*bør*» gis den registrerte på tidspunktet «*for innsamling fra vedkommende*» eller, «*innen en rimelig frist*» dersom personopplysningene hentes fra en annen enn den registrerte selv. Utrykket «*bør*» i fortalepunkt 61 åpner dermed opp for at en forklaring også kan gis *etter* at beslutningen er truffet.

Videre tilsier alternativet «*innen en rimelig frist*», der personopplysningene ikke er innhentet direkte fra den registrerte, at forklaring kan gis *etter* at avgjørelsen er truffet. Ordlyden til fortalepunkt 61 tilsier dermed at det ikke eksisterer noe absolutt krav, om at en systemforklaring *må* gis *før* en automatisert avgjørelse er truffet. Det er imidlertid et viktig element at forklaringen *bør* gis tidligst mulig av hensyn til den registrertes rett til innrettelse og av hensyn til plikten om rettferdig og åpen behandling av personopplysninger.<sup>91</sup>

#### 4.1.3 Informasjon om betydningen og de forventede konsekvensene av en automatisert behandling

Etter artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g) må den behandlingsansvarlige også gi den registrerte relevant informasjon om «*betydningen og de forventede konsekvensene*» av en automatisert behandling som resulterer i en automatisert avgjørelse. En naturlig språklig forståelse av ordlyden «*betydningen*» og «*de forventede konsekvensene*», tilsier at det må gis opplysninger om hvordan opplysningene som den registrerte har oppgitt vil bli benyttet, samt det antatte resultatet av en eventuell automatisert behandling. En slik tolkning har støtte i A29-gruppens veileder.<sup>92</sup> Her vises det til at det *bør* benyttes ekte og konkrete eksempler på hvilke utfall den automatiserte behandlingen kan resultere i, slik at

---

<sup>90</sup> Skullerud (2018) s. 127.

<sup>91</sup> Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679, (2018), s. 15, punkt 27 [Tilgjengelig på: [http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360)] [Sisert 23.09.2018]

<sup>92</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 26.

informasjonen som formidles er forståelig. Videre vises det til at behandlingsansvarlige bør benytte visuelle virkemidler som for eksempel grafer.<sup>93</sup> Dette for at forklaringen som blir gitt er lett tilgjengelig og enkel å forstå, og i samsvar med åpenhetsprinsippet i artikkel 5 nr. 1 bokstav a.<sup>94</sup>

For eksempel kan et forsikringselskap benytte en automatisert beslutningsprosess til å bestemme kundenes forsikringspremie på livsforsikringen, basert på kundenes aktivitetsnivå ved bruk av informasjonen fra et aktivitetsarmbånd. For at forklaringsretten fullt ut skal ivaretas bør forsikringselskapet både forklare *at, hvorfor og på hvilken måte* aktivitetsnivået kan påvirke forsikringspremien. I forbindelse med det sistnevnte vil selskapet måtte forklare at lite aktivitet vil kunne resultere i en høyere forsikringspremie, mens høy aktivitet vil kunne bidra til en reduksjon i premien.

I likhet med retten til systemforklaring, har retten til informasjon om *betydningen og konsekvensene* av behandlingen som formål å sørge for at den registrerte har tilstrekkelig informasjon til å kunne avgi et informert samtykke etter artikkel 22 nr. 2 eller velge menneskelige inngripen etter artikkel 22 nr. 3.

#### 4.1.4 GDPR fortalepunkt 60 – Utvidet forklaringsrett

Fortalepunkt 60 presiserer hvordan art. 13 og 14 skal forstås. Det presiseres her at den behandlingsansvarlige "*bør gi den registrerte eventuell ytterligere informasjon som er nødvendig for å sikre en rettferdig og åpen behandling*". I vurderingen av om informasjonen er «*nødvendig*» skal det tas hensyn til de «*særlige omstendighetene*» rundt behandlingen av personopplysningene og «*sammenhengen den skjer i*».<sup>95</sup> Fortalen er imidlertid ikke bindende og ordlyden «*bør*» tilsier i utgangspunktet at det er tale om en oppfordring og ikke en juridisk bindende plikt.<sup>96</sup>

Samtidig følger det eksplisitt av artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 at registrerte skal gis opplysninger «*nødvendig for å sikre en rettferdig og åpen behandling*». Ordlyden kan enten forstås som en presisering – opplysningene som er *nødvendig* er begrenset til de nevnt eksplisitt i artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 sin oppramsing. Alternativt kan ordlyden forstås som at den oppstiller en utvidet forklaringsplikt, der den registrerte ikke har rett på

---

<sup>93</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 26.

<sup>94</sup> GDPR fortalepunkt 58.

<sup>95</sup> GDPR fortalepunkt 60.

<sup>96</sup> Sak 215/88, avsnitt 31.



opplysningene etter bestemmelsene, men de likevel er nødvendige. En slik tolkning er sammenfallende med forarbeidenes angivelse av en utvidet forklaringsplikt.

Ordlyden i artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 er i utgangspunktet overflødig, ettersom en tilsvarende regel er inntatt i artikkel 5 nr. 1 (a).<sup>97</sup> Man må her kunne anta at lovgivers presisering er en understrekning av viktigheten av informasjonsplikten, der opplysningene er nødvendig av hensyn til rettferdighet og åpenhet. Samtidig gir en slik understrekning uttrykk for lovgivers vilje – at artikkel 13 nr. 2 og 14 nr. 2 gir anvisning på en «sikkerhetsventil» som den registrerte kan påberope seg – for de opplysningene som er nødvendig av hensyn til en «rettferdig» og «åpen» behandling. Dette tilsier at uttrykket «*bør*» i fortalepunkt 60 må forstås som *skal* under nevnte omstendigheter.

#### 4.1.5 Hvordan skal «systemforklaringen» bli gitt

Underproblemstillingen om hvor langt retten til forklaring går, aktualiserer spørsmålet om hvordan forklaringen skal bli gitt. Artikkel 12 stiller generelle krav til *gjennomføringen* av den registrertes rettigheter. Etter bestemmelsen skal den behandlingsansvarlige sørge for at opplysningene etter artikkel 13 og 14 formidles på en "*kortfattet, åpen, og lett tilgjengelig måte [med] et klart og enkelt språk*".

Disse kravene har primært to formål. For det første vil de bidra til at den registrerte kan benytte seg av rettighetene sine etter GDPR, da de sørger for at informasjonen er tilgjengelig og forståelig for den registrerte.<sup>98</sup> For det annet vil kravene hindre virksomheter fra å gi kompliserte forklaringer og overkommunisere informasjon. Man er avhengig av slike hindringer for at en behandlingsansvarlig ikke skal kunne «drukne» viktig informasjon i en omfattende informasjonsflom. Dette ville kunne gjøre den registrertes rett på informasjon og forklaring illusorisk.<sup>99</sup> Kravet til forståelig informasjon etter artikkel 12 har følgelig en parallell til kravet om informert samtykke – man må vite hva man samtykker til.

Et slikt krav til hvordan opplysningene skal formidles, samt innholdet i forklaringen, kan også utledes av fortalepunkt 58 som gir uttrykk for gjennomsiktighetsprinsippet. Forklaringen som gis den registrerte trenger følgelig ikke inneholde noen komplisert redegjørelse for den underliggende systemlogikken. En behandlingsansvarlig kan dermed ikke unnskyldes med at

---

<sup>97</sup> Se kapittel 2.1.

<sup>98</sup> Kaminski (2018) s. 20.

<sup>99</sup> Zarsky, Tal. *Transparent Predictions*. University of Illinois Law Review, Vol. 2013, (No. 4), 2013, s. 1508.

informasjonen er for komplisert til å formidles. Virksomheten må i disse tilfellene finne en enkel og forståelig måte å formidle informasjonen på.

I forbindelse med retten til forklaring av systemlogikk følger det en anbefaling i artikkel 12 nr. 7 om at forklaringen bør gis i kombinasjon med standardiserte ikoner. Regelens hensikt er "*å gi en lett synlig, forståelig, lettlest og meningsfull oversikt over den tiltenkte behandlingen*". Presiseringen synliggjør hvor viktig artikkel 13 og 14 er for den registrertes øvrige rettigheter etter GDPR, samt hvordan det mest ideelle på sikt er at forklaringsretten integreres som en del av den behandlingsansvarliges system. Dette av hensyn til både den behandlingsansvarlige og den registrerte.<sup>100</sup>

## 4.2 GDPR artikkel 15

### 4.2.1 Innledning

I dette kapittelet vil artikkel 15 analyseres med sikte på å avklare om det kan utledes en rett på systemforklaring og/eller spesifikk forklaring fra bestemmelsen. I vurderingen av rettens innhold vil det tas utgangspunkt i bestemmelsens ordlyd, formål, kontekst og juridisk teori.

### 4.2.2 GDPR artikkel 15 nr. 1 (h) – Den registrertes rett til innsyn

Artikkel 15 nr. 1 (h) er tilnærmet identisk med artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g).

Bestemmelsen skiller seg imidlertid fra sistnevnte artikler på noen (praktisk) viktige punkter. Etter artikkel 15 nr. 1 har den registrerte rett på bekreftelse fra den behandlingsansvarlige på om det behandles personopplysninger om han eller henne. Dersom slik behandling foreligger kan vedkommende kreve innsyn i disse opplysningene.<sup>101</sup> Det er antatt i juridisk teori at innsynsretten kan påberopes av alle, uavhengig av om vedkommende er kjent med at de er registrert i en behandling.<sup>102</sup> Retten til innsyn er imidlertid begrenset til de personopplysningene som foreligger om en selv.<sup>103</sup>

Formålet med artikkel 15 er å gi den registrerte en adgang til å føre kontroll med den behandlingsansvarlige og sørge for at behandlingen av personopplysningene foregår i samsvar med forordningen.<sup>104</sup> En kan her se artikkel 15 i sammenheng med artikkel 16 og

---

<sup>100</sup> Skullerud (2018) s. 125.

<sup>101</sup> Ibid s. 137.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Wessel-Aas (2018) s. 259.

<sup>104</sup> Skullerud (2018) s. 137.

17, som omtaler henholdsvis retten til korrigering og sletting av personopplysninger.<sup>105</sup> En rett til korrigering eller sletting forutsetter at den registrerte har rett til innsyn. Dette for at vedkommende kan bli gjort oppmerksom på hvilke personopplysninger den behandlingsansvarlige har og hvorvidt han ønsker disse korrigert eller slettet. I motsetning til artikkel 13 og 14 er retten til innsyn i artikkel 15 en rett som må påberopes av den registrerte.

Innsynstidspunktet beror nærmere på når den registrerte påberoper seg retten, noe som kan tilsa at vedkommende har rett på en forklaring både før, men også *etter* at den automatiserte avgjørelsen er truffet etter artikkel 15 nr. 1 (h).<sup>106</sup> Dette er noe som kan tale for at bestemmelsen *ikke* avgrenser mot en rett til spesifikk forklaring av automatiserte avgjørelser.

På den annen side er bestemmelsens ordlyd tilsvarende artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g). En kontekstuell tolkning sammenholdt med hensynet til regelharmoni trekker dermed i retning av at artikkel 15 nr. 1 (h) skal leses som en rett på forklaring av systemlogikk. A29-gruppens veileder underbygger denne tolkningen da den viser til at den registrerte skal utstyres med:

*“general information (notably, on factors taken into account for the decision-making process, and on their respective "weight" on an aggregate level)”* (forfatters understrekninger).<sup>107</sup>

Sandra Wachter mfl. har argumentert med at den fremtidsrettede ordlyden i artikkel 15 nr. 1 (h), de «*forventede konsekvensene*», tilsier at forklaringsretten er begrenset til tidspunktet *før* automatisert behandling. De mener dette innebærer at ordlyden avgrenser mot en rett på spesifikk forklaring og er begrenset til en forklaring av systemlogikk. Denne tankegangen bygger på deres grunnleggende oppfatning om at det ikke er mulig å gi en spesifikk forklaring av en automatisert avgjørelse før behandling og avgjørelsen foreligger.<sup>108</sup>

Premisset som Wachter mfl. baserer sin argumentasjon på er imidlertid ikke korrekt og mangler for øvrig rettskildemessig dekning. I noen av de tilfellene der systemlogikk kan forklares, vil det også være mulig å gi en forklaring av spesifikke avgjørelser *før* avgjørelsen

---

<sup>105</sup> Skullerud (2018) s. 137.

<sup>106</sup> Wachter (2017) s. 83.

<sup>107</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 27.

<sup>108</sup> Wachter (2017) s. 84.

er truffet.<sup>109</sup> Dette som følge av at det er mulig å forutse resultatet av en behandling hvor det benyttes en deterministisk modell; en modell som vil gi samme resultat, forutsatt at den blir matet lik data hver gang, med mindre modellen endres.<sup>110</sup>

Et eksempel på en deterministisk modell kan være et system benyttet til e-rekruttering, der samtlige søkere må fylle inn snittkarakter. Dersom karakteren som fylles inn er C eller lavere, vil søkeren motta et automatisert avslag. I et slikt tilfelle vil søkeren med D-snitt ved å få opplyst denne delen av systemlogikken *før* behandlingen, samtidig få en spesifikk forklaring på hvorfor han vil få et avslag, selv om behandlingen og avgjørelsen ikke har forekommet enda.

Det antas at en deterministisk modell er et unntak fra utgangspunktet, og at hovedregelen fremdeles er at det er vanskelig å gi en spesifikk forklaring av en automatisert avgjørelse *før* behandling og avgjørelsen foreligger. Dette, sammenholdt med at artikkel 15 nr. 1 (h) har lik ordlyd som artikkel 13 nr. 2 (f) og 14 nr. 2 (g), tilsier at artikkelen kun hjemler en rett til systemforklaring.<sup>111</sup> Videre er det ingen rettslige eller faktiske hindringer for at denne retten kan gjøres gjeldende *etter* behandling.<sup>112</sup>

## 4.3 GDPR Artikkel 13, 14 og 15 tolket i sammenheng med GDPR artikkel 22 nr. 3

### 4.3.1 Tidligere lovgivning – Retten til innsyn

Retten til innsyn etter artikkel 15 i GDPR er en videreføring av en tilsvarende rett i artikkel 12 i EUs direktiv om databeskyttelse av 1995.<sup>113</sup> Det er tilnærmet ingen praksis fra EU-domstolen eller nasjonale domstoler hvor rekkevidden og begrensningene til retten til innsyn ved automatiserte individuelle avgjørelser er blitt behandlet.<sup>114</sup> Unntaket er Tyskland, der et fåtalls slike saker har blitt behandlet i domstolene.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Selbst (2017) s. 240.

<sup>110</sup> Ibid ss. 239 – 240.

<sup>111</sup> Se kapittel 4.1.2.

<sup>112</sup> Mendoza (2017) s. 16.

<sup>113</sup> Korff, Douwe. New Challenges to Data Protection Study - Working Paper No. 2: Data Protection Laws in the EU: The Difficulties in Meeting the Challenges Posed by Global Social and Technical Developments. European Commission DG Justice, Freedom and Security Report, 2010. [Tilgjengelig på: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1638949](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1638949)] [Sisert 14.10.2018]

<sup>114</sup> [Mendoza (2017) s. 4] og [Wachter (2017) s. 85].

<sup>115</sup> Wachter (2017) s. 86 – 88.

I en rapport utarbeidet av Douwe Korff for EU-kommisjonen<sup>116</sup> fra 2010 som undersøkte implementeringen av 1995-direktivet, ble det gitt uttrykk for at rekkevidden og kravene stilt i forbindelse med retten til innsyn, tilsynelatende var regulert av medlemsstatene selv.<sup>117</sup> Dette resulterte i at det ikke forelå noen (internasjonal) ensartet praksis. Samtidig kunne man i samme rapport påpeke at det forelå en grunnleggende rett på forklaring av systemlogikk på tvers av medlemslandene.

Rapporten peker på at den registrerte etter tysk rett under 1995-direktivet hadde en rett på forklaring både av systemfunksjonalitet og spesifikke avgjørelser. Denne retten var inntatt i seksjon 6 (a) av *Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)*, som er et tysk personvernsregelverk. Regelen i seksjon 6 (a) var en sammenslåing av 1995-direktivets innsynsrett etter artikkel 12 og plikten til å ha egnede tiltak ved automatiserte individuelle avgjørelser etter artikkel 15. Denne retten til spesifikk forklaring i tysk rett ble inntatt frivillig som et «egnet tiltak» etter artikkel 15 i 1995-direktivet. Rettigheten supplerte den registrertes rett til å gi uttrykk for sin mening som var det eneste tiltaket nevnt eksplisitt i artikkel 15 i 1995-direktivet.<sup>118</sup>

Enkelte har i teorien gitt uttrykk for at denne sammenslåingen av artikkel 12 og 15 i 1995-direktivet tilsier at det ikke kan utledes en rett på spesifikk forklaring fra henholdsvis artikkel 13 nr. 2 (f), 14 nr. 2 (g) og 15 nr. 1 (h) tolket isolert. Undertegnede er enig i denne observasjonen, da det har formodningen mot seg at en slik sammenslåing er nødvendig når en slik rett kan utledes fra en av bestemmelsene isolert. Samtidig forsterker denne sammenslåingen inntrykket av at det kan oppstilles en rett til spesifikk forklaring ved å lese flere av bestemmelsene i GDPR i sammenheng.<sup>119</sup>

#### 4.3.2 Kan det oppstilles en rett til «spesifikk forklaring» ved å tolke GDPR artikkel 13 – 15 i sammenheng med artikkel 22 nr. 3?

Det er problematisert i teorien om forklaringsretten i artikkel 13, 14 og 15, i kombinasjon med tiltak definert i artikkel 22 nr. 3, gir en rett på spesifikk forklaring etter at en avgjørelse er truffet.<sup>120</sup> I *Google Spania*<sup>121</sup> foretok EU-domstolen en systemorientert tolkning av retten til innsyn etter DPD artikkel 12 bokstav b og retten til å motsette seg behandling etter DPD

---

<sup>116</sup> Korff (2010) s. 86.

<sup>117</sup> Ibid.

<sup>118</sup> Wachter (2017) s. 86.

<sup>119</sup> Ibid.

<sup>120</sup> Brkan (2017) s. 15.

<sup>121</sup> Sak C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) [ECLI:EU:C:2014:317].

artikkel 14 bokstav a, for å oppstille en rett på sletting etter direktivet. Det foreligger med andre ord presedens fra EU-domstolen for at det kan konstrueres bindende rettsregler med bakgrunn i systemorientert tolkning av to eller flere bestemmelser på personvernrettens område.<sup>122</sup>

Etter artikkel 13 nr. 2 (f), 14 nr. 2 (g) og 15 nr. 1 (h) har den registrerte rett til *relevant* informasjon om den underliggende logikken. Dersom en leser kravet til relevant informasjon i lys av rettighetene til den registrerte etter artikkel 22 nr. 3 – herunder retten til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen – kan dette tolkes som at informasjonen først er *relevant* når den muliggjør disse rettighetene. Etter en slik tolkning har den registrerte i visse tilfeller rett på spesifikk forklaring.<sup>123</sup> Hvorvidt en slik rett vil kunne gjøres gjeldende etter denne typen tolkning vil imidlertid bero på om det kan gis relevant informasjon av *ikke-spesifikk* karakter som muliggjør en ivaretagelse av den registrertes øvrige rettigheter etter artikkel 22 nr. 3. En slik rett til spesifikk forklaring vil ha et vekslende innhold som beror på innholdet i de underliggende rettighetene som påberopes. Eksempelvis vil en registrert som skal bestride en avgjørelse i utgangspunktet ha behov for mer informasjon enn en registrert som kun skal gi uttrykk for sitt syn.

Det er usikkert om det kan konstrueres en systemorientert regel etter artikkel 13, 14 og 15 sammenholdt med artikkel 22 nr. 3 om at den registrerte har rett på spesifikk forklaring. I motsetning til en rett til spesifikk forklaring utledet fra artikkel 22 nr. 3 har en slik regel verken støtte i fortalen eller veiledere fra A29WP.<sup>124</sup>

Det bemerkes at ordlyden i artikkel 13, 14 og 15 ikke er til hinder for at det gis en spesifikk forklaring av en automatisert avgjørelse, dersom den behandlingsansvarlige ønsker å gi en forklaring utover det de er pålagt etter forordningen.

---

<sup>122</sup> Sejersted (2011) s. 55.

<sup>123</sup> Se kapittel 3.3 for eksempler på hvilke tilfeller som typisk vil gi rett til spesifikk forklaring.

<sup>124</sup> Se kapittel 3.3.

## 5 Begrensninger i retten på forklaring av spesifikke avgjørelser og systemlogikk

### 5.1 Tekniske begrensninger

#### 5.1.1 Innledning

I dette kapittelet vil det vurderes hvorvidt maskinlæring utgjør en teknisk begrensning på retten til spesifikk forklaring og systemforklaring, og hva en eventuell begrensning innebærer for den registrertes rett til forklaring.

#### 5.1.2 Retten til forklaring av spesifikke avgjørelser og maskinlæring

Maskinlæring er en gren av kunstig intelligens, som best kan beskrives som «*et sett teknikker og verktøy som lar maskiner «tenke» ved å lage matematiske algoritmer basert på akkumulert data*». <sup>125</sup> Disse verktøyene gjør at maskinen kan utvikle nye algoritmer (beslutningsmodeller) ved at den eksponeres fortløpende for nye og ulike typer data. Slike data kan for eksempel være tidligere avgjørelser.

Et eksempel på et felt der maskinlæring vil implementeres innen et par år, er system for innvilgelse av lån i bank. Dersom en eksponerer et slikt beslutningssystem med tilstrekkelig data om hvilke individer som misligholder låneforpliktelser, går konkurs eller alltid betaler lån ved forfall, vil systemet kunne utvikle en algoritme som predikerer sannsynligheten for mislighold og/eller konkurs. En uetisk bruk av et slikt system kan da være at banken for eksempel prioriterer utstedelse av lån til de debitorerne som vil misligholde, men har god nok økonomisk evne til å ikke gå konkurs. Med en slik utlåningspraksis vil banken kunne øke inntjening ved bruk av gebyrer, samt luke ut konkurstilfellene der de går i minus. Dersom en tar denne tankegangen ett skritt lenger, kan systemet predikere hvor mye lån det bør gi for å øke sannsynligheten for slikt mislighold. Bankens systemer har i dette eksemplet «lært» av tilgjengelig data (tidligere avgjørelser), og forstått hvilke avgjørelser som gir størst økonomisk lønnsomhet for banken. <sup>126</sup>

Et annet eksempel er Skatteetatens system for å velge ut hvilke selvangivelser som bør kontrolleres for å oppdage feilrapportering. Dette systemet er et automatisert

---

<sup>125</sup> Datatilsynet (2018) s. 5.

<sup>126</sup> Det bemerkes at beslutninger om å innvilge lån er strengt regulert og at eksemplet ikke tar hensyn til dette.

beslutningsverktøy. Den endelige avgjørelsen av hvorvidt det foreligger bevisst feilrapportering, herunder skatteunndragelse, foretas av et menneske.<sup>127</sup>

Det er to aspekter ved kunstig intelligens som er særlig relevante av hensyn til personvern. Det ene er at systemet kan ta avgjørelser selv, det andre er at systemet utvikler seg ved å lære av erfaringer.<sup>128</sup> Når maskinen utvikler beslutningsregler selv, basert på tidligere praksis og avgjørelser den tar selv, kan den behandlingsansvarlige møte på utfordringer med å forklare avgjørelsen. Dette som følge av at beslutningsreglene er såpass komplekse eller såpass ulike den grunnregelen systemet startet med.

Skatteetaten uttalte i forbindelse med sin prediktive modell at:<sup>129</sup>

*«Når vi bygger modellen på denne måten, vet vi ikke nødvendigvis hva det er som gjør at en bestemt skattyter blir rangert til å ha stor risiko for feil. Rangeringen er et resultat av komplekse sammensetninger av dataene i modellen.»*

Det kan med andre ord være vanskelig å vite hvordan den automatiserte avgjørelsen er produsert der det er tatt i bruk programvare med maskinlæring. Skatteetatens prediktive modell benyttet seg av 30 variabler.<sup>130</sup> Når en har mulighet til å øke variabelantallet betraktelig, innebærer dette klart nok at det kan være utfordrende å oppfylle gjennomsiktighetsprinsippet der maskinlæring benyttes.

Dersom den registrerte har en rett til spesifikk forklaring innebærer dette at individets forklaringsrett kommer i konflikt med en behandlingsansvarliges muligheter for å benytte beslutningssystemer med maskinlæringselementer.

Det er tre ulike løsninger på hvordan denne motstridsproblematikken kan løses. En løsning er at den behandlingsansvarlige begrenser bruken av maskinlæring til automatiserte beslutningsverktøy,<sup>131</sup> slik at den endelige avgjørelsen fattes av et menneske. En annen løsning er at man foretar en ny manuell behandling i de tilfellene der den automatiserte avgjørelsen ikke lar seg forklare. En tredje løsning er at man avstår fra å benytte seg av slike systemer frem til en har en integrert funksjon i systemet eller et annet system som kan

---

<sup>127</sup> Skatteetatens analysenett, 1/2016, s.12. [Tilgjengelig på: <https://www.skatteetaten.no/globalassets/om-skatteetaten/analyse-og-rapporter/analysenytt/analysenytt2016-1.pdf>] [Rapport fra Skatteetaten] Siteret 23.09.2018.

<sup>128</sup> Ibid s. 6.

<sup>129</sup> Ibid s. 14.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> [Automatiserte beslutningsverktøy er programmer/systemer som tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse tatt av et menneske].



forklare avgjørelsen. Samtlige løsninger innebærer at en rett på spesifikk forklaring per i dag utgjør en begrensning på mulighetene til å integrere maskinlæring i automatiserte beslutningssystemer. Dette med tanke på at den behandlingsansvarlige ikke har noe rettskrav på å kunne benytte maskinlæring, mens den registrerte på den annen side har under visse omstendigheter en rett på spesifikk forklaring.<sup>132</sup>

### 5.1.3 Retten til forklaring av systemlogikk og maskinlæring

Retten til å få forklart «logikken» til et system kan være utfordrende i de tilfellene der den automatiserte avgjørelsesprosessen bygger på maskinlæring. Skatteetatens prediktive modell er basert på 30 ulike variabler og resulterer i en anbefaling som de ikke «nødvendigvis» evner å gi en forklaring på. Retten til en forklaring av «logikken» bygger på prinsippet om gjennomsiktighet.<sup>133</sup> Den pålegger den behandlingsansvarlige å oppgi relevant og forståelig informasjon om logikken som anvendes i den forbindelse, samt opplyse om konsekvensene som den aktuelle databehandlingen kan få for den registrerte. Plikten innebærer at den behandlingsansvarlige må forklare «logikken» på en måte som er forståelig for den registrerte. Dette tilsier at den registrerte skal få innsikt i hvordan avgjørelsen har blitt truffet, herunder hvilke kriterier som har blitt lagt til grunn, deres relevans og hvordan systemet trekker slutninger fra disse kriteriene.<sup>134</sup>

Dersom den registrerte kun får oppgitt at det er tatt en automatisert avgjørelse basert på 30 ulike variabler, kan det reises spørsmål om behandlingen er forståelig for den enkelte og om en slik forklaring tilfredsstiller retten til systemforklaring.<sup>135</sup> Dette som følge av at behandlingen kan fremstå som lite gjennomsiktig og åpen for den registrerte, dersom det kun oppgis et stort antall variabler. Med bakgrunn i en slik tankegang vil et system fremstå som mindre transparent, desto flere variabler som benyttes i den prediktive modellen.

I likhet med under punkt 5.1.2 vil den registrertes rett til forklaring av systemlogikk sette grenser for hvor avanserte systemer behandlingsansvarlige kan benytte – herunder systemer som lærer fortløpende gjennom avanserte algoritmer og variabler.

---

<sup>132</sup> Se kapittel 3.3.

<sup>133</sup> Se kapittel 4.1.1.

<sup>134</sup> Skullerud (2018) s. 129.

<sup>135</sup> Se kapittel 4.1.2.1 og 4.2.2.

## 5.2 Immaterielle begrensninger

### 5.2.1 Innledning

Det fremgår av fortalepunkt 63 at retten til informasjon eller innsyn etter artikkel 13 – 15 ikke bør ha en "*negativ innvirkning på andres rettigheter eller friheter, herunder forretningshemmeligheter eller immaterialretten, særlig opphavsretten som programvaren er beskyttet av*". Fortalens ordlyd gir anvisning på at retten til forklaring av systemlogikk kan begrenses av rettigheter tilhørende andre registrerte. Dette gjelder både etter GDPR og/eller andre regelverk, herunder regler om beskyttelse av forretningshemmeligheter eller andre immaterielle rettigheter tilhørende behandlingsansvarlige. Det er imidlertid presisert at disse hensynene ikke kan resultere i at den registrerte "*nektes innsyn i alle opplysninger*".<sup>136</sup> En tilsvarende begrensning angående innsynsretten var inntatt i fortalen til 1995-direktivet.<sup>137</sup>

Det er uklart hvorvidt disse begrensningene gjelder retten til spesifikk forklaring i artikkel 22 nr. 3. Dette med bakgrunn i at fortalepunkt 63 ikke er knyttet opp mot artikkel 22.<sup>138</sup>

Samtidig er fortalen ikke bindende og den inneholder følgelig ingen uttømmende oversikt over regler og unntak.<sup>139</sup> En manglende henvisning fra fortalepunkt 63 til rettighetene i artikkel 22 nr. 3 behøver dermed ikke bety at begrensningene er forbeholdt forklaringer av systemlogikk, og avgrenser mot retten til spesifikk forklaring. Særlig med tanke på at retten til spesifikk forklaring ikke kan utledes direkte fra ordlyden.<sup>140</sup>

Rettighetene i artikkel 22 nr. 3 har karakter av å være absolutte rettsikkerhetsgarantier ved behandling etter artikkel 22 nr. 2 (a) eller (c). Dette trekker i retning av at det ikke foreligger noen immaterielle begrensninger i retten til spesifikk forklaring. Det antas dermed at begrensningene om forretningshemmeligheter (behandles i punkt 5.2.2) eller immaterielle rettigheter (behandles i punkt 5.2.3) ikke utgjør en begrensning på en rett til spesifikk forklaring.

De rettslige begrensningene som kan utledes fra forordningen selv, gjelder på den annen side uavkortet (se punkt 5.3 nedenfor). Disse begrensningene er ufravikelige sett i

---

<sup>136</sup> GDPR fortalepunkt 63.

<sup>137</sup> DPA Fortalepunkt 41.

<sup>138</sup> Se Skullerud (2018) s. 161. Dette følger ikke uttrykkelig av kilden, men indirekte ved at det mangler en henvisning til fortalepunkt 63.

<sup>139</sup> Se kapittel 1.2.

<sup>140</sup> Se kapittel 3.3 og 4.1.4.

sammenheng med at det er adgang til å begrense rekkevidden til GDPR ved bestemmelser i forordningen selv.<sup>141</sup> Begrensninger som vil nevnes i punkt 5.3 innebærer følgelig en begrensning i retten til spesifikk forklaring etter artikkel 22 nr. 3.

### 5.2.2 Beskyttelse av forretningshemmeligheter

EUs nye direktiv for beskyttelse av forretningshemmeligheter<sup>142</sup> fra 2016 introduserer en ny legaldefinisjon av hvordan «forretningshemmelighet» skal defineres i medlemsstatene. Etter direktivets artikkel 2:

*«[M]å informasjonen det gjelder ikke være allment kjent innenfor den krets som vanligvis har befattning med den aktuelle typen informasjon, den må ha en kommersiell verdi fordi den er hemmelig, og det må ha vært iverksatt rimelige tiltak for å ivareta konfidensialiteten».*<sup>143</sup>

Enkelte teoretikere har argumentert med at retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter utgjør en betydelig begrensning i den registrertes rett på innsyn og systemforklaring etter artikkel 15.<sup>144</sup>

I artikkel 5(d) i direktivet om forretningshemmeligheter er det inntatt et unntak om at en kan suspendere vernet som en forretningshemmelighet nyter, dersom formålet er å beskytte en legitim interesse anerkjent av EU- eller nasjonal rett.<sup>145</sup> Retten til å få forklart en automatisert avgjørelse kan være en slik rett, ettersom GDPR har som formål å ivareta den registrertes rett på *åpen og rettferdig* behandling, jf. GDPR artikkel 5 nr. 1.<sup>146</sup> En slik regel taler mot at vernet om forretningshemmeligheter innebærer en betydelig innskrenkning på den registrertes rett på systemforklaring.

Videre vil en utlevering av en algoritme eller en programvares kode, vanskelig kunne anses å oppfylle den registrertes rett på «*relevant og forståelig informasjon om logikken som behandles i den forbindelse*» etter artikkel 12 nr. 1.<sup>147</sup> Dette underbygges av A29-gruppens

---

<sup>141</sup> Se kapittel 1.1.

<sup>142</sup> Directive EU 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure. [Direktiv om beskyttelse av forretningshemmeligheter].

<sup>143</sup> Justis- og beredskapsdepartementet. (2017) Posisjonsnotat (under vurdering i EØS/EFTA-statene) – Direktiv om beskyttelse av forretningshemmeligheter, 06.06.2017. [Tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/>] Sisert 10.10.2018.

<sup>144</sup> Wachter (2017) ss. 89 – 90.

<sup>145</sup> Brkan (2017) s. 23.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Skullerud (2018) s. 129.

veileder som sier at den registrerte skal få *generell* informasjon som er nyttig for ham eller henne dersom vedkommende ønsker å klage på avgjørelsen.<sup>148</sup>

Samlet tilsier forordningen og A29WPs veileder at retten på systemforklaring og vernet om forretningshemmeligheter – er to rettigheter som kan ivaretas parallelt – uten at vernet om forretningshemmeligheter innebærer en begrensning på en forklaring av systemlogikk.<sup>149</sup>

Dersom det likevel skulle foreligge en konflikt mellom disse rettighetene, kan ikke vernet om forretningshemmeligheter ifølge A29WP påberopes som en unnskyldning til å nekte innsyn eller gi opplysninger.<sup>150</sup> Den registrerte har uansett rett på et minimumsnivå av informasjon og kan ikke "*nektes innsyn i alle opplysninger*".<sup>151</sup> Det kan med andre ord virke som om retten til innsyn og systemforklaring har forrang over den behandlingsansvarliges rett på beskyttelse av forretningshemmeligheter.<sup>152</sup> Det er imidlertid uavklart i praksis hvor den nærmere grensdragningen går, og hvilke opplysninger den registrerte i alle tilfeller har krav på å få. En betraktning som vil være aktuell ved denne grensdragningen er at enkelte automatiserte avgjørelser vil kunne føles som et vesentlig inngrep overfor enkeltpersoner, på en måte som menneskelig behandling ikke nødvendigvis vil gjøre. Da kan det stilles spørsmål ved om ikke den behandlingsansvarlige som benytter seg av slike systemer, har et ansvar for å designe/bruke et system som kan forklares uten at forretningshemmeligheter avsløres.

Det kan tenkes at en forklaring av systemlogikk vil medføre at det avsløres informasjon som åpner system opp for misbruk eller juks. Eksempelvis at en registrert blir gjort kjent med hvordan systemet fungerer og gir uriktige personopplysninger om økonomiske forhold for å oppnå et fordelaktig resultat. Slike omstendigheter er imidlertid ikke vernet av retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter. Typiske omstendigheter som er beskyttet som «forretningshemmelighet» vil for eksempel være bankens algoritmer for vurdering av risiko ved utlån.

---

<sup>148</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 27.

<sup>149</sup> Brkan (2017) s. 23.

<sup>150</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 17.

<sup>151</sup> GDPR fortalepunkt 63.

<sup>152</sup> [Kaminski (2018) s. 8] og [Selbst (2017) s. 242].

Rettstilstanden per i dag innebærer at retten til beskyttelse av forretningshemmeligheter, kun utgjør en minimal begrensning i den registrertes rett til systemforklaring, da rettighetene langt på vei vil kunne ivaretas samtidig.

### 5.2.3 Vern av andre immaterielle rettigheter

Det er i utgangspunktet ikke adgang til å patentere algoritmer. Et dataprogram som implementerer en sammenstilling av algoritmer kan på den annen side patenteres, forutsatt at programmet innebærer en teknisk løsning av et problem.<sup>153</sup> Et slikt patent utgjør ingen begrensning i den behandlingsansvarliges plikt til å yte forklaring, ettersom et patent først og fremst beskytter mot industriell utnyttelse fra konkurrenter og ikke har noen informasjonsbegrensende funksjon.<sup>154</sup>

Etter TRIPS-avtalen<sup>155</sup> og WIPO-konvensjonen<sup>156</sup> kan en programvare oppnå vern som åndsverk, dersom det er et resultat av *original og individuelt preget åndsvirksomhet* fra skaperen, samt oppfyller kravet til *verkshøyde*.<sup>157</sup> Opphavsrettsvernet strekker seg likevel ikke lenger enn det skriftlige uttrykket for algoritmen i form av kildekoden, jf. *SAS v. World Programming*.<sup>158</sup> Algoritmer i seg selv kan med andre ord ikke nyte opphavsrettslig vern etter gjeldende rett.<sup>159</sup> Uansett vil en forklaring av en programvares underliggende logikk i utgangspunktet ikke nødvendiggjøre en utlevering av en algoritme eller programvare.<sup>160</sup>

## 5.3 Øvrige begrensninger

### 5.3.1 Begrensninger som følge av individers rettigheter etter GDPR

Registrerte har et stort antall rettigheter som kan gjøres gjeldende etter GDPR. Enkelte av disse kan derfor havne i konflikt med retten til spesifikk forklaring eller systemforklaring. Etter GDPR er behandlingsansvarlige forpliktet til å besørge konfidensialitet for

---

<sup>153</sup> Patentstyrets nettside. *Patent – Programvare og apper*. [Tilgjengelig på: <https://www.patentstyret.no/tjenester/patent/programvare-og-apper/>] Hentet 14.10.2018.

<sup>154</sup> [Holmvang, Bente, Jenny Sveen Hovda, Kristine M. Madsen, Rune Nordengen og Harald Sommerstad. *Immaterialrett i et nøtteskall*. 1. utgave, Oslo, 2014, s. 123] og [Brkan (2017) s. 22].

<sup>155</sup> Avtale om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter av 1994 [TRIPS]. Artikkel 10 (1) «[d]atamaskinprogrammer skal, enten de er i kildekode eller gjenstandskode, beskyttes som litterære verker etter Bernkonvensjonen (1971)».

<sup>156</sup> Konvensjon om opprettelse av Verdensorganisasjonen for immateriell eiendomsrett av 1996 [WIPO]. Artikkel 4 «[c]omputer programs are protected as literary works within the meaning of [...] the Berne Convention».

<sup>157</sup> Brkan (2017) s. 22.

<sup>158</sup> Sak C-406/10, SAS Institute Inc v. World Programming Ltd [ECLI:EU:C:2012:2599].

<sup>159</sup> Se Kielland, Torger. *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Bergen, 1. utgave, 2017, ss. 64 – 66. Han skriver ikke eksplisitt om spørsmålet, men dette følger av diskusjonen.

<sup>160</sup> A29WP veileder om automatiserte avgjørelser s. 27.

personopplysninger og at uvedkommende ikke får adgang til opplysningene. Det kan tenkes tilfeller der en rett på forklaring innebærer en indirekte krenkelse av denne plikten.

Der den behandlingsansvarlige er kjent med at en forklaring vil innebære en avsløring, tilsier plikten til å beskytte personopplysninger at systemforklaringen modereres. Den forklaringsøkende bør motta en fullverdig forklaring uten at dette resulterer i en avsløring av andres personopplysninger. Spørsmålet er hva som skjer der en slik avsløring er uunngåelig, som følge av at systemet er såpass simpelt og bygger på for eksempel et kriterium. Spørsmålet er vanskelig og konklusjonen er åpen. Det er mulig vi får en avklaring i fremtiden dersom spørsmålet kommer opp for EU-domstolen eller EDPB.

### 5.3.2 Begrensninger inntatt i nasjonal lovgivning

Etter GDPR artikkel 23 har medlemsstatene på nærmere vilkår adgang til å begrense rekkevidden av forpliktelsene og rettighetene fastsatt i artikkel 12 – 22, herunder retten til forklaring". Det følger imidlertid av artikkel 23 nr. 1 hvilke tiltak det kan gjøres unntak for, og at et eventuelt unntak "*overholder det vesentligste innholdet i de grunnleggende rettighetene og frihetene og er et nødvendig og forholdsmessig tiltak i et demokratisk samfunn*". Det oppstilles med andre ord et subsidiaritets- og formålskrav jf. ordlyden "*nødvendig*". I tillegg oppstilles det et proporsjonalitetskrav, jf. ordlyden "*forholdsmessig*". Samtlige krav gjelder alle unntak innført i nasjonal lovgivning med hjemmel i GDPR artikkel 23.

I den norske personopplysningsloven §§ 16 og 17 er det videreført en rekke unntak fra den tidligere personopplysningsloven.<sup>161</sup> Disse omfatter blant annet en begrensning i retten til informasjon og innsyn etter forordningens artikkel 13, 14 og 15 der det er tale om for eksempel taushetsbelagt informasjon.<sup>162</sup> Slike taushetsbelagte personopplysninger er et eksempel på hvordan retten til spesifikk forklaring og systemforklaring bør tolkes innskrenkende slik at de ikke påvirker "*andres rettigheter eller friheter*".<sup>163</sup>

Under punkt 5.2.1 ble det påpekt at risiko for misbruk ikke er tilstrekkelig til at opplysningene er underlagt beskyttelse etter direktivet om forretningshemmeligheter. I slike

---

<sup>161</sup> Wessel-Aas (2018) s. 275.

<sup>162</sup> Personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav d.

<sup>163</sup> GDPR fortalepunkt 63.

tilfeller kan det være grunnlag for å gjøre unntak fra forklaringsplikten med hjemmel i personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav b, e eller f.

Dersom et forsikringselskap har et automatisert system for å avdekke forsikringsbedrageri,<sup>164</sup> vil hemmelighold for eksempel kunne være påkrevd av hensyn til "*forebygging, etterforskning, avsløring og rettslig forfølgning av straffbare handlinger*", jf. personopplysningsloven § 16 bokstav b.

Personopplysningsloven § 16 første ledd bokstav e inneholder unntak for dokumenter utarbeidet for intern saksforberedelse, mens bokstav f inneholder et unntak for opplysninger som det er "*i strid med åpenbare og grunnleggende private eller offentlige interesser å informere om*".

Unntakene som kan inntas i nasjonal lovgivning etter artikkel 23 gjelder stort sett ivaretagelse av offentlige interesser, noe som faller utenfor avhandlingens hovedområde.<sup>165</sup> De resterende unntakene er relativt snevre i omfang og tilføyer heller ikke nevneverdig til avhandlingen. Det vil derfor ikke foretas en nærmere diskusjon av disse unntakene, foruten å påpeke at det finnes visse, snevre muligheter.

## **5.4 Avgjørelser fattet ved hjelp av automatiserte beslutningsverktøy**

Automatiserte beslutningsverktøy er programmer/systemer som tilrettelegger grunnlaget for en avgjørelse tatt av et menneske. Avgjørelser fattet ved hjelp av automatiserte beslutningsverktøy, anses kun som en *automatisert avgjørelse* etter GDPR, dersom individet som tar den endelige avgjørelsen ikke har en *reell* overprøvelsesadgang.<sup>166</sup> Dette innebærer at registrerte ikke har en rett til spesifikk forklaring eller systemforklaring, der det benyttes et automatisert beslutningsverktøy for å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse tatt av et menneske med en *reell* rolle.<sup>167</sup>

Et eksempel er innvilgelse av kreditt i bank der lånebehandleren benytter seg av et system for å beslutte om det skal innvilges lån. I slike tilfeller vil lånebehandleren ofte ha adgang til å

---

<sup>164</sup> Forsikringsbedrageri er en straffbar handling etter lov om straff (straffeloven) 20. mai 2005 nr. 28 § 375.

<sup>165</sup> Se avgrensninger i kapittel 1.4.

<sup>166</sup> Se kapittel 3.1.

<sup>167</sup> Mendoza (2017) s. 11.

overprøve systemets anbefaling, men sjelden gjøre det. Det kan derfor være uklart om behandlingen anses som en automatisert avgjørelse etter GDPR artikkel 22. Dette som følge av at det kan stilles spørsmål ved om lånebehandleren sin overprøvelsesadgang er reell, når den nærmest aldri benyttes. Et annet spørsmål kan være på hvilket tidspunkt den menneskelige involveringen anses såpass perifer, at overprøvelsesadgangen ikke er reell og behandlingen anses som en automatisert avgjørelse etter artikkel 22.

Det påpekes at den registrerte i alle tilfeller fremdeles har krav på den informasjon som er nødvendig for at vedkommende skal kunne ivareta rettighetene sine ved slik behandling, jf. GDPR artikkel 13 og 14.

Det er flere betenkeligheter ved en snever definisjon av «automatiserte avgjørelser» – herunder at avgjørelser tatt ved hjelp av automatiserte beslutningsverktøy faller utenfor. En kan her dra en parallell til bestemmelsene om habilitet i forvaltningslovens kapittel 2.<sup>168</sup> Etter forvaltningsloven § 6 første ledd er en offentlig tjenestemann inhabil til å "*tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse eller til å treffe avgjørelse*", dersom en eller flere inhabilitetsgrunner foreligger.

Alternativet «*tilrettelegge*» innebærer at også saksbehandlere som kun deltar ved saksforberedelse og ikke har noen beslutningsmyndighet vil kunne anses inhabile. I forvaltningslovens forarbeider er det henvist til en uttalelse av komiteen om dette:

*«Det er klart at tilretteleggelse av saken ofte kan øve en betydningsfull innvirkning på avgjørelsen. Allerede opplegget for det materiale som skal innhentes – eller ikke innhentes – kan i mange saker være utslagsgivende. Likedan kan den nærmere fremgangsmåte ved innsamlingen av saksmateriale ha vesentlig betydning; ikke minst rolle spiller i den forbindelse kontroll og granskning. Det forberedende arbeide vil ofte kunne ut i forslag til vedtak i saken, og i mange tilfelle vil sjefens eller det kollegiale organs avgjørelse bare være en ren formsak».*<sup>169</sup>

Overført til automatiserte beslutningsverktøy må mange av de samme hensynene kunne sies å gjøre seg gjeldende. Særlig argumentet knyttet til avgjørelsens karakter av å kunne anses som en *formsak*, er fremtredende der en benytter seg av automatiserte beslutningsverktøy.

---

<sup>168</sup> Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) 16. juni 2017 nr. 63.

<sup>169</sup> Ot.prp.nr. 38 (1964 – 1965). *Om lov om behandling av forvaltningssaker* (forvaltningsloven), s. 44.



Vi har større tillit til tilrettelegging foretatt av et automatisert system, i motsetning til et menneske.<sup>170</sup> Dersom et automatisert system kontinuerlig innfrir, vil dette kunne resultere i at det bygges opp mye tillit til systemet. Dette vil igjen kunne resultere i at avgjørelsene som fattes er identiske med systemets anbefalinger og at det er i *de facto* tale om en "automatisert avgjørelse".<sup>171</sup> Det er mulig at EU-domstolen vil foreta en avklaring i fremtiden hva gjelder virkeområdet til artikkel 22 og tilfeller der det er et menneske med overprøvelsesadgang som tar de endelige avgjørelsene. Rettstilstanden per i dag må imidlertid være at bruk av automatiserte beslutningsverktøy faller utenfor artikkel 22 sitt primære nedslagsfelt.

Hensynet til en rettferdig og åpen behandling tilsier at det bør gjelde en rett til spesifikk forklaring og systemforklaring der det brukes automatiserte beslutningsverktøy. Dersom en slik rett ikke gjelder, vil en registrert risikere å stå uten en *reell* mulighet til å utfordre den konkrete avgjørelsen. Fraværet av en forklaringsrett i slike tilfeller vil innebære en krenkelse av det grunnleggende prinsippet om gjennomsiktighet i GDPR. Datatilsynet skriver om dette i sin rapport fra 2018, der de viser til at:

*«Selv om det ikke finnes en rett til forklaring når avgjørelsen ikke er automatisert, tilsier prinsippet om gjennomsiktighet at den behandlingsansvarlige bør gi en tilsvarende forklaring som ved automatiserte avgjørelser».*<sup>172</sup>

Denne uttalelsen er imidlertid ikke begrunnet og ordlyden «bør» kan tolkes som at selv de er usikre på om det foreligger grunnlag for å oppstille en slik regel.

En slik rett til forklaring eksisterer i offentlig sektor. Det følger av forvaltningsloven som offentlig sektor er underlagt, at enkeltvedtak skal begrunnes. Etter forvaltningsloven §§ 24 og 25 skal den vedtaket gjelder få informasjon om hvilke regler og faktiske forhold vedtaket bygger på. I tillegg skal det også gis informasjon om hvilke hovedhensyn som har vært avgjørende ved utøving av forvaltningsskjønn. Det skilles med andre ord ikke mellom tilfeller der det benyttes automatiserte beslutningsverktøy og der det er tale om en automatisert avgjørelse. Plikten til å begrunne vedtaket har som hensikt å gjøre det lettere for den det

---

<sup>170</sup> Kamarinou, Dimitira, Christopher Millard og Jatinder Singh. *The age of intelligent machines*, Data Protection and Privacy, Vol. 10, ss. 89 – 112, 2017, s. 97.

<sup>171</sup> Veale (2018) s. 400.

<sup>172</sup> Datatilsynet (2018) s. 21.

gjelder å forsonse seg med utfallet, samt bedømme muligheten for omgjøring, enten ved klage eller på annen måte.<sup>173</sup>

Det foreligger ingen lovfestet klagerett i privat sektor. Man kan likevel si at hensyn som forsoning med utfallet, innsikt i om avgjørelsen er korrekt, og informasjon om mulighetene for positivt utfall ved ny behandling er relevante i privat sektor, om enn i noe mindre grad. Dette trekker i retning av at en tilsvarende rett bør foreligge der det treffes en avgjørelse ved bruk av automatiserte beslutningsverktøy.

Det er uklart om man kan strekke disse hensynene og prinsippene såpass langt at GDPRs definisjon av automatiserte avgjørelser også omfatter automatiserte beslutningsverktøy. Undertegnede er her uenig med Datatilsynet og antar at rettstilstanden er at den registrerte ikke har rett på en forklaring, der personopplysningene er behandlet ved bruk av automatiserte beslutningsverktøy der individet som tar avgjørelsen har en *reell* rolle. Etter mitt syn bør en ha større rettskildemessig forankring enn kun gjennomsiktighetsprinsippet ved en slik utvidende tolkning av ordlyden. Det foreligger følgelig et «vakuum» i GDPR og rettstilstanden innebærer et *vesentlig* innhugg i gjennomsiktighetsprinsippet. Da de fleste aktører per i dag kun benytter automatiserte beslutningsverktøy – ikke systemer som tar automatiserte avgjørelser. Dette innebærer at registrerte blir stående uten en rett til forklaring av disse avgjørelsene.

## 6 Konklusjon og avsluttende betraktninger

Funn i avhandlingen viser at GDPR inneholder en rett til forklaring. Denne retten er todelt. Den ene delen har en rettighetsbasert tilnærming, og baserer seg på de tilfellene der en forklaring er *nødvendig* av hensyn til en åpen behandling slik at den registrerte får ivaretatt sine øvrige rettigheter etter GDPR. Denne retten er omtalt som spesifikk forklaring i avhandlingen.

Den andre delen har en beskyttelsesbasert tilnærming og gjelder til enhver tid hvor det er tale om en automatisert avgjørelse.<sup>174</sup> Denne retten er omtalt som systemforklaring i avhandlingen.

---

<sup>173</sup> Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 11. utgave, 2018, s. 287.

<sup>174</sup> Se kapittel 4.1.2. og 4.2.2.

Som redegjort for i avhandlingen vil rekkevidden av retten til forklaring bero på hvilke av de to rettighetene det er tale om og hvilke omstendigheter som foreligger. Retten til systemforklaring etter artikkel 13 nr. 2 (f), 14 nr. 2 (g) og 15 nr. 1 (h), har som formål å gi registrerte et overordnet bilde av hvordan behandlingen vil foregå.<sup>175</sup> Denne retten vil kunne begrenses av både immaterielle rettigheter, GDPR og begrensninger inntatt i nasjonal lovgivning.<sup>176</sup>

Retten til spesifikk forklaring på den annen side, gjelder når den er *nødvendig* av hensyn til den registrertes rett til å utfordre avgjørelsen eller gi uttrykk for sitt syn etter artikkel 22 nr. 3. I tillegg eksisterer retten der den er *nødvendig* av hensyn til den registrertes rett på en *rettferdig* og *åpen* behandling.<sup>177</sup> Det antas at disse to tilfellene i stor grad vil være sammenfallende. Det kan dermed oppstilles en hovedregel om at retten til spesifikk forklaring gjelder så langt den er nødvendig for at den registrerte skal ha nok informasjon til å utfordre en automatisert avgjørelse eller gi uttrykk for sitt syn.<sup>178</sup> Dette forutsatt at retten ikke begrenses av andre rettigheter i GDPR eller begrensninger inntatt i nasjonal lovgivning med hjemmel i artikkel 23.<sup>179</sup>

Fortalepunkt 71 gir anvisning på en rett til spesifikk forklaring, mens ingen tilsvarende rett forelå i direktivet eller tilhørende fortale. Dette tilsier at GDPR innebærer en utvidelse og skjerpelse av den behandlingsansvarliges forklaringsplikt. Denne rettsutviklingen vil nærmere ha innvirkning på de som utformer, benytter og er på mottakersiden av automatiserte beslutningsprosesser.

I det store og hele virker det som om EU-kommisjonen har lagt inn en bakdør ved å innta en *rett til forklaring* i talepunkt 71 som tar for seg "egne tiltak". En bakdør som EU-domstolen kan benytte seg av i fremtiden, dersom det skulle være behov for å stadfeste en eksplisitt rett til forklaring ved *alle* automatiserte avgjørelser. Denne tilbakeholdenheten med å innføre en rett til forklaring i selve forordningen, kan skyldes flere forhold. GDPR inneholder flere store endringer og det kan tenkes at utelatelsen skyldes et ønske om å utvise varsomhet slik at forordningen som en helhet lar seg gjennomføre i de enkelte

---

<sup>175</sup> Se kapittel 4.1.2 og 4.2.2

<sup>176</sup> Se kapittel 5.2 og 5.3.

<sup>177</sup> Se kapittel 3.3 og 4.1.4.

<sup>178</sup> Se kapittel 3.3, 4.1.4.

<sup>179</sup> Se kapittel 5.3.

medlemsstatene.<sup>180</sup> En manglende autoritativ avklaring innebærer imidlertid redusert forutberegnelighet for behandlingsansvarlige og registrerte.

Forklaringsrettigheter gir en måte å skape åpenhet på i forholdet mellom behandlingsansvarlige og registrerte. En sentral forutsetning er imidlertid at den registrerte har initiativ og kunnskap nok til å påberope seg disse rettighetene, og at avgjørelsene lar seg forklare. Spørsmålet som aktualiseres i dette tilfellet er hvordan en skal gjennomføre en slik rett i praksis, særlig der det er tale om maskinlæringsystemer. Per i dag utgjør GDPRs rett til forklaring av spesifikke avgjørelser eller systemlogikk en reell hindring for bruk, utvikling og innovasjon av automatiserte systemer med maskinlæringselementer. En står dermed i fare for å kvele den teknologiske utviklingen på feltet, frem til man har systemer på plass som kan avhjelpe disse manglene og forklare avgjørelser.

Det er videre skissert flere mulige smutthull i avhandlingen som kan begrense en rett til forklaring av spesifikke avgjørelser eller systemlogikk. Det største er den snevre definisjonen av automatiserte avgjørelser i artikkel 22, som igjen angir hvilke avgjørelser den registrerte har rett til å få forklart. En annen er den manglende reguleringen av automatiserte beslutningsverktøy. Etter mitt syn gir GDPR på dette felt ikke tilstrekkelig vern – tatt i betraktning de formål og hensyn som forordningen søker å ivareta – herunder informasjonstilgang.

Manglende autoritativ avklaring av den behandlingsansvarliges plikt til å yte spesifikk forklaring av automatiserte avgjørelser kan ha en rekke konsekvenser. Den viktigste er at den registrerte risikerer å ikke få en forklaring på en spesifikk avgjørelse og «mister» en *reell* mulighet til å bestride avgjørelsen. Videre kan det tenkes at flere «reserverer» seg mot automatisert behandling ved å kreve menneskelig inngripen/behandling etter GDPR artikkel 22 nr. 3 når de ikke får en spesifikk forklaring. Virksomheter vil som en konsekvens påføres større utgifter som følge av at de blir tvunget til å foreta en manuell behandling. Dersom det *ikke* ytes forklaring der virksomheten er pliktig – med bakgrunn i rettsuvitenskap eller andre grunner – risikerer virksomheter tap av nødvendig tillit for fremtidig behandling av personopplysninger og sanksjoner fra Datatilsynet.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Skullerud (2018) ss. 36 – 38.

<sup>181</sup> Se kapittel 1.1.

Automatiserte beslutningssystemer og avgjørelser er noe som vil bli svært utbredt innenfor *alle* bransjer og sektorer i nærmeste fremtid.<sup>182</sup> Dersom en ikke avklarer rettstilstanden snarest mulig, risikerer man at disse konsekvensene uhindret vil kunne vokse seg større. En snarlig avklaring på den annen side vil kunne gi et bedre klima for automatisert behandling og sørge for at utviklingen foregår i riktig retning.

Hvor langt forbudet mot automatiserte avgjørelser rekker og den nærmere vurderingen av når forklaringen er nødvendig av hensyn til rettferdighet og åpenhet er usikkert. Det kan være at de neste månedene/årene med praksis vil utpensle de juridiske løsningene på enkelte av disse spørsmålene, mens andre vil stå ubesvarte på ubestemt tid.

---

<sup>182</sup> Se kapittel 1.1.

## 7 Litteraturliste

### 7.1 Lover

1967	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 16. juni 2017 nr. 63 (forvaltningsloven).
2000	Lov om behandling av personopplysninger 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven).
2005	Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven).
2018	Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 31 (personopplysningsloven).

### 7.2 Traktater og konvensjoner m.m.

WIPO-konvensjonen	Multilateral konvensjon om opprettelse av Verdensorganisasjonen for immateriell eiendomsrett 14. juli 1967 nr. 1.
TEUV	Traktat om den Europeiske Unions virkemåte 25. mars 1997.
TRIPS-traktaten	Traktat om handelsrelaterte sider ved immaterielle rettigheter 15. april 1994 nr. 16.

### 7.3 Direktiver og forordninger

*Alle kilder sitert fra lovdata.no eller eur-lex.eu.*

Regulation (EU) 2016/679	EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].
--------------------------	--

Directive (EU) 2016/943  
European Parliament and of the Council (EU)  
2016/943 of the of 8 June 2016 on the protection of  
undisclosed know-how and business  
information (trade secrets) against their unlawful  
acquisition, use and disclosure [Direktiv om  
beskyttelse av forretningshemmeligheter].

Directive 95/46/EC  
EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSDIREKTIV 95/46/EF av  
24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i  
forbindelse med behandling av personopplysninger og  
om fri utveksling av slike opplysninger  
[Personverndirektivet].

## 7.4 Forarbeider

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

Ot.prp.nr. 92 (1998-1999)  
*Om lov om behandling av personopplysninger  
(personopplysningsloven).*

Ot.prp.nr. 38 (1964-1965)  
*Om lov om behandling av forvaltningsaker  
(forvaltningsloven)*

## 7.5 Rettspraksis fra EU-domstolen

*Alle kilder sitert fra [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) eller [eur-lex.eu](http://eur-lex.eu).*

Sak C-101/01  
Bodil Lindqvist v. Sverige [ECLI:EU:C:2003:596].

Sak C-215/88  
Casa Fleischandels- GmbH v. Bundesanstalt für  
landwirtschaftliche Marktordnung  
[ECLI:EU:C:1989:331].

Sak C-131/12  
Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de  
Protección de Datos (AEPD) [ECLI:EU:C:2014:317].

## 7.6 Veiledende retningslinjer og uttalelser

A29WP veileder om  
gjennomsiktighet

Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679*, (2018).  
[Tilgjengelig på:  
[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360)] [Sisert 23.09.2018]

A29WP veileder om  
automatiserte avgjørelser

Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, (2018). [Tilgjengelig på:  
[http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item\\_type=1360](http://ec.europa.eu/newsroom/article29/news.cfm?item_type=1360)] [Sisert 23.09.2018]

## 7.7 Juridisk litteratur

### 7.7.1 Bøker

Eckhoff (2018)

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith. *Forvaltningsrett*, 11. utgave, 2018.

Fredriksen (2018)

Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*, 3. utgave, Bergen, 2018.

Holmvang (2014)

Holmvang, Bente, Jenny Sveen Hovda, Kristine M. Madsen, Rune Nordengen og Harald Sommerstad. *Immaterialrett i et nøtteskall*. 1. utgave, Oslo, 2014.

Kielland (2017)

Kielland, Torger. *Patentering av informasjonsteknologiske oppfinnelser*, Bergen, 1. utgave, 2017.



- Schartum (2016) Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave. *Personvern i informasjonssamfunnet*, 3. utgave, Oslo, 2016.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad. *EØS-RETT*, 3. utgave, Oslo, 2011.
- Skullerud (2018) Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Eng Pellerud. *Personvernforordningen (GDPR) Kommentartutgave*, Oslo, 2018.
- Wessel-Aas (2018) Wessel-Aas, Jon, Magnus Ødegaard. *Personvern – Publisering og behandling av personopplysninger*, 1. utgave, Oslo, 2018.

#### 7.7.2 Artikler

- Brkan (2017) Brkan, Maja. *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond*, 2017.
- Bygrave (2001) Bygrave, Lee A. *Automated profiling: Minding the machine: Article 15 of the EC data protection directive and automated profiling*. *Computer Law & Security Review*, Vol. 17 (No. 1), ss. 17 – 24, 2001.
- Kamarinou (2017) Kamarinou, Dimitira, Christopher Millard og Jatinder Singh. *The age of intelligent machines*, *Data Protection and Privacy*, Vol. 10, ss. 89 – 112, 2017.
- Kaminski (2018) Kaminski, Margot E. *The Right to Explanation, Explained*, U of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 18 – 24, 2018.
- Mendoza (2017) Mendoza, Isak og Lee A. Bygrave. *The Right Not to Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, *EU Internet Law: Regulation and Enforcement* (Springer),



European Commission DG Justice, Freedom and Security Report, 2010. [Tilgjengelig på: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1638949](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1638949)] [Sitert 14.10.2018]

Skatteetaten (2016) Skatteetatens analysenett, 1/2016. [Tilgjengelig på: <https://www.skatteetaten.no/globalassets/om-skatteetaten/analyse-og-rapporter/analysenytt/analysenytt2016-1.pdf>] [Sitert 23.09.2018]

### 7.8.2 Nettsider

*Alle nettsider sist kontrollert 20.10.2018.*

Store Norske Leksikon (2009) [Tilgjengelig på: <https://snl.no/>] [Sitert 10.12.2018].

Patentstyret (2016) Patentstyrets nettside. Patent - Programvare og apper. [Tilgjengelig på: <https://www.patentstyret.no/tjenester/patent/programvare-og-apper/>] [Hentet 14.10.2018].

Personvernbloggen (2017) Judin, Tobias. *GDPR art.22 – et forbud eller en rett til å si nei?* Personvernbloggen: Datatilsynets blogg om personvernspørsmål, (2017). [Tilgjengelig på: <https://www.personvernbloggen.no/2017/12/06/%E2%80%8B-gdpr-art-22-et-forbud-eller-en-rett-til-a-si-nei/>] [Sitert 14.10.18].

EDPB (2018) European Data Protection Board (EDPB). (2018) GDPR: Guidelines, Recommendations, Best Practices. [Tilgjengelig på: [https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices\\_en](https://edpb.europa.eu/our-work-tools/general-guidance/gdpr-guidelines-recommendations-best-practices_en)] [Sitert 10.10.2018]

### 7.8.3 Offentlige dokumenter

Posisjonsnotat (2017)	Justis- og beredskapsdepartementet. (2017) Posisjonsnotat – Direktiv om beskyttelse av forretningshemmeligheter, 06.06.2017. [Tilgjengelig på: <a href="https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/">https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2014/nov/forretningshemmelighetsdirektivet/id2434637/</a> ] [Sisert 10.10.2018].
Veileder om informasjon og åpenhet	Datatilsynet. Veileder: <i>Informasjon og åpenhet</i> . [Tilgjengelig på: <a href="https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/informasjon-og-apenhet/">https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/informasjon-og-apenhet/</a> ] [Sisert 23.09.2018].
Veileder om samtykke	Datatilsynet. Veileder: <i>Behandlingsgrunnlag – Samtykke</i> . [Tilgjengelig på: <a href="https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/veileder-om-behandlingsgrunnlag/samtykke/">https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/veileder-om-behandlingsgrunnlag/samtykke/</a> ] [Sisert 14.10.2018]
Veileder om internkontroll	Datatilsynet. Veileder: <i>Internkontroll og informasjonssikkerhet</i> . [Tilgjengelig på: <a href="https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/internkontroll-og-informasjonssikkerhet/?id=11074">https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/veiledere/internkontroll-og-informasjonssikkerhet/?id=11074</a> ] [Sisert 14.10.2018]
ICOs veileder om automatiserte avgjørelser	Storbritannias veileder utformet av Information Commissioner`s Office (ICO) om automatiserte individuelle avgjørelser. [Tilgjengelig på: <a href="https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/">https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/individual-rights/rights-related-to-automated-decision-making-including-profiling/</a> ] [Sisert 23.09.2018].

Sammenligningsdokument av det europeiske råd og Europaparlamentets forslag til GDPRs ordlyd (2014)

Consolidated text of the Commission and Council –  
1b. European Digital Rights. *Comparison of the Parliament and Council Text on the General Data Protection Regulation*. [Tilgjengelig på: [https://edri.org/files/EP\\_Council\\_Comparison.pdf](https://edri.org/files/EP_Council_Comparison.pdf)] [Sisert 14.10.2018].