

Sikrer kravene som stilles til den
behandlingsansvarlige ved automatiserte
avgjørelser, rettighetene til den
registrerte i tilstrekkelig grad?

*Anledningen til, og virkningen av en utvidet
adgang til å fatte automatiserte avgjørelser.*

Kandidatnummer: 292

Antall ord: 14838



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10 mai 2023

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og problemstilling	4
1.2 Rettskilder og metode	7
1.3 Avgrensninger	9
1.4 Fremstillingen videre	9
2 Artikkel 22 (1): en rettighet eller et forbud	10
2.1 Innledning	10
2.2 Bakgrunnen for uenigheten i teorien	10
2.3 Ordlyden	11
2.4 Fortalen	13
2.5 Andre kilder	14
2.5.1 Historisk regulering	14
2.5.2 Juridisk teori	15
2.5.3 Norske kilder	16
2.6 Formålsbetraktninger	17
2.7 Konklusjon.....	18
3 Automatisert behandling av personopplysninger	19
3.1 Innledning	19
3.2 Vilkåret «avgjørelse».....	20
3.2.1 Innledning.....	20
3.2.2 Utvidende tolkning	22
3.3 Vilkåret «utelukkende basert på automatisert behandling».....	24
3.3.1 Innledning.....	24
3.3.2 Utvidende tolkning	25
3.3.3 Automatiseringsverktøy og helautomatiserte avgjørelser	25
3.4 Vilkåret «rettsvirkning» eller ved «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker»	26
3.5 Profilerings	27
3.6 Omgåelse av vilkårene.....	28
3.7 Konklusjon.....	30
4 Krav ved automatiserte avgjørelser	31

4.1	Innledning	31
4.2	Behandlingens lovlighet	31
4.3	Prinsipper ved behandling av personopplysninger	32
4.4	Informasjonskravet	33
4.4.1	Innledning	33
4.4.2	Informasjonskravet ved automatiserte avgjørelser	34
4.5	Konklusjon	36
5	Verner kravene som stilles til den behandlingsansvarlige rettighetene til den registrerte tilstrekkelig?	37
5.1	Innledning	37
5.2	Tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til den registrerte	37
5.3	De nåværende krav	38
5.4	Relativ tolkning av kravene som stilles til de behandlingsansvarlige	38
5.5	De relative kravene i praksis	41
5.6	Alternativt grunnlag	42
5.7	Konklusjon	43
6	Avsluttende betraktninger	45
7	Litteraturliste	46
7.1	Norske lover og forarbeider	46
7.2	Traktater, konvensjoner, direktiver og forordninger	47
7.3	Norsk og internasjonal rettspraksis	48
7.4	Juridisk litteratur	48
7.4.1	Bøker	48
7.4.2	Artikler	50
7.4.3	EU veiledere	51
7.5	Nettsider	51

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Oppgavens overordnede problemstilling er om kravene som stilles til den behandlingsansvarlige ved automatiserte avgjørelser, tilstrekkelig sikrer rettighetene til den registrerte.¹ Avgjørende for problemstillingen, er hvorvidt artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å aktivt motsette seg automatiserte avgjørelser, eller om artikkelen utgjør et faktisk forbud for den behandlingsansvarlige til å fatte automatiserte avgjørelser.² Dersom artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, åpner det for at den behandlingsansvarlige kan benytte seg av automatiserte avgjørelser utover unntakene som følger av artikkel 22 (2). Disse to problemstillingene vil analyseres fra et deskriptivt og et normativt perspektiv i oppgaven. Hva som avgjør om den registrertes rettigheter er sikret tilstrekkelig, beror på om de bidrar til å ivareta rettighetene til den registrerte slik at faren for inngrep minker.

Oppgavens tema er automatisert behandling av personopplysninger.³ Ved søknader om kreditt, byggetillatelser og mer, legger vi alle fra oss personopplysninger hos bedrifter og offentlige organer hver eneste dag. Disse personopplysningene har et stort potensiale, både for de som gjør bruk av opplysningene, men også potensielt for den registrerte. Opplysningene kan brukes til å utforme målrettet markedsføring, hurtigere saksbehandling og en lang rekke andre potensielle goder. Innsamling og utnyttelse av personopplysninger har utvilsomt en stor verdi, og denne verdien er i dagens informasjonssamfunn økende. Ettersom verdien er stor, er også faren for urettmessig utnyttelse stor. Allerede på 1970-tallet kom det reguleringer i form av hvordan personopplysninger skal behandles og håndteres.⁴

¹ Begrepet «behandlingsansvarlig» er definert i personvernforordningens artikkel 4 (1) som «en fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighet, en institusjon eller ethvert annet organ som alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som skal benyttes».

² Begrepet «den registrerte» er definert i personvernforordningens artikkel 4 (1) som «en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»); en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres»

³ Begrepet «personopplysninger» er definert i personvernforordningens artikkel 4 (1) som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»)

⁴ Lov om personvernregistre, erstattet av personopplysningsloven i 2000, var Norges første nasjonale særlige regulering av personopplysninger.

I denne masteroppgaven vil det være begrepene behandlingsansvarlig og den registrerte, som brukes for å beskrive henholdsvis den som samler inn og benytter seg av personopplysninger, og den som faktisk får sine personopplysninger regulert.⁵

Siden slutten av 2022, når AI-verktøyet «chatGPT» ble lansert, har potensialet for automatisering og dermed mer effektiv behandling økt kraftig.⁶ Utviklingen har vært voldsom og allerede de første månedene chatGPT har vært i bruk, er det tydelig at lignende verktøy kan ha stor påvirkning på hverdagen vår i tiden fremover.⁷ Teknologien og muligheten til å skrive og begrunne blant annet offentlige vedtak og kredittsøknader er allerede tilstede, og det er lite som tyder på at utviklingen på området vil stoppe opp. Denne voldsomme utviklingen fører også med seg nye former for risiko.⁸

Den tradisjonelle behandlingen av personopplysninger reiser fortsatt viktige og uavklarte problemstillinger, hvor det eksempelvis kan vises til tolkningen av begrepet «personopplysninger» generelt i artikkel 4 (1). For denne masteroppgaven vil fokuset være på en særkategori av behandling av personopplysninger, nemlig automatisert behandling. Automatisert behandling forekommer der det menneskelige elementet er erstattet med teknologiske hjelpemidler. Automatisert behandling av personopplysninger er eksplisitt regulert i personvernforordningen som en spesiell behandlingsform. Rettsområdet personvern er i stadig utvikling, og det er mye fokus på personopplysninger i samfunnet generelt. Med henvisning til utviklingen innenfor kunstig intelligens, illustreres det at spørsmål om automatisert behandling er veldig aktuelt, men det er også et uavklart tema innenfor rettsområdet.

Dagens regulering av personvern, gjennom personvernforordningen, har som hovedhensikt å verne individers rett til privatliv.⁹ Reguleringen stiller krav til den behandlingsansvarlige ved

⁵ Begrepene benyttes i personvernforordningen, og er valgt ut både fordi de er relevante, men ikke minst for å bistå leseren i å følge oppgavens progresjon.

⁶ ChatGPT, utviklet av selskapet OpenAI, generer tekst basert på informasjon den besitter, og samhandlingen med brukeren. ChatGPT har den siste tiden vært mye omtalt i mediene, og er anerkjent som et av de fremste kunstig intelligens verktøyene som er utviklet per dags dato. Mer om ChatGPT her: <https://openai.com/blog/chatgpt>

⁷ For flere betraktninger rundt potensialet til automatiserte avgjørelser i fremtiden, se Roig (2017) s. 10.

⁸ Som eksempel på risikoen, kan det vises til at Italia i mars og april 2023 sperret innbyggeres bruk av tjenesten. Kort innføring om Italias midlertidige forbud her: <https://www.wsj.com/articles/chatgpt-ban-lifted-in-italy-after-data-privacy-concessions-d03d53e7>

⁹ Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (personopplysningsloven), fortalepunkt 1.

behandling av personopplysninger.¹⁰ Behandlingsansvarlige benytter seg, i takt med digitaliseringen av samfunnet, av stadig flere verktøy og hjelpemidler. Økt bruk av automatiserte behandlingsprosesser, medfører at den behandlingsansvarlige har mulighet til å behandle en økt mengde personopplysninger. Automatisering vil også potensielt medføre mer effektiv saksbehandling. Dette bidrar til økt effektivitet og bedre ressursutnyttelse. En annen positiv effekt ved automatisering er at det menneskelige elementet fjernes, noe som kan være med å sikre at avgjørelser fattes objektivt.¹¹

For offentlige organer, vil automatisering kunne føre til økt grad av rettssikkerhet og likebehandling. Utviklingen de senere årene ved avanserte algoritmer, samarbeid på tvers av plattformer og maskinlæring viser automatiseringens potensial. Norge har vært langt fremme hva gjelder digitalisering, spesielt når det gjelder digitalisering i offentlige organer.¹² Det er i dag mulig for behandlingsansvarlige å behandle kredittsøknader, opptak til studieplasser og reiseregninger ved bruk av personopplysninger som ligger registrert hos enten offentlige organer eller bedrifter helt eller delvis automatisert. Behandling av personopplysninger har riktignok også en negativ side, ettersom det medfører et inngrep i privatlivet til den registrerte.

En balansering av de potensielle farene og de positive sidene ved automatisert behandling vil gjennomgående være tema i oppgaven. Hensynet til den registrertes rett til privatliv, forankres klarest i EUs charter of fundamental rights artikkel 8, som formelt har rang som primærlov i EU.¹³ Artikkel 8 er direkte grunnlag for EU til å vedta og regulere nettopp den registrertes rett til privatliv i personvernforordningen. Hensynet gir også direkte utslag flere andre steder i forordningen, og et godt eksempel kan være nettopp den eksplisitte reguleringen av automatisert behandling i artikkel 22 (1). For de positive sidene ved automatisering vist til over, som effektiv og objektiv saksbehandling, kan de som en samlebetegnelse omtales som fri flyt av personopplysninger. Fri flyt av personopplysninger er en del av EUs regulering av

¹⁰ Begrepet «behandling» er definert i personvernforordningens artikkel 4 (2) som «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger, enten automatisert eller ikke» med blant annet følgende eksempler «innsamling, registrering, organisering, strukturering, lagring».

¹¹ Utviklingen av kunstig intelligens og maskinlæring åpner riktignok allerede for at subjektive trekk kan implementeres og/eller utvikles ved kunstig intelligens. Forskere fra Georgia Tech university har påvist at menneskelige trekk som diskriminering kan læres av roboter. Lenke til en kort oppsummering av studien med videre henvisninger: <https://www.research.gatech.edu/flawed-ai-makes-robots-racist-sexist>

¹² Til illustrasjon her fra regjeringens nettsider <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-fortsatt-blant-de-ledende-landene-i-europa-pa-digitalisering/id2886756/>

¹³ Arnesen m.fl. (2022) s. 53.

det europeiske indre markedet, som baserer seg på EUs fire friheter.¹⁴ Fri flyt av personopplysninger inngår som en del av det indre markedet, og i dag utveksles personopplysninger internt i EU i stor skala.

Innføringen over illustrerer automatiseringens allerede fremtredende, og voksende posisjon i dagens samfunn. En behandlingsansvarlig må forholde seg til de kravene som stilles til automatiserte avgjørelser etter personvernsforordningen, men det har i nyere tid oppstått en diskusjon i teorien om artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å aktivt motsette seg automatiserte avgjørelser, eller om artikkelen hjemler et faktisk forbud for den behandlingsansvarlige mot å foreta automatiserte avgjørelser.¹⁵ Dette har skapt en usikkerhet for i hvilken utstrekning det er adgang til å fatte automatiserte avgjørelser for den behandlingsansvarlige. Den teoretiske diskusjonen er uavklart, og vil sannsynligvis ikke bli avklart før EU-domstolen avgjør spørsmålet endelig. Det er derfor et behov for å avklare hvilke krav som stilles til den behandlingsansvarlige fra et deskriptivt perspektiv. Behovet for å vurdere om det bør stilles enda strengere krav enn det som allerede foreligger, fra et normativt perspektiv, er også tilstede ettersom faren for å krenke den grunnleggende retten til respekt for privatlivet øker ved bruk av automatiserte avgjørelser. Ettersom det nylig har skjedd svært mye innenfor automatisering og AI, er det kanskje enda viktigere for EU-domstolen å ta stilling til dette spørsmålet.

1.2 Rettskilder og metode

I oppgaven vil problemstillingene analyseres ved bruk av den rettsdogmatiske metoden. Ved bruk av rettsdogmatisk metode vil det utdypes og fremstilles hva som er gjeldende rett, ved analyse og systematisering. Hensikten er å redegjøre for og analysere rettstilstanden som gjelder for bruk av automatiserte avgjørelser for den behandlingsansvarlige.¹⁶ I punkt 5 hvor oppgavens overordnede problemstilling analyseres, vil det knyttes betraktninger til om det kan stilles krav som ikke direkte fremgår av forordningen, med et normativt preg.

¹⁴ De fire frihetene i det indre europeiske markedet er solid forankret i EU-retten, blant annet ved Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (OJ C 306, 17.12.2007); entry into force on 1 December 2009 (Lisboa-traktaten).

¹⁵ Diskusjonen er blant annet hovedtema i Tosoni (2021).

¹⁶ Nærmere om rettsdogmatisk metode i Sunde (2019), s. 394.

Anvendelse av EU-rett i norsk rett skiller seg på enkelte punkter fra det som (noe upresist) kan omtales som alminnelig norsk juridisk metode, med bakgrunn i Eckhoffs rettskildelære.¹⁷ Rettsanvendelsesprosessen ved anvendelse av EU-regler i norsk rett består av en todelt prosess hvor rettsanvenderens første steg består i å redegjøre for den EU-rettslige regelen.¹⁸ Etter at EU-regelen er redegjort for, må det tas stilling til den EU-rettslige regelens betydning i norsk rett.¹⁹ Norge har tilsluttet seg den økonomiske siden av EU ved EØS-avtalen og har tilsluttet oss GDPR ved å implementere personvernforordningen som gjeldende norsk lov.²⁰ Dermed vil EU-regelen ha direkte betydning i norsk rett.²¹ Denne oppgaven vil derfor se nærmere på innholdet i EU-regelen, og redegjøre for og søke å avklare de spørsmål som reises knyttet til artikkel 22 (1). Med andre ord er det steg to i prosessen, nemlig å avklare EU-regelens innhold, som er sentralt i oppgaven.

Som ved tolkning av alminnelig norske rettsregler, er ordlyden også en sentral rettskilde ved tolkning av EU-regler. Utover ordlyden er formålsrettet tolkning og praksis normalt vektlagt sterkt i EU-retten.²² Praksis fra EU-domstolen, vil normalt ha autoritativ vekt ved tolkning av forordninger.²³ Fra personvernforordningen, spesielt til artikkel 22 (1), foreligger det lite praksis. Ettersom det foreløpig er lite praksis, vil andre rettskilder som forordningens ordlyd, fortalen og ikke minst formålsrettet tolkning ilegges høyere vekt ved tolkning og avklaring av forordningen.

I tillegg vil blant annet artikkel29-gruppens (heretter WP29) veiledere og annen juridisk litteratur vurderes i oppgaven.²⁴ Den rettskildemessige vekten av disse kildene er i utgangspunktet liten, men særlig i lys av mangelen på rettspraksis, vil betydningen av kilder som WP29 og annen juridisk litteratur potensielt kunne øke.

¹⁷ Eckhoff (2001) s. 15 flg.

¹⁸ Sunde (2019) s. 394.

¹⁹ Ibid s. 394.

²⁰ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde 27. november 1992 nr. 109 (EØS) mv. (EØS-loven).

²¹ HR-2021-2403-A.

²² Se til illustrasjon Sak C-480/10 Kommisjonen v. Sverige.

²³ Arnesen (2022) s. 55, i samme retning Arnesen og Stenvik (2015) s. 35

²⁴ WP29 var et tidligere rådgivende EU-organ, med medlemmer fra blant annet EU-medlemsstatenes tilsynsmyndigheter. WP29 utga blant annet veiledere til personvernsspørsmål. Ved vedtagelsen av GDPR ble WP29 formelt avløst og erstattet av EDPB, European Data Protection Board. Se mer om WP29 på EUs offisielle nettside her https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_en

1.3 Avgrensninger

Personvernforordningen generelt, særlig andre og tredje ledd i artikkel 22, samt dommer fra EU-domstolen som ikke nødvendigvis har betydning for tolkningen av artikkel 22 (1) vil ha betydning ved redegjørelsen og forståelsen for artikkel 22 (1). En fullstendig redegjørelse for disse øvrige leddene og annen praksis vil kreve en omfattende redegjørelse det ikke er rom for i oppgaven. Det vil derfor avgrenses mot en nærmere redegjørelse for de øvrige leddene, utover de tilfellene der disse vil ha betydning for tolkning og forståelse av artikkel 22 (1).²⁵ Videre regulerer artikkel 22 (1) automatiserte avgjørelser og har generell anvendelse både for databehandlere og den behandlingsansvarlige.²⁶ I oppgaven vil det avgrenses mot en nærmere redegjørelse for skillet mellom databehandlere og den behandlingsansvarlige, og fokuset vil være på den behandlingsansvarlige ettersom det rettslige ansvaret vil være på den behandlingsansvarlige etter forordningens artikkel 5 (2).

Det avgrenses også mot avgjørelser og publikasjoner utgitt etter den 05.05.2023.

1.4 Fremstillingen videre

I masteroppgaven vil det forsøkes å skille tydelig mellom deskriptiv og normativ analyse. Det anses likevel hensiktsmessig å først og fremst i punkt 2 gjøre rede for og konkludere for uklarheten knyttet til om artikkel 22 (1) hjemler et forbud mot automatiserte avgjørelser, eller en rettighet for den registrerte til å motsi seg automatiserte avgjørelser. Etter at det er konkludert i punkt 2, analyseres anvendelsesområdet til artikkel 22 i punkt 3. Deretter vil kravene som stilles til den behandlingsansvarlige gjøres rede for deskriptivt i punkt 4, før det i punkt 5 analyseres om disse kravene er tilstrekkelige til å verne den registrertes rettigheter fra et normativt perspektiv. I punkt 6 vil det forsøkes å samle trådene, som en avslutning på de problemstillingene som oppgaven har søkt å besvare.

²⁵ Forordningens artikkel 22 2,3 og 4 ledd.

²⁶ Begrepet «databehandler» er definert i forordningens artikkel 4 nr. 8 som «en fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, institusjon eller ethvert annet organ som behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige».

2 Artikkel 22 (1): en rettighet eller et forbud

2.1 Innledning

I denne delen av oppgaven er hensikten å analysere og konkludere i relasjon til den potensielle tvetydigheten i artikkel 22 (1). Problemstillingen i det følgende kapittel er om artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å motsette seg automatiserte avgjørelser, eller om artikkelen hjemler et faktisk forbud mot automatiserte avgjørelser for den behandlingsansvarlige. Å avklare denne problemstillingen er avgjørende ettersom det som nevnt har vært løftet frem en uenighet i teorien rundt tolkningen av artikkelen.²⁷ I tillegg vil denne problemstillingen ha direkte betydning både for hvilke krav som stilles til den behandlingsansvarlige ved bruk av automatiserte avgjørelser, men også ved en normativ vurdering av om de kravene som stilles er tilstrekkelige.

2.2 Bakgrunnen for uenigheten i teorien

I den aktuelle ordlyden formuleres det i artikkel 22 (1) at den registrerte har en «rett til ikke å være gjenstand» for automatiserte avgjørelser. I punktet vil aktuelle rettskilder analyseres, og særlig hensynet til privatlivet til den registrerte vil måtte balanseres opp mot hensynet til fri flyt av personopplysninger.

I juridisk teori er artikkelens innhold vurdert til å ha to ulike tolkningsresultater.²⁸ Den alminnelige oppfatningen, har vært at artikkel 22 (1) hjemler et faktisk forbud mot automatiserte avgjørelser. Ved et faktisk forbud mot automatiserte avgjørelser vil den registrertes rett til privatliv ivaretas, ettersom adgangen til å utføre automatiserte avgjørelser innskrenkes. I nyere tid har artikkel 22 (1) blitt tolket i en annen retning, hvor det har blitt konkludert med at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å kunne aktivt motsi seg automatiserte avgjørelser.²⁹ Potensielt vil denne nye tolkningen medføre større

²⁷ Som nevnt i punkt 1.1 over.

²⁸ Tosoni (2021) s. 2.

²⁹ Ibid s. 17.

risiko for at den registrertes privatliv krenkes, men den vil også ha en positiv effekt ved at det åpner opp for at den behandlingsansvarlige kan gjøre bruk av automatiserte avgjørelser i større utstrekning. Økte muligheter for automatisering har som påpekt i innledningens punkt 1.1 potensielt både positive og negative sider.

Ettersom det er uenighet i teorien om artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte eller et faktisk forbud for den behandlingsansvarlige, og spørsmålet ikke er avklart av EU-domstolen, er det uklart for en behandlingsansvarlig hvordan den skal forholde seg til artikkel 22 (1). Dersom artikkelen må tolkes som et forbud mot automatiserte avgjørelser, vil behandlingsansvarlige være tvunget til å frastå fra automatiserte avgjørelser, med mindre de kan gjøre et av unntakene i artikkel 22 (2) gjeldende. Dersom det generelt åpnes for automatiserte avgjørelser, vil sannsynligvis forekomsten av automatiserte avgjørelser øke, ettersom økt automatisering generelt anses å være positivt for den behandlingsansvarlige. Behovet for å avklare problemstillingen er derfor absolutt til stede.

Ettersom de europeiske nasjonale datatilsynene gjennom European Data Protection Board (EDPB) har uttrykt sitt synspunkt om at artikkel 22 (1) må forstås som et faktisk forbud, antas det at de fleste behandlingsansvarlige også forutsetter at automatiserte avgjørelser krever grunnlag i unntakene etter artikkel 22 (2).³⁰ Dersom det utføres brudd på forordningen har det blitt etablert en praksis med svært høye bøtesatser,³¹ og de fleste behandlingsansvarlige ønsker nok ikke å påføre seg denne risikoen ved en feil tolkning av innholdet i artikkel 22.

2.3 Ordlyden

Den omtvistede formuleringen i den norske utgaven av forordningen, er at «den registrerte skal ha rett til ikke å være gjenstand for en avgjørelse». Rent språklig, ser ordlyden ut til å understreke at den registrerte innehar en rettighet. En naturlig ordlydsforståelse av rett, tilsier noe man som individ innehar, og ved nærmere anledning selv kan velge å påberope seg. Ordet «rett», eller rettighet, blir riktignok også benyttet der en naturlig følge av den ene partens

³⁰ European Data Protection Board er etterfølgeren til WP29 omtalt i punkt 1.2 og er satt sammen av representanter for de nasjonale datatilsynene i EU.

³¹ Potensielt kan bøtene komme opp i 20 millioner euro, per 04. Mai 2023. Utfyllende om bøter på EUs offisielle nettside <https://gdpr.eu/fines/>

rettigheter medfører et forbud for en annen part. Et eksempel på dette vil være sikring av barns rettigheter etter barnekonvensjonen.³²

Tolker man ordlyden isolert, vil det være forsvarlig å hevde at den kan trekke i retning av begge tolkningsresultater.³³

Leser man ordlyden i sammenheng med resten av forordningen, så kan man først se internt på artikkel 22. Dersom det legges til grunn at artikkel 22 (1) medfører et faktisk forbud, vil de resterende (2, 3 og 4) leddene i artikkelen logisk kunne forklares med at andre ledd hjemler unntak fra forbudet, og tredje ledd hjemler strengere rammer og regler for vilkårene. Et slikt logisk oppbygget resonnement bør ilegges vekt ved tolkningen av ordlyden, og dette er et godt argument i retning av at artikkel 22 (1) hjemler et faktisk forbud. Dersom det konkluderes med at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, vil det medføre at den indre logikken mellom artikkel 22 (1) og de etterfølgende leddene tildels faller bort. Ved en konklusjon om at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, er det derfor behov for at man avklarer og redegjør for den indre logikken i artikkel 22, slik at man sikrer koherens.

Dersom man tar et videre perspektiv, kan det ses hen til plasseringen av artikkel 22 i personvernforordningen. Artikkel 22 er plassert i kapittel III, om «den registrertes rettigheter». Som nevnt i punkt 2.1, kan formuleringen i artikkel 22 (1) potensielt tolkes både som et forbud og en rettighet. Det kan ikke gås nøye inn på de ulike rettighetene som nevnes i forordningens kapittel III, men for flere av disse rettighetene er det tydelig at disse er implementert som et grunnlag for at den registrerte selv aktivt skal kunne påberope seg dem. Her vises det eksempelvis til retten til retting, sletting og retten til å protestere.³⁴

Videre kan det vises til harmonisering mellom forordningen og konvensjon 108.³⁵ Etter forordningen er det som nevnt argumenter som trekker i begge retninger hva gjelder ordlyden. Etter konvensjon 108, fremgår det i konvensjonens artikkel 9 en omtrent tilsvarende ordlyd som i artikkel 22, noe som dermed ser ut til å ikke gi noe bidrag til tolkningen. I «explanatory report» til konvensjon 108, gis det derimot eksplisitt uttrykk for at det her siktes til en

³² FNs konvensjon om barnets rettigheter, New York, 20. november 1989.

³³ I samme retning Tosoni (2021) s. 8.

³⁴ Retten til sletting er regulert i personopplysningslovens artikkel 16.

³⁵ Convention 108 +, Modernised Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data, Council of Europe Committee of Ministers CM/Inf(2018)15-final 18. May 2018.

rettighet som den registrerte kan «utnytte» seg av.³⁶ Relevansen av konvensjon 108, kan illustreres ved å se til GDPRs vedtakelsesprosess. Parallelt med vedtakelsen av GDPR, ble konvensjon 108 modernisert og konvensjon 108 og GDPR påvirket hverandre gjensidig frem mot vedtakelsen av konvensjon 108 og GDPR.³⁷ Konvensjon 108 vil potensielt ilegges vekt i EU-domstolen, særlig grunnet en tanke om harmonisering mellom konvensjon 108 og forordningen, men også fordi den moderniserte konvensjonen, vedtatt kun en uke før forordningen, kan gi uttrykk og innsikt i EUs lovgivervilje.³⁸ Det bør legges vekt på harmonisering mellom forordningen og konvensjon 108, slik at landene som er forpliktet i EU potensielt ikke får motstridende regulering.³⁹

Redegjørelsen over viser at ordlyden trekker i retning av at det er tale om en rettighet for den registrerte. I retning av et faktisk forbud trekker likevel den indre logikken i artikkel 22, men de resterende momenter nevnt over veier etter mitt syn tyngre, slik at ordlyden samlet sett trekker i retning av at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte.

2.4 Fortalen

I det aktuelle fortalepunktet, er det formulert at den registrerte «bør ha rett til ikke å bli gjort til gjenstand for en avgjørelse... som fullt ut bygger på automatisert behandling».⁴⁰ Her viser fortalen til at rettigheten bør tilfalle den registrerte, som etter mitt syn kan tolkes i retning av at det er tale om en rettighet for den registrerte og ikke et generelt forbud. Senere i det samme avsnitt, formuleres det i fortalen:

«Avgjørelser som treffes på grunnlag av slik behandling (automatisert behandling), herunder profilering, bør imidlertid være tillatt når unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett som den behandlingsansvarlige er underlagt, uttrykkelig tillater dette».

Med denne formuleringen ser det ut som at det i fortalen har vært en tanke om at det skal foreligge et forbud mot automatisert behandling med mindre et unntak gjør seg gjeldende. Rent språklig er det riktignok en forskjell mellom hva som «bør være tillatt», og hva som faktisk er forbudt. Ved bruk av fortalen som rettskildefaktor bør det utvises varsomhet med

³⁶ <https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a>

³⁷ Tosoni (2021) s. 15.

³⁸ Bygrave 2020, s. 3.

³⁹ Tosoni (2021), s. 16.

⁴⁰ Personopplysningslovens fortalepunkt 71.

ordlydstolkninger. Det vil likevel være mest hensiktsmessig å tolke fortalens uttalelser i retning av at artikkel 22 (1) hjemler et forbud mot automatiserte avgjørelser.

2.5 Andre kilder

2.5.1 Historisk regulering

En rettskildefaktor som det normalt ikke legges særlig vekt på, er historisk regulering. Ettersom ordlyden i artikkel 22 (1) og fortalen ser ut til å trekke i hver sin retning angående problemstillingen, kan den historiske reguleringen bidra til å klargjøre hvilken intensjon som lå til grunn ved innførelsen av forordningen. Før personvernforordningen var det artikkel 15 i personverndirektivet (dpd) som regulerte spørsmålet om automatiserte avgjørelser.⁴¹ Den norske ordlyden i artikkel 15 dpd lød at medlemsstatene skal «innrømme enhver person rett til ikke å bli undergitt en beslutning som har rettsvirkning... som utelukkende er truffet på grunnlag av elektronisk behandling». Det er ikke rom for en dyptgående analyse av det tidligere direktivet, men det ser ut til å ha vært enighet om at direktivet var ment å hjemle en rettighet for den registrerte.⁴² I overgangsprosessen mellom personvernsforordningen og personverndirektivet, ble det også vurdert alternative formuleringer som uttrykkelig ville poengtert at artikkel 22 skulle hjemle et faktisk forbud mot automatiserte avgjørelser.⁴³

Ettersom det ikke er uttrykt direkte hverken i forordningen eller andre steder, må dette resonnementet selvsagt ilegges begrenset rettskildemessig vekt. Det må her også påpekes at det er en vesentlig forskjell mellom direktiver og forordninger i EU. Forenklet vil forordninger implementeres direkte som en del av nasjonal rett i medlemslandene, og direktiver stiller krav som nasjonale myndigheter selv må sikre overfor egne innbyggere. Denne forskjellen mellom direktiver og forordninger, kan forklare forskjeller i ordlyden mellom det tidligere personverndirektivet og dagens forordning. Dette må tas i betraktning ved vektingen av rettskilden, og samlet trekker den historiske reguleringen kun svakt i retning av at artikkel 22 hjemler en rettighet for den registrerte til å motsi automatiserte avgjørelser.

⁴¹ Directive 95/46/EC (DPD) artikkel 15.

⁴² Tosoni (2021) s. 7.

⁴³ Ibid s. 6.

2.5.2 Juridisk teori

Det er vist til flere eksempler fra juridisk teori over. Juridisk teori har begrenset vekt selvstendig, og det er viktig å poengtere at det ikke er selve den juridiske teorien som er interessant her. Det er poengene som de forskjellige forfatterne har løftet frem som er essensen. Særlig Tosoni er kritisk til WP29s tolkning/bruk av fortalen, og viser til både at fortalen ikke har bindende tolkningseffekt, og at det etter hans syn ikke er rom for å forstå fortalen slik WP29 legger til grunn.

WP29 identifiserer denne potensielle tvetydigheten i ordlyden i sin veileder, ettersom de stadfester at det ikke er tale om en rettighet for den registrerte.⁴⁴ WP29 viser til at det er tolkningsresultatet om at artikkel 22 (1) hjemler et faktisk forbud for den behandlingsansvarlige som best ivaretar den registrertes mulighet til å beholde kontrollen over sine egne personlige data.⁴⁵

Tosoni viser i sin artikkel til den samme tvetydigheten i ordlyden vist til i punkt 2.2. Tosoni konkluderer med at det er åpent i hvilken retning ordlyden trekker, og at det er mulig å bruke ordlyden som tolkningsbidrag for begge tolkningsresultatene.⁴⁶ Ordlydens betydning løftes dermed frem, uten at den ser ut til å trekke i avgjørende retning for hverken Tosoni eller WP29.

Tosoni tar i sin artikkel til orde for at nettopp dette er et viktig poeng, og at lignende type formulering nettopp medfører at det er tale om en rettighet og ikke et forbud. Tosoni fremhever ellers at den rettskildemessige vekten av fortalen bør begrenses.⁴⁷ Det bør utvises varsomhet ved ordlydstolkninger av fortalen, og som Tosoni fremhever har rettskilden begrenset vekt.

Det fremheves at WP29 etter mitt syn ser ut til både å tolke fortalens formuleringer litt snevert, og samtidig ilegger fortalen mer rettskildemessig vekt enn det egentlig er rom for. Etter mitt syn gir ikke fortalen tolkningsbidrag til å avklare problemstillingen, og det er interessant å merke seg at særlig WP29 argumenterer for at fortalen hjemler nettopp et forbud for den behandlingsansvarlige. En mulig forklaring er at WP29 i sin veileder implisitt har lagt vekt på underliggende hensyn ved sin slutning fra fortalen. Dette er isåfall ikke åpenbart, og

⁴⁴ WP29 veileder om automatisert behandling s. 19.

⁴⁵ Ibid s. 20.

⁴⁶ Tosoni (2021) s. 11.

⁴⁷ Ibid s. 10.

etter mitt syn blir det mest naturlig å konkludere med at fortalen for den aktuelle problemstillingen gir begrensede tolkningsbidrag. Som det er slått fast over, er den juridiske betydningen av juridisk litteratur begrenset, men det er ikke unormalt at EU-domstolen legger stor vekt på uttalelser i veiledere. Den rettskildemessige vekten av WP29 antas derfor å veie tyngre isolert sett enn hva som følger av Tosonis artikkel. Argumentene som løftes frem av Tosoni står seg likevel, uavhengig av vekten rettskilden juridisk teori kan ilegges isolert.

2.5.3 Norske kilder

Spørsmålet om innholdet i artikkel 22 (1) er også behandlet i norske kilder. Det understrekes her at betydningen av norske kilder ved avklaring av EU-regler har liten relevans. Likevel er det interessant å se at nettopp problemstillingen har vært løftet opp og behandlet også i Norge.

I forarbeidene til ny forvaltningslov drøftet og konkluderte utvalget på problemstillingen.⁴⁸ I utvalget var det dissens, men flertallet konkluderte med at det var tale om et faktisk forbud, og la særlig vekt på tidligere nevnte uttalelser fra WP29s veileder om automatiserte avgjørelser, og den indre sammenhengen i artikkel 22. Etter utvalgets syn ville en rettighet for den registrerte medføre at den indre logikken i artikkel 22 (1) opphører. Mindretallet fremhever at de er «usikre på om bestemmelsen er et forbud eller en rettighet».⁴⁹ Utvalget har ikke gått i dybden på kildene slik Tosoni, Bygrave og for eksempel Melles har gjort. Det må selvsagt kommenteres at den rettskildemessige betydningen av norske lovforarbeider er svært liten ved tolkning og redegjørelse for EU-rett. Det må også kommenteres at forarbeidet ikke gir bidrag utover de allerede refererte kildene til å analysere problemstillingen, ettersom det ikke settes frem noen nye argumenter. Likevel er det interessant å se at diskusjonen er løftet frem i forarbeidene, og er med på å illustrere behovet for en autoritativ avklaring fra EU-domstolen.

Det er allerede nevnt over at det norske Datatilsynet i sine veiledere også opererer med et forbudskrav. Det norske Datatilsynets vekt må selvsagt ikke overdrives, men det uttrykkes i deres veiledere en forståelse for praksis og sedvane. Dersom EDPB eksempelvis nå etter at diskusjonen er reist i teorien kommet med uttalelser om problemstillingen, ville sannsynligvis denne veilederen ha stor betydning ved EU-domstolens eventuelle avklaring.

⁴⁸ NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven) s. 262

⁴⁹ Ibid, s. 262

Ettersom uenigheten i juridisk teori er såpass klar, med to helt ulike konklusjoner, gir ikke rettskilden et sterkt tolkningsbidrag. Dersom det skal spekuleres i EU-domstolens syn på den juridiske teorien, er min oppfatning at EU-domstolen vil ilegge WP29s veiledere større vekt enn andre bidrag i teorien, ettersom dette er formelle EU-organer. Uavhengig må det understrekes at disse rettskildene isolert har svært liten vekt, men det betyr likevel ikke at argumentene som er løftet frem ikke er holdbare.

2.6 Formålsbetraktninger

Det er over redegjort for rettskildene, som ikke gir et entydig svar på problemstillingen. Det vil utifra EU-rettslig metode, derfor være naturlig å legge vekt på formålene.⁵⁰ Et av de sentrale formålene med reguleringen er å sikre individers rett til privatliv. Å gi hensynet til den registrertes privatliv fullt utslag overfor hensynet til fri flyt av personopplysninger, må ikke nødvendigvis være løsningen ettersom det også er legitimt å ivareta hensynet til fri flyt av personopplysninger. For streng regulering av den behandlingsansvarliges utnyttelse av personopplysninger, vil kunne være en faktor som holder igjen europeiske selskaper i konkurranse med selskaper som hverken trenger eller ønsker å etterleve kravene i forordningen.⁵¹ Dette hensynet må derfor balanseres mot hensynet til å ivareta rettighetene til den registrerte.

I WP29s veileder om automatiserte avgjørelser, løftes det etter mitt syn ikke frem de potensielle godene ved automatiserte avgjørelser i tilstrekkelig grad. De potensielle godene en automatisert behandling av personopplysninger kan medføre for den registrerte, som raskere saksbehandling, samt at det bidrar til å sikre objektive avgjørelser, bør også vektlegges. WP29 ser ut til å ha ønsket å sikre høyest mulig beskyttelsesnivå for den registrerte, og oversett at også fortalen anerkjenner at personvernet må balanseres mot andre hensyn. Dersom man i tillegg tar i betraktning at den registrertes rettigheter vil ivaretas godt allerede ved et skjerpet informasjonskrav ex ante, vil det etter mitt syn være rom for å vektlegge hensynet til fri flyt av personopplysninger for den behandlingsansvarlige. Så lenge den registrertes rettigheter er tilstrekkelig ivaretatt, vil økt rom for automatisert behandling skape muligheter som det vil være opp til den behandlingsansvarlige å utnytte.

⁵⁰ Arnesen m.fl. (2022) s. 54.

⁵¹ Diskusjonen rundt utlevering av opplysninger til amerikanske selskaper ble diskutert i sak C-311/18, hvor det ble besluttet at det ikke lenger er mulig å opprettholde et «privacy-shield» mellom EU og USA.

Det grunnleggende formålet med personvernforordningen er å sikre den registrertes rettigheter i et stadig mer teknologisk samfunn. Det er derimot ikke et poeng i seg selv å hindre utnyttelse av ny teknologi, snarere tvert imot. Med tanke på utviklingen innenfor automatisering og AI-generelt i samfunnet i dag, vil en løsning som åpner for en pragmatisk tolkning av artikkel 22 (1) hva gjelder den behandlingsansvarliges utnyttelse, men som samtidig er klar og tydelig når det gjelder å ivareta rettighetene til den registrerte, vil være den beste løsningen. Etter mitt syn skjer dette best ved å tolke artikkel 22 (1) som en rettighet for den registrerte, og ikke et forbud som binder hendene til den behandlingsansvarlige. Et annet argument, vil være at dette er en tolkning som bidrar til å opprettholde forordningens relevans. Ordlydsendringer i forordningen er komplisert, nettopp fordi dette er en EU-forordning. Endring av forordningen krever i praksis ny godkjenning av forordningen i sin helhet, som sannsynligvis vil være en svært tidkrevende prosess. EU-domstolens rolle ved tolkning og klarlegging er derfor avgjørende for at personvernforordningen skal kunne fungere i tråd med det grunnleggende formålet.

Etter min mening trekker derfor formålene i retning av at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å motsi seg automatiserte avgjørelser.

2.7 Konklusjon

Utover formålsbetraktningene i punkt 2.5 over, trekker særlig ordlyden i retning av at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte. Selv om juridisk teori og fortalen trekker i motsatt retning, bør ordlyden og formålsbetraktninger vektes tungt. Samlet sett blir dermed konklusjonen på problemstillingen i punkt 2 at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å aktivt motsi seg automatisert behandling. Denne konklusjonen er likevel ikke åpenbar, og som fremhevet over er det forholdsvis sterke rettskilder som trekker i motsatt retning. Det må anses å være relativt åpent hvilken konklusjon EU-domstolen eventuelt vil falle ned på i spørsmålet. EU-domstolen står også fritt til å se nærmere på de kravene som stilles dersom det faktisk tillates automatisert behandling av personopplysninger. En interessant løsning, ville vært dersom EU-domstolen vurderte om det er rom for å skjerpe rettighetene til den registrerte dersom automatisert behandling tillates. Dette vil behandles nærmere i punkt 5 under.

Den avsluttende konklusjon her i punkt 2 blir derfor at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å aktivt motsi seg automatisert behandling.

3 Automatisert behandling av personopplysninger

3.1 Innledning

For denne delen av oppgaven er hensikten å gjøre rede for vilkårene for å anvende artikkel 22 (1) i personvernforordningen. Ettersom det allerede er konkludert med at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, vil artikkelens anvendelsesområde analyseres i denne delen av oppgaven. En avklaring og analysing av artikkelens anvendelsesområde er avgjørende for å kunne vurdere kravene som stilles til den behandlingsansvarlige både deskriptivt og normativt i punkt 4 og 5.

Personvernforordningen artikkel 22 (1) lyder slik:

«Den registrerte skal ha rett til ikke å være gjenstand for en avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling, herunder profilering, som har rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende».

Ordlyden i artikkel 22 tilsier at det kan oppstilles tre vilkår for å anvende artikkelen. Det må være tale om en «avgjørelse», som «utelukkende er basert på automatisert behandling», som har «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker» den registrerte. I tillegg til de tre nevnte vilkårene, som følger av artikkel 22 (1), må «grunnvilkårene» for lovens anvendelse som fremgår av artikkel 2 (1), henholdsvis at det er tale om «behandling» av en «registrert» sine «personopplysninger, også foreligge».⁵²

Før en behandling av vilkårene, nevnes det at den indre logikken mellom vilkårene kan tilsi at vilkårene bør behandles samlet og ikke isolert. Diskusjonen er løftet frem i teorien, og underveis i redegjørelsen for vilkårene i artikkel 22 (1) vil det knyttes enkelte bemerkninger til denne diskusjonen. Den praktiske betydningen av om det er tale om et stort vilkår eller tre oppdelte vilkår, er uansett begrenset og vil ikke i seg selv være avgjørende for konklusjonen i denne masteroppgaven.

⁵² Personopplysningslovens artikkel 2.

Artikkel 22 var ment å sikre privatlivet til individer, ettersom det ble identifisert at faren for krenkelse av individers privatliv økte ved bruk av automatisert behandling. Formålet er grunnleggende i personvernsforordningen. Den eksplisitte begrensningen av automatiserte avgjørelser i form av artikkel 22, illustrerer at dette formålet har særlig betydning for artikkelen. Det fremheves også her som i innledningen, at et av de grunnleggende formålene med EU-samarbeidet, har vært å sikre fri flyt av personopplysninger. Fri flyt av personopplysninger, bidrar både til å sikre verdien opplysningene har i samfunnet i dag, men bidrar også til mulighet for videreutvikling og bruk av ny teknologi. For bedrifter og offentlige organer er som nevnt innsamling og utnyttelse av personopplysninger verdifullt. Denne verdien ivaretas best ved at den behandlingsansvarlige har fritt spillerom til å samle inn og gjøre bruk av personopplysningene. Hensynet til den registrertes rett til privatliv, ivaretas best ved streng regulering av den behandlingsansvarliges adgang til å samle inn og utnytte personopplysninger. Spenningen mellom den verdifulle utnyttelsen av personopplysninger, og ivaretagelsen av personvernet til de registrerte, vil gjennomgående i oppgaven være sentralt. Dette spenningsforholdet er tydelig, men det er likevel ikke åpenbart at man her har å gjøre med to motsetninger. Det vil derfor også være interessant å vurdere om det finnes minnelige løsninger som på en effektiv måte kan ivareta interessene til både den registrerte og den behandlingsansvarlige.

3.2 Vilkåret «avgjørelse»

3.2.1 Innledning

Artikkelens første vilkår, er at det er tale om en «avgjørelse». Uttrykket er hverken definert andre steder i forordningen eller i fortalen. Under vil det gjøres rede for vilkårets betydning og anvendelsesområde.

Rent språklig, kan man si at det må være foretatt en endelig beslutning, hvor beslutningen er tatt og det har foreligget minimum to mulige utfall. Slik sett ser ordlyden ut til å avgrense mot de tilfeller hvor det er tale om forberedende handlinger fra den behandlingsansvarliges side, noe som etter ordlyden dermed åpner for automatisering i stor utstrekning i det forberedende arbeidet. Ordlyden utelukker etter sin utforming at forberedende handlinger omfattes.

Et typisk eksempel som illustrerer vilkårets anvendelsesområde vil være der den «registrerte» sender inn en søknad om innvilgelse av kreditt. I praksis er det to endelige resultater ved søknad om kreditt. Søknaden kan innvilges eller avslås av den behandlingsansvarlige. Endelig innvilgelse eller avslag på søknaden vil nå opp til terskelen etter ordlyden. Selve innvilgelsen eller avslaget vil nok kunne anses som en «avgjørelse», og må antas å befinne seg helt i kjernen av vilkårets anvendelsesområde. Et annet eksempel vil være vedtak fattet av offentlige organer, eksempelvis byggesøknader. Både vedtak i byggesøknader og kredittsøknader er eksempler på tilfeller som illustrerer vilkårets kjernområde.⁵³

Et annet eksempel som illustrerer vilkårets anvendelsesområde, er offentlige vedtak. Offentlige vedtak inneholder ofte flere forberedende steg før et endelig vedtak fattes. Ofte benytter de offentlige organene seg av forhåndsvarsling, for eksempel der hvor den registrerte har søkt om byggesøknader. Disse har ofte lang behandlingstid, og da vil noe av byrden for den registrerte bøtes på ved et forhåndsvarsel, ettersom den registrerte da vil ha mulighet til å forutberegne vedtaket som kommer. Etter ordlyden vil dette ikke kunne anses som en «avgjørelse», ettersom det mangler en endelig beslutning for «den registrerte». Et forhåndsvarsel fra forvaltningen er ikke bindende for den behandlingsansvarlige, og det er dermed adgang til å gjøre endringer frem mot det endelige vedtaket.⁵⁴ Ved slik forhåndsvarsling, vil forvaltningen enkelt kunne omgå avgjørelsesvilkåret. Lignende eksempler har vært drøftet i juridisk teori, hvor det har vært reist spørsmål om det er rom for å tolke vilkåret «avgjørelse» utvidende.⁵⁵ Bakgrunnen for diskusjonen, har vært frykten for at behandlingsansvarlige ved å omgå vilkåret, uthuler selve formålet med bestemmelsen. Etter mitt syn er dette en svært relevant diskusjon, ettersom det for den behandlingsansvarlige vil være mulig å omgå anvendelse av artikkelen ved helt enkle grep. Enkel omgåelse for den behandlingsansvarlige, vil sterkt stride mot formålet om å ivareta rettighetene til den registrerte. Denne faren for omgåelse har av Bygrave vært diskutert i juridisk teori.⁵⁶

⁵³ Kredittseksempelet er ofte benyttet i teorien, eksempelvis i WP29 veileder om automatiserte avgjørelser s. 22

⁵⁴ Til illustrasjon kan det her vises til lov om behandlingssaker § 16.

⁵⁵ Melles (2019) avsn. 3

⁵⁶ Bygrave (2020) s. 532

3.2.2 Utvidende tolkning

Ordlyden isolert sett, ser ikke ut til å åpne for en utvidende tolkning ettersom bruken av ordet «avgjørelse» er tydelig avgrenset.

Selve formålet med å regulere automatiserte avgjørelser i personvernforordningen, har som nevnt vært å verne individers rett til privatliv. Ettersom automatiserte avgjørelser øker risikoen for brudd på privatliv, ble det ansett å være behov for å regulere spørsmålet. Bygrave har skrevet om adgangen til utvidende tolkning av begrepet i sin kommentarutgave til GDPR.⁵⁷ Etter Bygraves syn må det være rom for å tolke begrepet utvidende, slik at man unngår omgåelser fra den behandlingsansvarlige.⁵⁸ Eksempelet om forhåndsvarsling i forvaltningen brukt over, er et illustrerende eksempel. Etter Bygraves syn bør derfor den nedre grensen for vilkårets oppfyllelse flyttes til at det må ha blitt tatt et standpunkt med bindende effekt for den behandlingsansvarlige. Standpunktet må bli gjort gjeldende, eller det må være svært sannsynlig at det gjøres gjeldende for den behandlingsansvarlige.⁵⁹ Det er etter Bygraves syn lite hensiktsmessig at det avgjørende vil være hva den behandlingsansvarlige velger å omtale beslutningen som.

Selv om Bygraves definisjon ikke nødvendigvis fastsetter de helt klare rammene for vilkårets nedre anvendelsesområde, vil den etter mitt syn kunne være til veiledning i typetilfeller grunnet sin skjønnspregede utforming. Ved en eventuell avklaring fra EU-domstolen, vil det potensielt være mulig å fastsette en helt klar nedre grense for vilkårets anvendelsesområde. Det er derimot uklart om en slik klar grense er hensiktsmessig. Dersom vilkåret er klart avgrenset, og denne grensen er satt høyt, vil flere typer behandling som burde vært omfattet for å sikre den registrertes rett til privatliv ikke omfattes av vilkåret. Samtidig vil en klar grense sikre forutberegnelighet, både for den registrerte og den behandlingsansvarlige. At det er et skjønnsmessig spillerom for EU-domstolen her vil derfor kanskje være den beste løsningen, slik at det vil være mulig å gjøre enkelte tilpasninger for blant annet å sikre den registrertes rett til privatliv.

Et annet aspekt ved ordlyden er skillet mellom hva som skal anses som «behandling», og hva som vil anses som en «avgjørelse». Uttrykket «behandling» er definert i forordningens

⁵⁷ Bygrave (2020) s. 532

⁵⁸ Ibid s. 532

⁵⁹ Ibid s. 532

artikkel 4 (2).⁶⁰ Ordlyden er vidt formulert, og omfatter en lang rekke ikke-uttømmende eksempler på hva som vil omfattes som «behandling». Ettersom oppgaven ikke har til hensikt å avklare nærmere dette sentrale begrepet i forordningen, anses det tilstrekkelig å påpeke at de fleste tilfeller der personopplysninger blir benyttet anses som en «behandling» etter forordningens artikkel 4 (2). En «avgjørelse» vil som regel innebære en form for slik «behandling». Andre handlinger, som for eksempel saksforberedende handlinger, vil derimot kunne anses som «behandling» men ikke en «avgjørelse» etter artikkel 22.

Ordlyden gir ikke noe ytterligere bidrag til å avklare hvor grensen mellom behandling og avgjørelse går. Den språklige forskjellen mellom «behandling» og «avgjørelse» er likevel tydelig, og det er tatt et aktivt valg om å benytte formuleringen avgjørelse i artikkel 22 (1). At begrepet «avgjørelse» må tolkes snevrere enn «behandling» fremstår derfor tydelig, uten at den nærmere grensen mellom begrepene er avklart.

Et siste aspekt ved vilkåret «avgjørelse», er at begrepet «tiltak» benyttet i fortalen, for å forklare begrepet «avgjørelse».⁶¹ Ved første øyekast ser det noe merkelig ut at «tiltak» er nevnt. Rent språklig, må det antas at «tiltak» favner langt videre enn hva «avgjørelse» gjør. Dermed er det ikke åpenbart hvorfor ordet tiltak nevnes på denne måten i fortalen. En potensiell forklaring kan man finne ved å se til utkastet til forordningen, hvor det i den engelske utgaven ble benyttet begrepet «measure».⁶² Senere ble begrepet endret til «decision», og det er mulig at formuleringen «tiltak», som den norske versjonen av uttrykket «measure» dermed har rot i at det har vært en språklig uenighet ved utformingen av artikkelen. Dersom man bruker fortalens formulering «tiltak» for å definere «avgjørelse», er sannsynligvis behovet for å vurdere om vilkåret skal tolkes utvidende overflødig. Ettersom det her er en tydelig forskjell mellom fortalens formulering og formuleringen i forordningen, er det grunn til å nevne at EU-domstolen ikke nødvendigvis legger avgjørende betydning på fortalens formuleringer. Tar man i betraktning den tette sammenhengen mellom vilkåret «avgjørelse» og de øvrige vilkårene for å anvende artikkel 22 (1) under, ser man den indre sammenhengen mellom vilkårene for å anvende artikkel 22 (1). Dersom artikkel 22 (1) forstås som et enkelt vilkår, er det ikke et like sterkt behov for å avklare samtlige elementer av artikkel 22 (1).

⁶⁰ Begrepet «behandling» er definert i note 9 under punkt 1.1

⁶¹ Personvernforordningens fortalepunkt 71.

⁶² Tosoni (2021) s. 6.

3.3 Vilåret «utelukkende basert på automatisert behandling»

3.3.1 Innledning

Det neste vilåret for at artikkel 22 skal komme til anvendelse er at avgjørelsen er fattet «utelukkende basert på automatisert behandling». Vilåret inneholder to elementer, hvor det ene er «automatisert behandling» og det andre er «utelukkende». Når det gjelder «automatisert behandling», peker ordlyden på en prosess hvor det menneskelige element er fjernet. Et banalt eksempel vil være bruk av matematiske hjelpemidler hvor det er tale om utregning og beregning av skatt. For beregning av skatt brukes for eksempel opplysninger om adresse, som vil være «personopplysninger» etter artikkel 4 (1), og relativt enkle matematiske utregningsformler (som potensielt kan løses manuelt).

Formuleringen «utelukkende» tilsier at enhver form for menneskelig inngripen vil medføre at man er utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Tolker man ordlyden strengt, vil dette medføre at en helautomatisert prosess, for eksempel av forvaltningsvedtak, som ved et siste steg krever godkjenning fra en saksbehandler ikke omfattes av vilåret. Et annet aspekt, er at man kan argumentere for at mennesker har bidratt til utvikling og oppsett av alle teknologiske hjelpemidler vi har i dag. Slik sett kan man argumentere for at en streng forståelse av ordlyden sjelden vil oppfylle vilåret, og at det i praksis bare er ved eksempelvis avanserte former for maskinlæring det vil nås opp til terskelen i ordlyden. En streng tolkning av bestemmelsens ordlyd uthuler etter min mening bestemmelsens anvendelsesområde, og det er derfor gode grunner for å se nærmere på om det er rom for å foreta en utvidende tolkning.

WP29 legger i sin veileder til grunn at det ikke er rom for å anlegge en like streng fortolkning.⁶³ I WP29s veileder uttales det at det er den «betydningsfulle» involveringen som er ment å omfattes av ordlyden. Igjen, som for redegjørelsen over angående «avgjørelse» i punkt 3.2 blir det spørsmål om det er rom for å tolke ordlyden utvidende.

⁶³ WP29 veileder om automatiserte avgjørelser s. 21

3.3.2 Utvidende tolkning

En streng fortolkning av ordlyden vil uthule formålet og i praksis hindre anvendelse av artikkel 22 (1). At ordlyden tolkes utvidende, og man slik øker artikkelens anvendelsesområde, vil ivareta det grunnleggende formålet om å verne individers rett til privatliv. For den behandlingsansvarlige vil det være behov for å få avklart hvor langt ordlyden kan utvides. Forordningens overordnede formål, å ivareta den registrertes rett til privatliv, vil bedre ivaretas ved å gi ordlyden vid utstrekning. Dette fordi en vid utstrekning utvider vilkårets anvendelsesområde. Ved å utvide vilkårets anvendelsesområde, innsnevres mulighetene den behandlingsansvarlige har til å benytte seg av blant annet automatiseringsverktøy, som vil fremme formålet om fri flyt av personopplysninger. Den betydningsfulle involveringen WP29 legger opp til som en minsteforutsetning for at det skal være innslag av menneskelig inngripen, bidrar etter mitt syn til å nyansere samspillet mellom de motstridende hensynene.

Det er derfor interessant at hverken WP29 eller fortalen gir direkte uttrykk for dette. Uten et slikt «krav» til betydningsfull involvering, vil faren for omgåelse være overhengende. Det vil potensielt være tilstrekkelig at en saksbehandler ved å kun godkjenne eller sende det som allerede er formelt ferdige vedtak, ikke må forholde seg til reguleringen i artikkel 22 (1). Det faktum at WP29 ikke omtaler samspillet mellom formålene kan kanskje forklares med WP29s er forholdsvis kortfattede veiledere. Når det gjelder fortalen er den også generell i sin utforming og særlig automatisering er lite behandlet i fortalen. Likevel kommer samspillet mellom formålene implisitt frem, og ved å fastsette en skjønsmessig terskel som «betydningsfull» vil faren for omgåelse illustrert over kunne unngås.

3.3.3 Automatiseringsverktøy og helautomatiserte avgjørelser

Melles har i sin artikkel problematisert at ikke automatiserte beslutningsverktøy omfattes av bestemmelsen.⁶⁴ Bakgrunnen for bekymringen til Melles har paralleller til eksempelet over angående automatiserte vedtak som en saksbehandler kun involveres i ved å formelt godkjenne eller sende vedtakene.

Eksempelet om forhåndsvarsling av vedtak benyttet over i punkt 3.3.1. er benyttet i juridisk teori til å understreke et aspekt ved vilkåret «utelukkende basert på automatisert behandling» i

⁶⁴ Melles (2019) avsnitt 3

artikkel 22.⁶⁵ Bruken av automatiseringsverktøy åpner ved dagens teknologi for at den behandlingsansvarlige kan motta råd og veiledning til den potensielle «avgjørelsen».⁶⁶ Dersom den behandlingsansvarlige benytter seg av slike verktøy, er det rom for å vurdere om det menneskelige element faktisk er til stede slik blant annet WP29s veileder ser ut til å forutsette.

Etter mitt syn vil hjelpeverktøy også som hovedregel falle utenfor. Om det er et behov for å skille tydelig mellom automatiseringsverktøy og andre delvis automatiserte avgjørelser er usikkert. Det er kanskje mer hensiktsmessig å lese vilkårene, som jo er kumulative, i sammenheng. Her ser man igjen den indre sammenhengen mellom vilkårene, og nettopp denne noe kunstige oppdelingen er et argument for at det kanskje heller bør opereres med et overordnet vilkår etter artikkel 22 (1). På den andre siden vil en sammenblanding av vilkårene medføre at en artikkel som allerede er vanskelig å tolke blir enda mer komplisert å håndtere for den behandlingsansvarlige.⁶⁷

3.4 Vilåret «rettsvirkning» eller ved «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker»

Vilkåret rettsvirkning er ikke definert i forordningen. Ordlyden «rettsvirkning» tilsier at den relevante avgjørelsen må ha påvirket den registrertes rettigheter eller plikter. Alternativt er vilkåret «tilsvarende betydelig påvirkning» også inntatt i ordlyden. Om det her fra lovgivers side er ment å fremsette et vilkår, «rettsvirkning», som det eksplisitt åpnes for en utvidende tolkning av, eller om det er ment å være to alternative vilkår, er ikke åpenbart etter mitt syn. Uavhengig vil dette utelukkende være av teoretisk betydning, da rettsvirkningen vil være den samme. For å avklare anvendelsesområdet til artikkel 22 (1), er det sentrale å avklare hva som ligger i begrepet «tilsvarende måte betydelig grad påvirker», ettersom terskelen er høyere for å nå opp til begrepet «rettsvirkning».

For å kunne redegjøre for vilkårets nedre anvendelsesområde, må det først klargjøres hva som ligger i uttrykket «rettsvirkning». Et typisk eksempel på en avgjørelse som vil ha «rettsvirkning», vil være innvilgelse eller avslag på byggesøknader hos forvaltningen. Det samme gjelder innvilgelse av studieplass hos et universitet. Begge eksemplene nevnt over

⁶⁵ Melles (2019) asvnitt 3

⁶⁶ Bygrave, 2020 s. 535

⁶⁷ Jf. Spesielt diskusjonen knyttet til om artikkelen hjemler en rettighet eller et forbud i punkt 2 over.

påvirker den registrertes rettigheter i en slik grad at vilkårets nedre grense må anses å være oppfylt. Et eksempel på hva som vil anses å falle utenfor vilkårets virkeområde vil være den behandlingsansvarliges valg av markedsføring. Det bemerkes at målrettet markedsføring kan fremstå inngripende ovenfor registrerte, anses det ikke i tilstrekkelig grad å ha rettsvirkning.⁶⁸

I fortalen fremgår det at eksempelvis avslag på kredittsøknader og stillingsutlysninger vil omfattes. Det er her verdt å merke seg at fortalen kun nevner avslag, og ikke innvilgelser. At det skal være et skille mellom innvilgelse og avslag er ikke åpenbart etter ordlyden. En naturlig slutning er at det ikke er ansett problematisk for den registrerte i de tilfellene det er tale om automatiserte innvilgelser, som jo ved første øyekast ser uproblematisk ut. Ser man igjen til kreditteksempelet, vil en situasjon hvor en person får innvilget en stor mengde kreditt potensielt være økonomisk belastende.⁶⁹ Ettersom artikkelen heller ikke etter ordlyden ser ut til å oppstille et skille, og det kun er den nevnte formuleringen i fortalen som eksplisitt sikter til avslag, ser det ikke ut til å være grunn til å problematisere nærmere om også innvilgelser potensielt kan omfattes. Etter mitt syn kan det dermed legges til grunn at også innvilgelser omfattes av artikkel 22 (1).

Det konkluderes derfor med at det er rom for en utvidende tolkning sett i lys av at det etter WP29s syn også i enkelte tilfeller vil være tilstrekkelig med valg av markedsføring. Hvor grensen går konkret, og hvilke momenter som vil være med i vurderingen er vanskelig å avklare, men det kommenteres at ordlyden «rettslig virkning» gir gode holdepunkter for å fatte konkrete drøftelser.

3.5 Profilerings

Et sentralt punkt i ordlyden til artikkel 22 (1) er uttrykket «herunder profilering». Uttrykket «profilering» er definert i forordningens artikkel 4 slik:

«Enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner,

⁶⁸ WP29 veileder om automatiserte avgjørelser s. 22

⁶⁹ Til illustrasjon kan man se til HR-2020-2021-A hvor farene ved innvilgelse av uønsket kreditt vises til av Høyesterett.

økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser.»

Ordlyden viser at det er de tilfellene personopplysninger blir brukt for å «analysere eller forutsi» blant annet en persons «økonomiske situasjon». Profilerings er også nevnt ved flere andre punkter i forordningen, som i artikkel 13, 21, 35 og 70, hvor det blir tydelig at profilering er en særegen automatisert behandlingsform, men som kan være både hel- og delvis automatisert. Artikkel 22 (1) regulerer som nevnt i punkt 3.3 kun de «utelukkende» automatiserte avgjørelsene. I tillegg regulerer også artikkel 22 (1) kun de tilfellene hvor det er tale om en «avgjørelse» med «rettsvirkning». Profilerings er typisk brukt i markedsføringssammenheng, da det er et effektivt verktøy for den behandlingsansvarlige. Ved bruk av profilering, kan den behandlingsansvarlige potensielt nå opp til terskelen for anvendelse av artikkel 22 (1).⁷⁰ En dypere analyse av forskjellene mellom profilering og automatiserte avgjørelser er det ikke rom for i denne masteroppgaven.

3.6 Omgåelse av vilkårene

Som det har vært nevnt over, er faren for omgåelse av vilkårene i artikkel 22 (1) en av grunnene for at det er aktuelt å tolke vilkårene utvidende.⁷¹ Artikkel 22 (1) inneholder i utgangspunktet ganske tydelig avgrensede vilkår. Redegjørelsen for vilkårene over, har til felles at det åpnes for en noe utvidende tolkning av vilkårene. Med tanke på at anvendelsen av artikkelen medfører strengere regler for den behandlingsansvarlige, så er det alminnelig å anta at artikkelens anvendelsesområde blir avgjørende for om rettighetene til den registrerte faktisk ivaretas. For klart avgrensede vilkår, vil medføre at domstolene ikke har det nødvendige spillerommet til å foreta skjønnsmessige vurderinger i enkeltsaker. Som poengtert i punkt 1.1 er rettsområdet personvern i stadig utvikling, og for de nasjonale myndighetene og andre som påvirkes av reguleringen er mange spørsmål uavklart. Det er derfor et behov for at domstolen skal ha mulighet til å anvende regelen skjønnsmessig i enkelttilfeller. Rettsvirkningen av at vilkårene i artikkel 22 omgås, medfører at behandlingen kun må overholde de generelle kravene til behandling av personopplysninger.

⁷⁰ Bygrave (2020) s. 533

⁷¹ Ibid s. 532

Et eksempel på farene ved omgåelse finner vi i International Baccalaurete organization (IBO) saken.⁷² Saken gjaldt endring av karakterer for elever ved videregående linjen IB. Som for resten av landets elever ved videregående skoler, ble eksamen våren 2020 avlyst grunnet Covid-19. Grunnet avlysningen, ble snittet for avgangselevne høyere enn vanlig, ettersom en stor andel går ned i karakter ved skriftlig eksamen på videregående.⁷³ Av denne grunn valgte IBO å benytte seg av historiske data fra tidligere elevers prestasjoner på eksamen, og brukte historiske resultater som grunnlag for å justere elevenes vitnemål.⁷⁴

Ved første øyekast, ser behandlingen til IBO utsatte elevene sine for i 2020 ut til å være lite rettfærdig. De aktuelle avgangselevne har naturligvis ikke hatt noen mulighet til å påvirke resultatene til de tidligere elevene, og det er ingen garanti for at de faktisk ville gått ned i karakter ved en skriftlig eksamen. På den andre siden, valgte IBO å tilpasse resultatene for å sikre ivaretagelsen av integriteten til sin egen videregående linje. Det er rom for at bedrifter tar valg og gjør tilpasninger med bakgrunn i sin forretningsmodell. I utgangspunktet er det legitimt at en bedrift stiller andre krav til sine elever og ansatte for å sikre bedriftens integritet og troverdighet. En slik tanke om å ivareta hensynene til en privat bedrift, kan ikke uten videre gå foran den registrertes rettigheter. I saken ble det etter Datatilsynets oppfatning ikke benyttet automatiserte avgjørelser, men eksempelet illustrerer at dagens teknologi åpner for at historiske data effektivt kan brukes til å påvirke den registrertes rettigheter. Dersom det er enkelt for den behandlingsansvarlige å omgå vilkårene for anvendelse i artikkel 22 (1), vil dette kunne medføre økt risiko for urettmessige inngrep i den registrertes rettigheter.

Det er naturlig at behandlingsansvarlige antar at det er forbud mot automatiserte avgjørelser, grunnet de europeiske datatilsynenes felles uttalelser ved WP29. Det er rom for å spørre seg om en slik rettstilstand, hvor det er forbudt å fatte automatiserte avgjørelser, enkelt omgås av den behandlingsansvarlige. Fra et slikt perspektiv gjøres det potensielt alvorlige inngrep i den registrertes privatliv uten at det stilles tilstrekkelige krav til den behandlingsansvarlige. Etter mitt syn vil den registrerte være bedre vernet for slik omgåelse, dersom anvendelsesvilkårene

⁷² Kort oppsummering av IBO-saken fra Datatilsynets nettsider:

<https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2020/varsler-vedtak-om-at-ib-karakterene-ma-rettes/>

⁷³ Utdanningsdirektoratets statistikk viser at 47% går ned i karakter på skriftlig eksamen (i forhold til standpunkt-karakter) se mer på: <https://www.udir.no/tall-og-forskning/statistikk/statistikk-videregaende-skole/analyser/karakterforskjeller-mellom-standpunkt-og-eksamen-i-videregaende/>

⁷⁴ IBO operer med en annen karakterskala enn resten av Norge, hvor karakterene går fra 1-7. Kort om IBO-karakterskalaens betydning ved samordna opptak:

<https://www.samordnaopptak.no/info/utenlandsk-utdanning/ib/poengberegning/>

i artikkel 22 tolkes utvidende. Ettersom det er konkludert med at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å aktivt motsette seg automatiserte avgjørelser i punkt 2.6 over, vil en utvidende tolkning av anvendelsesområde til artikkel 22 bidra til å sikre at rettighetene til den registrerte ivaretas på best mulig måte.

Ettersom det er lagt til grunn at samtlige vilkår er oppfylt, er det uten betydning for den videre redegjørelsen om vilkårene i artikkel 22 (1) skal tolkes som et samlet vilkår, eller deles opp i tre. Det er vist til enkelte gode argumenter for hvorfor det bør opereres med et samlet vilkår, særlig fordi vilkårene til en viss grad glir over i hverandre. Gevinsten denne samlede forståelsen av vilkårene gir, vil etter mitt syn ikke veie opp for den ytterligere kompliseringen dette vil medføre, og etter mitt syn bør det fortsatt opereres med tre kumulative vilkår for å anvende artikkel 22 (1).

3.7 Konklusjon

Som poengtert under behandlingen av vilkårene i punkt 3.2, 3.3 og 3.4, er spørsmålet om det er rom for en utvidende tolkning av vilkårene for å gi artikkelen et videre anvendelsesområde. På bakgrunn av redegjørelsen over er det rom for å tolke de tre vilkårene utvidende. Det er også et indre samspill mellom vilkårene, og rent metodisk kan det stilles spørsmål ved om man skal operere med tre adskilte vilkår (slik undertegnede her gjør, og som er alminnelig antatt), eller om man skal tolke artikkel 22 (1) som et vilkår som må være oppfylt. I det følgende vil begrepet automatiserte avgjørelser benyttes, for å illustrere at de tre vilkårene gjort rede for i punkt 3.2, 3.3 og 3.4, samt forutsetningene nevnt i punkt 3.1 er oppfylt. Med dette er vilkårets anvendelsesområde gjort rede for. For behandling av personopplysninger som når opp til terskelen for å anses som automatiserte avgjørelser etter redegjørelsen over, er den foreløpige konklusjonen at den registrerte har en rett til å aktivt motsi seg slik behandling.

I den videre delen av oppgaven i punkt 4 og punkt 5, vil kravene som stilles til den behandlingsansvarlige, nettopp når det gjøres bruk av automatiserte avgjørelser, analyseres.

4 Krav ved automatiserte avgjørelser

4.1 Innledning

I denne delen av oppgaven er hensikten å redegjøre for de krav som stilles til den behandlingsansvarlige når det benyttes automatiserte avgjørelser. Som det er lagt til grunn i punkt 3.6 over, er det her forutsatt at vilkårene for anvendelse av artikkel 22 (1) er oppfylt. Det neste steget i prosessen er nå å redegjøre for hvilke krav den behandlingsansvarlige må forholde seg til ved bruk av automatiserte avgjørelser. For den behandlingsansvarlige er det viktig at disse kravene gjøres rede for og konkretiseres. Dersom kravene ikke overholdes, kan den behandlingsansvarlige straffes forholdsvis hardt av de nasjonale datatilsynene.⁷⁵ Med tanke på den potensielle risikoen bøter innebærer, er det mulig å se for seg denne risikoen overstiger gevinsten ved å benytte seg av automatiserte avgjørelser for den behandlingsansvarlige. Behovet for at den behandlingsansvarlige er bevisst over hvilke krav som stilles er derfor til stede.

De generelle kravene til behandling av personopplysninger hjemles i forordningens artikkel 5 og 6. Forenklet kan man si at behandling av personopplysninger må ha et lovlig grunnlag etter artikkel 6, og denne behandlingen må være i tråd med prinsippene som hjemles i artikkel 5. I tillegg til disse generelle kravene til behandling av personopplysninger, må også informasjonskravet overholdes.⁷⁶ Som vi skal se under i punkt 4.4 er dette informasjonskravet særlig strengt der det gjøres bruk av automatiserte avgjørelser.

4.2 Behandlingens lovlighet

Behandlingens lovlighet reguleres i artikkel 6, hvor det formuleres at behandling «bare er lovlig» dersom et av bestemmelsens vilkår er oppfylt. Bestemmelsen setter opp behandlingsgrunnlag for de ordinære personopplysninger i bokstav a-f.⁷⁷ Den

⁷⁵ Slik for eksempel Datatilsynet i Norge ga til Stortinget i forbindelse med brudd på datasikkerheten. Se mer på Datatilsynets nettsider: <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/lover-og-regler/avgjorelser-fra-datatilsynet/2022/overtredelsesgebyr-til-stortinget/>

⁷⁶ Informasjonskravet hjemles i forordningens artikkel 12-14.

⁷⁷ Oppgaven avgrensar som nevnt i punkt 1.3 mot spesielle kategorier av personopplysninger. Det er likevel viktig å understreke at det her er tale om de ordinære kategoriene av personopplysninger, ettersom behandling av de spesielle personopplysningene krever et eget behandlingsgrunnlag etter artikkel 9.

behandlingsansvarlige må kunne påvise at minst ett av behandlingsgrunnlagene er oppfylt, og det er et generelt krav at den behandlingsansvarlige henviser til hvilket behandlingsgrunnlag de har benyttet ved behandlingen av personopplysningene.⁷⁸

De lovlige behandlingsgrunnlagene er der den behandlingsansvarlige har innhentet samtykke, der behandlingen er nødvendig for å oppfylle en avtale, en rettslig forpliktelse, for å verne vitale interesser, i allmenhetens interesse eller for å ivareta berettigede interesser.⁷⁹ Minst et av de følgende må være påvist for at den behandlingsansvarlige lovlig skal kunne behandle personopplysninger.

4.3 Prinsipper ved behandling av personopplysninger

Videre må behandlingen være i tråd med prinsippene for behandling, som hjemles i artikkel 5. Prinsippene gjelder generelt i forordningen, og det er etter artikkel 5 (2) opp til den behandlingsansvarlige å kunne «påvise» at prinsippene er overholdt. For denne oppgaven er det valgt å avgrense mot de øvrige prinsippene som ikke fremkommer i artikkel 5 (1) a. Etter ordlyden i artikkel 5 (1) a, skal personopplysninger behandles «lovlig, rettferdig og (på en) åpen måte». Rent språklig viser uttrykket «lovlig» til at behandlingen må være tillatt, typisk ved en lovbestemmelse. Det vises her til den indre sammenhengen mellom artikkel 5 og artikkel 6. At behandlingen skal være lovlig, tilsier at den må oppfylle et av vilkårene i artikkel 6 for lovlig behandling. Ulovlig behandling av personopplysninger vil naturligvis ikke være i tråd med prinsippene i personopplysningsloven.

En naturlig forståelse av begrepet «rettferdighet» sikter til hvordan den behandlingens ansvarlige behandler den registrerte. Begrepet «rettferdighet» er utpreget skjønnsmessig, og prinsippets betydning vil dermed etter ordlyden variere utifra kategorien personopplysninger, behandlingsformen og den registrertes egne forhold. Fra ordlyden kan man likevel slutte at det ikke er rom for ubegrunnet forskjellsbehandling eller overdreven utnyttelse av enkelte opplysninger. Eksempelvis kan ikke en bank benytte seg av en offentlig persons kredittopplysninger i en markedsføringskontekst, bare fordi det vil medføre en økonomisk gevinst for banken.

⁷⁸ Henvisningskravet hjemles i personopplysningslovens artikkel 13 bokstav c.

⁷⁹ Behandlingsgrunnlagene hjemles i forordningens artikkel 6 (1).

Videre hjemles prinsippet om «åpenhet». Ordlyden sikter her til koblingen mellom den registrerte og den behandlingsansvarlige, hvor den behandlingsansvarlige skal tilrettelegge for informasjon om hvordan opplysningene behandles. Det ligger sannsynligvis mer i prinsippet enn bare muligheten for å få utlevert egne personopplysninger ved begjæring. Sett i sammenheng med prinsippet om rettferdighet er det nok i enkelte tilfeller grunnlag for at den behandlingsansvarlige bør utlevere og dele informasjonen direkte.⁸⁰

Behandling av alle personopplysninger må være i tråd med prinsippene nevnt over. Behandling i tråd med prinsippene som fremgår av artikkel 5 og som er lovlig etter artikkel 6 er dermed akseptert etter de forholdsvis strenge krav som stilles i personopplysningsloven. Dette er krav som stilles til behandlingen, uavhengig av hva slags personopplysninger som behandles. Et tydelig eksempel på personopplysninger som står i en særstilling i personopplysningsloven, er opplysninger som handler om barn, jf. forordningens artikkel 9.⁸¹ For behandling av disse opplysningene stilles det strengere krav enn hva som er tilfellet for behandling av «alminnelige» personopplysninger. Automatiserte avgjørelser er en annen slik særegen form for behandling i personvernforordningen. I redegjørelsen under vil det være særlig interessant å se nærmere på de kravene som gjelder spesifikt for automatisert behandling.

4.4 Informasjonskravet

4.4.1 Innledning

Over er det gjort rede for de kravene som stilles til behandling av personopplysninger generelt. I tillegg til kravene nevnt over, må også behandlingsansvarlige forholde seg til informasjonskravet som hjemles i artikkel 12-14. Under vil informasjonskravet generelt gjøres rede for, med spesielt fokus på informasjonskravet knyttet til automatiserte avgjørelser.

Etter artikkel 12 skal den behandlingsansvarlige «fremlegge tiltak» nevnt i artikkel 13 og 14 for den registrerte, på en «kortfattet, åpen, forståelig og lett tilgjengelig måte og på et klart og enkelt språk» Ordlyden viser her til at den behandlingsansvarlige må dele tiltakene hjemlet i

⁸⁰ Punkt om utlevering av egne personopplysninger.

⁸¹ Personopplysningslovens artikkel 9.

artikkel 13 og 14 med den registrerte, på en slik måte at den registrerte kan gjøre seg kjent med og forstå innholdet. Artikkel 13 oppstiller generelle informasjonskrav der det er samlet inn personopplysninger fra den registrerte.⁸² Informasjonen skal etter artikkel 13 (1) «gis» til den registrerte. Hvilken informasjon som skal gis følger av bokstav a-f. Det fremheves på dette punkt at artikkelen krever at den registrerte mottar informasjon om «identiteten og kontaktopplysningene til den behandlingsansvarlige» etter bokstav a, samt informasjon om «formålet» og «behandlingsgrunnlaget», etter artikkel 13 (1) bokstav c.⁸³ En naturlig forståelse av begrepet «gis» tar bare sikte på en utdeling av informasjonen, og det stilles slik sett ikke strenge krav til informasjonsutdelingen for den behandlingsansvarlige generelt sett.

En grunnleggende tanke ved informasjonskravet, er et ønske om åpenhet. Åpenhet fjerner i varierende grad betenkeligheten ved innsamling og utnyttelse av personopplysninger. Åpenhet bidrar også til at den registrerte i bedre grad kan ivareta egne rettigheter.

4.4.2 Informasjonskravet ved automatiserte avgjørelser

Etter artikkel 13 (2) bokstav f skal det også gis informasjon om:

«forekomsten av automatiserte avgjørelser, og i det minste... relevant informasjon om den underliggende logikken samt om betydningen og de forventede konsekvensene av... behandling for den registrerte»

Ordlyden sikter her både til at den registrerte må informeres om at automatiserte avgjørelser vil forekomme, i tillegg til at det oppstilles noen ytterligere minstekrav til denne informasjonen, i form av nødvendig informasjon om behandlingsmetoden, og hvilken betydning den automatiserte avgjørelsen vil ha for den registrerte.

Artikkel 13 (2) inneholder også som nevnt krav til «relevant informasjon om den underliggende logikken». Etter ordlyden kreves det at det utgis informasjon som den registrerte fornuftig kan gjøre bruk av om algoritmene og de tekniske løsningene som benyttes. For den registrerte vil en problemstilling ved informasjon om forekomsten av automatiserte avgjørelser være at det er vanskelig å forstå de tekniske prosessene. En omfattende og teknisk forklaring av behandlingsprosessen vil gjøre informasjonen utilgjengelig for den registrerte. Algoritmer og maskinlæringen som internasjonale teknologi selskaper benytter seg av vil det som regel ikke være mulig å sette seg inn i for den

⁸² Artikkel 14 regulerer samme rettighet, for de tilfellene det ikke benyttes personopplysninger i behandlingen.

⁸³ Det skal også gis informasjon om personvernombud, evt. berettigede interesser, mottagere av opplysningene, og overføring av opplysningene etter bokstav b, d, e og f.

registrerte. Valget av ordlyden i forordningen har dermed sørget for at den behandlingsansvarlige må tilpasse informasjonen som sendes ut om prosessene. Dette er etter mitt syn et utslag av at det ved utarbeidelsen av forordningen både er tatt hensyn til den registrertes rett til privatliv, og hensynet til fri flyt av personopplysninger for den behandlingsansvarlige, og et godt eksempel på at hensynene balanseres mot hverandre.

Nøyaktig hvor strengt kravet om «relevant» informasjon skal forstås, gir ikke ordlyden noen videre indikasjon om. Fortalen gir heller ingen eksplisitt informasjon om akkurat dette punktet.

Forordningens artikkel 12, som generelt setter rammer for hvordan informasjonen skal gis til den registrerte, gir heller ikke veiledning for å avklare hva som er «relevant informasjon». I WP29s veileder om transparens, som i likhet med veilederen om automatiserte avgjørelser er tilsluttet av EDPB, henvises det videre til retningslinjene som gjelder for automatiserte avgjørelser etter artikkel 22 (3).⁸⁴ I artikkel 22 (3) oppstilles det blant annet krav om at den registrerte skal kunne bestride avgjørelsen.

Rettskildene gir ikke et åpenbart inntrykk av hvordan informasjonskravet skal forstås. Det må derfor ses hen til formålsbetraktninger for å utrede vilkåret nærmere.

Hva som er å anse som «relevant» informasjon, vil være informasjon som setter den registrerte i stand til å forstå konsekvensene og gir et overordnet blikk på behandlingen. Et godt eksempel på hvilken informasjon som det vil være relevant for den registrerte å motta, finnes i IBO-saken nevnt i punkt 2.5 Informasjon til elevene om selve algoritmebruken, eller det matematiske grunnlaget som lå bak avgjørelsen vil sannsynligvis være av begrenset interesse. Det som derimot mange elever sannsynligvis ville stuset ved, ville vært om de ble informert om at deres karakterer ble påvirket av tidligere elevs eksamensresultater. For et slikt typetilfelle, vil det være enkelt for den behandlingsansvarlige å oversende informasjonen, da det i saken kun er brukt en avgrenset mengde historiske data. Når det gjelder betydningen og konsekvensene, vil ordlyden her sikte til hvilken følge den automatiserte avgjørelsen får. Ved kredittsøknader, vil for eksempel følgene være at kreditt enten blir innvilget eller avslått. Innfortolker man også kravene som stilles etter art 22 (3), ser man at den registrerte også må få informasjon og anledning til å påklage avgjørelsen.

Et punkt som har utløst diskusjon i juridisk teori relatert til informasjonskravet i artikkel 13 (2) er på hvilket tidspunkt den registrerte har rett til å motta informasjonen.⁸⁵ Det vil naturligvis ikke i praksis være mulig for den registrerte å kunne motsi seg automatiserte avgjørelser dersom informasjonen om forekomsten av automatiserte avgjørelser sendes ut ex post. Et annet sentralt moment, er at den registrerte skal motta informasjon om konsekvensene og betydningen av den automatiserte

⁸⁴ WP29 veileder om transparens s. 16.

⁸⁵ Zanfir-Fortuna (2020) s. 426.

avgjørelsen. Det vil etter mitt syn ikke bidra til å verne den registrertes rettigheter, om denne informasjonen utgis allerede etter at den automatiserte avgjørelsen er foretatt. Dette taler etter mitt syn for at informasjonen skal gis til den registrerte ex ante.

Dersom den registrerte får denne informasjonen i forkant av en automatisert prosess, vil man kunne se at den behandlingsansvarlige allerede langt på vei oppfyller kravene til transparens og rettferdighet etter artikkel 5 (1) a, som er gjort rede for over i punkt 3.2. For den behandlingsansvarlige vil dette medføre at man ved et relativt enkelt tiltak, som jo utgivelse av informasjon på forhånd (gjørne samtidig med innhentelse av samtykke etc.) faktisk er, overholder de kravene som stilles til behandling av personopplysninger. Såfremt den registrerte har mottatt informasjon om forekomsten og konsekvensene, samt relevant informasjon om behandlingsmåten vil den registrerte også ha gode forutsetninger for å ivareta sine egne interesser.

4.5 Konklusjon

I dette punkt er det redegjort for hvilke krav som stilles til den behandlingsansvarlige der det gjøres bruk av automatiserte avgjørelser. De kravene som gjelder generelt for behandling av personopplysninger må også, naturligvis, overholdes av den behandlingsansvarlige dersom det foretas automatiserte avgjørelser. Dersom det foretas automatiserte avgjørelser må også den behandlingsansvarlige forholde seg til de strengere kravene som gjelder til informasjon. En nærmere analyse av disse kravene og vurderingen av dem vil igjen være tema i punkt 5 under.

5 Verner kravene som stilles til den behandlingsansvarlige rettighetene til den registrerte tilstrekkelig?

5.1 Innledning

I denne delen av oppgaven skal det tas stilling til den normative siden av den overordnede problemstillingen. Selv om den registrertes rett til privatliv vernes ved at det vil være mulig å aktivt motsi seg automatiserte avgjørelser, må det anerkjennes at risikoen for at det gjøres urettmessige inngrep i den registrertes privatliv øker grunnet konklusjonen i punkt 2.6. I den videre fremstillingen vil det derfor vurderes om de kravene som stilles til den behandlingsansvarlige nå tilstrekkelig ivaretar de hensyn som forordningen er ment å ivareta. Det første leddet i denne vurderingen, blir i punkt 5.2 å avklare hva tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til den registrerte innebærer.

5.2 Tilstrekkelig ivaretagelse av hensynet til den registrerte

Hensynet til den registrerte, ivaretas ved å sikre at den registrertes privatliv ivaretas. Best sikring av privatlivet oppnås ved at det ikke forekommer behandling av personopplysninger overhodet. Nettopp i formuleringen «tilstrekkelig», som er benyttet i problemstillingen, ligger det en tanke om at best mulig sikring av den registrertes privatliv ikke nødvendigvis er den beste løsningen. Som det er anerkjent over i punkt 5.1 øker risikoen for inngrep forutsatt konklusjonen om at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, og dermed tillater at forekomsten av automatiserte avgjørelser i praksis øker. Dette er en verdifull form for behandling for den behandlingsansvarlige, ettersom det potensielt kan være økonomisk gunstig å fatte avgjørelser automatisert. For den registrerte, er det viktig å understreke at det kun er tale om avgjørelser som det faktisk er mulig å påklage i ettertid, ettersom avgjørelser det ikke er mulig å påklage reguleres av artikkel 22 (2). På bakgrunn av dette, vil rettighetene til den registrerte være tilstrekkelig ivarettatt, forutsatt at de har mottatt og fått gjort seg kjent

med den informasjonen det er behov for.⁸⁶ Grundig og tilgjengelig informasjon og redegjørelse, vil være nøkkelen for å ivareta den registrertes rettigheter.

5.3 De nåværende krav

Det henvises her til redegjørelsen for kravene som allerede i utgangspunktet stilles til den behandlingsansvarlige i punkt 4. Disse kravene bidrar til å sikre rettighetene til den registrerte, og særlig informasjonskravet er med å bøte på betenkeligheter ved å utvide mulighetene for automatiserte avgjørelser. Den registrertes rett til privatliv er det sentrale hensynet forordningen er ment å verne. Som nevnt i punkt 4.4 over, vil den registrerte potensielt ha gode muligheter til å ivareta sine rettigheter dersom informasjonen om forekomsten av automatiserte avgjørelser utleveres i forkant av avgjørelsen. Et slikt krav, som kan minne om en varslingsplikt for den behandlingsansvarlige, er etter mitt syn ikke tilstrekkelig.

Tar man i betraktning den enorme muligheten den behandlingsansvarlige oppnår ved å kunne fatte automatiserte avgjørelser, antas det for det første at forståelsen og respekten for at det stilles skjerpede krav til den behandlingsansvarlige som en følge av dette, for å være stor. Et enkelt krav om å informere om forekomsten av automatiserte avgjørelser vil lett kunne fremstilles slik at det bare gis en enkel notis til den registrerte, som kan sammenlignes med bruken av innsamling av cookies. Etter mitt syn bør det derfor være rom for å stille også kvalitative krav til informasjonen som gis til den registrerte, tilpasset i hver enkelt sak, for å sikre at rettighetene til den registrerte ivaretas.

5.4 Relativ tolkning av kravene som stilles til den behandlingsansvarlige

Dersom det oppstilles skjerpede krav til den behandlingsansvarlige når det foretas automatiserte avgjørelser, utover de som allerede gjør seg gjeldende, vil man potensielt kunne oppnå en mellomløsning som i tillegg til å tolkes slik at den behandlingsansvarlige får

⁸⁶ Det er verdt å merke seg at forordningen ikke eksplisitt har tatt hensyn til at eldre og personer med lav datakyndighet gjennomgående er dårligere vernet etter forordningens bestemmelser enn andre nettopp grunnet sin datakyndighet. WP29 tar i sin veileder om transparens til orde for at det må tas hensyn til forhold for den registrerte, som til en viss grad dermed ivaretar denne gruppen.

muligheten til å utnytte de teknologiske hjelpemidler, samtidig kan ivareta rettighetene til den registrerte tilstrekkelig. Som fremhevet i punkt 5.1 må kravene vurderes opp mot hensynene som forordningen søker å ivareta. Etter konklusjonen i 5.2, er det etter mitt syn rom for å vurdere om det kan oppstilles strengere krav til den behandlingsansvarlige.

Det legges først og fremst til grunn at EU-domstolen ikke har fastsatt at noen slike krav gjør seg gjeldende. Problemstillingen rundt innholdet i artikkel 22 (1) er av flere teoretikere diskutert og gjort rede for.⁸⁷ Det er så vidt meg bekjent ingen som har tatt denne diskusjonen et skritt videre, nettopp for å vurdere om kravene som stilles er tilstrekkelige til å ivareta hensynene forordningen er ment å ivareta, nemlig å sikre at den registrertes privatliv er tilstrekkelig vernet.

Kravene som er redegjort for over i punkt 5.2, er alminnelig antatt å gjelde for den behandlingsansvarlige. EU-domstolen, med sin avklarende funksjon, har likevel spillerom til å tolke og endre kravene som stilles. Det første jeg vil bemerke, er at det ikke foreligger rettskilder som legger begrensninger for EU-domstolens adgang til å stille nye krav til den behandlingsansvarlige. EU-domstolen kan derfor i en eventuell fremtidig avgjørelse sette opp ulike krav til de behandlingsansvarlige. Av hensyn til forutberegnelighet, er det likevel naturlig at disse kravene tar utgangspunkt i forordningen og dens ordlyd. Et alternativ, vil være å tolke prinsippene som stilles til behandling av personopplysninger relativt. Det fremstår logisk at mer inngripende behandling for den registrerte skal medføre strengere krav for den behandlingsansvarlige. Personvernforordningen inneholder også flere spor av en slik relativ tankegang, eksempelvis i forordningens artikkel 9. Artikkel 9 gjelder særlige kategorier av personopplysninger, og det stilles strengere krav for behandling av disse enn hva som stilles til generelle personopplysninger etter forordningens artikkel 6 og 5.

Begrunnelsen for de skjerpede kravene til den behandlingsansvarlige i artikkel 9, er at de særlige kategoriene av personopplysninger er ansett å være mer sensitive for den registrerte. Kategorien personopplysninger som behandles anses derfor å være mer inngripende, noe som tilsier en strengere terskel. Det som derimot skiller automatiserte avgjørelser fra de særegne kategoriene personopplysninger i artikkel 9, er at det er nettopp grunnlaget og arbeidet med avgjørelsen, og ikke kategorien personopplysninger, som medfører større risiko for inngrep i privatlivet til den registrerte.

⁸⁷ Eksempelvis i Bygrave (2020) s. 530, eller i Tosoni (2021) s. 17

Ordlyden i forordningens artikkel 5 (1) bokstav a, redegjort for i punkt 4.2.2. over, er vidt utformet. Det fremheves i artikkel 5 (1) bokstav a at behandlingen blant annet skal være «rettferdig». I begrepet «rettferdig», er det etter ordlyden rom for å ta hensyn til behandlingsformen som foretas, ettersom uttrykket sikter til en vurdering av prosessen som en helhet.

Utover ordlydens åpne formuleringer, er det ikke andre rettskilder som direkte uttrykker at det finnes et slikt skjerpet krav for den behandlingsansvarlige. WP29s veileder til prinsippet om transparens gir likevel flere indikasjoner på at det er grunnlag for å oppstille et slikt krav.⁸⁸ Veilederen til transparens uttrykker blant annet at der hvor behandlingen gjør bruk av barns personopplysninger, skal det fremlegges på en tydelig og klar måte, eventuelt på et medium som barna selv forstår.⁸⁹ Dette illustrerer rommet for skjerpet krav til transparens ved behandling av særlige kategorier personopplysninger. Mer direkte til skjerpede krav for behandlingsformen automatiserte avgjørelser, uttrykkes det i veilederens avsnitt 4 at prinsippet om transparens tilpasses av hensyn til den registrerte, og særlig gir seg utslag i informasjonskravet etter artikkel 12-14.⁹⁰ Veilederen til transparens gir dermed inntrykk av at informasjonskravet behandlet over i punkt 4.4 skal skjerpes inn av hensyn til den registrerte, for eksempel ved et skjerpet krav til informasjon om konsekvensene av behandlingen.

Et skjerpet informasjonskrav vil samtidig medføre økt transparens og rettferdighet for den registrerte. Ettersom andre rettskilder ikke stenger for en slik fortolkning, er det rom for at EU-domstolen kan innfortolke et skjerpet informasjonskrav dersom det foretas automatiserte avgjørelser. De potensielle godene et slikt skjerpet krav vil medføre for den behandlingsansvarlige, ved at det ikke bare mottas informasjon om forekomsten av automatiserte avgjørelser, men også tilpasset informasjon i det konkrete tilfellet vil i stor grad sørge for at den registrertes rettigheter ivaretas. For den behandlingsansvarlige vil denne løsningen ha flere positive sider, særlig med tanke på effektivisering. Den ekstra kostnaden det vil kreve å informere den registrerte på en god måte, og slik ivareta dennes rettigheter, vil det også være opp til den behandlingsansvarlige selv å vurdere om det er aktuelt å påta seg.

⁸⁸ I likhet med veilederen til artikkel 22 om automatiserte avgjørelser, er veilederen om transparens tilsluttet av EDPB. WP29, Guidelines on Transparency under Regulation 2016/679 (wp260rev.01)

⁸⁹ WP29 veileder om transparens s. 11.

⁹⁰ WP29 veileder om transparens s. 5.

Denne tolkningen hvor man legger til grunn en relativ tolkning av prinsippene gjeldende særlig i artikkel 5 (1) a, vil derfor ivareta både hensynene til den registrerte og den behandlingsansvarlige. Når den relative fortolkningen i tillegg kan forankres i forordningen, og slik har en viss grad av forutberegnelighet, fremstår dette etter mitt syn som en god løsning. Det bør dermed etter mitt syn oppstilles et strengere krav for den behandlingsansvarlige enn det som allerede følger av redegjørelsen i punkt 5.2 jf. punkt 4.4.3 over, for å sørge for at rettighetene til den registrerte er tilstrekkelig vernet.

5.5 De relative kravene i praksis

I dette punktet, er hensikten å forsøke å illustrere hvordan de relative kravene som bør stilles til den behandlingsansvarlige ved bruk automatiserte avgjørelser kan fungere i praksis. For automatiserte avgjørelser vil prinsippet om rettferdighet knyttes til hvilke personopplysninger som benyttes, men også som redegjort for over beror på graden av transparens i behandlingen. Igjen kan IBO-eksempelet fra punkt 3.6 hentes frem. Det fremstår lite rettferdig at en elevs karakterer skal påvirkes og endres på bakgrunn av historiske resultater. Ettersom elevene ikke hadde mulighet til å påvirke utfallet av behandlingen i IBO-saken, var dette en av årsakene til at Datatilsynet rettet kritikk mot behandlingen. Selv om det ikke ble benyttet helautomatiserte avgjørelser i IBO-saken, kan det illustrere hvordan den behandlingsansvarlige skal opptre. Et annet viktig aspekt i IBO-saken var nemlig mangelen på åpenhet (transparens). Dersom den behandlingsansvarlige, slik IBO gjorde, har utviklet en algoritme som tar i bruk potensielt lite rettferdige data, bør kravene til transparens om denne behandlingen øke.

Ved et slik skjerpet krav til informasjon, kan man se for seg en situasjon hvor behandling som i IBO-saken likevel vil anses som i tråd med forordningen. Dersom den behandlingsansvarlige på forhånd informerte elevene om at de ville benytte seg av historiske data for å bøte for manglende avlagt eksamen, og slik automatisk avgjøre endelig avgangssnitt, kunne de også informert om de potensielle godene ved behandlingen. Et eksempel kunne vært å vise til at vitnemålet potensielt kunne oppnå større troverdighet hos de skolene som inngår i IBO-organisasjonen. I tillegg kunne elevene vært informert om de potensielle konsekvensene av behandlingen, i form av et maksimalt slingringsmonn for opp eller ned i karakter. Dersom elevene i tillegg fikk informasjon om at de kunne motsette seg behandlingen, og få sin sak vurdert manuelt, ville elevenes interesser gjennom informasjon

være ivaretatt. En elev som så aksepterte behandlingen med informasjonen gitt over, og endte opp med å bli satt ned i karakter, ville likevel ikke behandlingens transparens være betenkelig.

Kredittsøknader er et annet eksempel som illustrerer hvordan det skjerpede informasjonskravet kan fungere i praksis. Banker og kredittinstitusjoner gjennomfører en kredittvurdering, dersom det søkes om kreditt. Ettersom bankene har tilgang til gjeldsregisteret vil det være mulig å la kredittverdien til andre personer i nabolaget eller gaten man bor i være en påvirkende faktor ved kredittvurderingen.⁹¹ Dette vil fremstå lite rettførdig, og vil også grense mot diskriminering.

Det kan likevel tenkes at det utvikles automatiseringsverktøy med lignende funksjoner i fremtiden. Hvis det overhodet skal være rom for at den behandlingsansvarlige benytter seg av slike, bør det kreves at den behandlingsansvarlige utviser større åpenhet, for eksempel at informasjonen som utgis grunnet informasjonskravet behandlet i punkt 4.4 enten forbedres, spesifiseres eller utdypes. Et tenkt eksempel kan være en kredittsøker som ønsker sin søknad behandlet svært hurtig. Dersom banken har et vurderingssystem som de mener at er godt nok til å behandle søknader helautomatisk, vil det være et gode også for den registrerte å kunne akseptere at banken behandler søknaden umiddelbart, mot at risikoen for inngrep i privatlivet øker. Det avgjørende punktet her er selvsagt at den registrerte selv nettopp aksepterer denne formen for behandling. Om det er etisk av banken å utnytte seg av slike algoritmer som potensielt grenser mot diskriminering, blir et annet spørsmål.

De to eksemplene vist til i avsnittet over illustrerer samspillet mellom rettførdighet og transparens. Med et relativt oppstilt krav til den behandlingsansvarlige, vil potensielt de fleste former for automatiserte avgjørelser i teorien kunne aksepteres. Det er da atferden og kvaliteten på informasjonen den behandlingsansvarlige fremlegger, som vil være avgjørende.

5.6 Alternativt grunnlag

En alternativ løsning, som vil gi tilnærmet likt resultat som en relativ tolkning av artikkel 5 (1) a, vil være å gjennomføre en utvidende tolkning av kravene som stilles til unntakene i artikkel 22 (2), etter artikkel 22 (3) og gi disse kravene anvendelse også for automatiserte avgjørelser generelt. Ordlyden i artikkel 22 (3) lyder:

⁹¹ Informasjon om gjeldsregisteret kan finnes her: <https://www.gjeldsregisteret.com/pages/om-selskapet>

«Skal den behandlingsansvarlige gjennomføre egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter og friheter og berettigede interesser, i det minste retten til menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen».

Etter ordlyden listes det her opp tiltak som skal gjennomføres av den behandlingsansvarlige, med en veiledende instruks for hvordan disse tiltakene skal gjennomføres. Ettersom det eksplisitt siktes til den «registrertes rettigheter og friheter og berettigede interesser», vil det være naturlig å anta at ordlyden sikter til de samme rettigheter og friheter/berettigede interesser som gjør seg gjeldende etter artikkel 5 og 6. Merk her at ordlyden i artikkel 22 (3) er utformet fra et ex ante perspektiv, noe som avviker fra redegjørelsen om informasjonskravet i punkt 4.3. Grunnen til at det her må være tale om et ex ante perspektiv, er at artikkel 22 (3) forutsetter at den behandlingsansvarlige har hjemmel for automatiserte avgjørelser etter artikkel 22 (2). Dette vil medføre en lite intuitiv forståelse av artikkel 22 som helhet. I praksis vil det medføre at hele behovet for artikkel 22 (1) og (2) er overflødig. En relativ tolkning av artikkel 5 (1) a sikrer derimot at den indre logikken i bestemmelsen ivaretas, ved at artikkel 22 (2) fortsatt hjemler de tilfellene automatisering kan benyttes, uavhengig av ønsket til den registrerte.

Den beste løsningen vil derfor etter mitt syn være at eventuelle skjerpede krav til den behandlingsansvarlige transparens, og rettferdighet for den registrerte hjemles i artikkel 5 (1) a. Det vil likevel etter mitt syn være av liten praktisk betydning, dersom det skulle komme en avklaring fra EU-domstolen her, om skjerpede krav til den behandlingsansvarlige hjemles i artikkel 5 (1) a eller i artikkel 22 (3). Selvom det er av lite praktisk betydning, vil en forståelse som vurdert her i punkt 5.5 fjerne den viktige forskjellen mellom automatiserte avgjørelser generelt, og de mer alvorlige formene for automatiserte avgjørelser som er hjemlet i artikkel 22 (2). Dette fremstår etter mitt syn som mer uheldig, enn løsningen vurdert over i punkt 5.3.

5.7 Konklusjon

Med kravene som stilles til automatiserte avgjørelser, enten etter en relativ tolkning av prinsippene i artikkel 5 (1) a, eller ved en utvidende tolkning av anvendelsesområdet til artikkel 22 (3), vil den registrerte være godt sikret samtidig som den behandlingsansvarlige får utvidet muligheten til å benytte seg av automatiserte avgjørelser. I punkt 2.6 over ble det lagt til grunn at det etter en analyse vil være rom for å tillate utvidet bruk av automatiserte avgjørelser, særlig av hensynet til fri flyt av personopplysninger. Etter drøftelsen her i punkt

5, og lagt til grunn et strengere krav for den behandlingsansvarlige, vil de potensielle negative konsekvensene av å tillate utvidet bruk av automatiserte avgjørelser i enda større grad bøtes på. Dermed vil spenningsforholdet mellom rettigheter for den registrerte og fri flyt av personopplysninger for den behandlingsansvarlige oppheves. Etter mitt syn er det derfor gode grunner til å hevde at den registrerte vil være like godt vernet ved at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte, kontra den mer tradisjonelle oppfatningen om at artikkelen hjemler et forbud. Dette vil selvsagt medføre en større risiko for urettmessige inngrep i privatlivet til den registrerte enn hva et forbud gjør. Tar man i betraktning at en videre adgang til å fatte automatiserte avgjørelser vil ha positive effekter for samfunnet og den enkelte behandlingsansvarlige, er det etter mitt syn rom for å balansere hensynet til fri flyt av personopplysninger, og tillate den økte risikoen for inngrep i privatlivet til den registrerte.

Det som potensielt vil være et motargument, er at man skjerper de kravene som stilles til den registrerte. Det kreves større grad av bevisstgjøring og oppmerksomhet for den registrerte, som potensielt kan være problematisk. Forordningen ivaretar barn og unge under 18 år ved særegne krav etter artikkel 9. Det er potensielt spennende å vurdere hvorvidt også eldre og personer med lite teknologisk kompetanse også bør vernes. Også for disse personene med lavere datakyndighet, vil den relative tolkningen presentert i punkt 5.4 åpne for at også deres rettigheter ivaretas.

6 Avsluttende betraktninger

I denne avsluttende delen av oppgaven er hensikten å samle trådene og løfte frem de problemstillingene som er analysert og redegjort for.

I punkt 2 ble spørsmålet om artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å kunne aktivt motsette seg automatiserte avgjørelser, eller om artikkelen hjemler et forbud for den behandlingsansvarlige til å fatte automatiserte avgjørelser søkt avklart. Konklusjonen er ikke åpenbar, men etter mitt syn er det best holdepunkter for å konkludere med at artikkel 22 (1) hjemler en rettighet for den registrerte til å kunne aktivt motsette seg automatiserte avgjørelser. Denne konklusjonen har hatt betydning for resten av oppgaven, som i punkt 3 og 4 har gjort rede for henholdsvis anvendelsesområdet til artikkel 22 (1), og hvilke krav som stilles til den behandlingsansvarlige når det gjøres bruk av automatiserte avgjørelser.

I punkt 5, har problemstillingen vært å analysere og vurdere om de krav som stilles til den behandlingsansvarlige er tilstrekkelige for å ivareta formålet artikkelen søker å ivareta. Sentralt for konklusjonen, har vært nettopp den store gevinsten den behandlingsansvarlige oppnår ved å fatte automatiserte avgjørelser. Nettopp av den grunn, er det sannsynligvis også stor aksept for at det vil innføres strengere krav for den behandlingsansvarlige, slik at den registrertes rettigheter ivaretas. Konklusjonen om at det bør stilles strengere krav, har også en forebyggende effekt. Det er vanskelig å si noe om hvilke teknologiske muligheter som vil kunne tas i bruk av den behandlingsansvarlige de neste årene. Hvis utviklingen siden lanseringen av chatGPT skal være en målestokk, vil det iløpet av de neste årene skje store endringer innenfor automatisering.

7 Litteraturliste

7.1 Norske lover og forarbeider

Forvaltningsloven (1967)	Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker 10. februar 1967 (forvaltningsloven)
Personregisterloven (1978)	Lov om personvernregistre m.m. 9. juni 1978 nr. 48 (opphevet)
EØS-loven (1992)	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv, LOV-1992-11-27-109 § 2
Personopplysningsloven (2000)	Lov om behandling av personopplysninger 14. april 2000 nr. 31 (personopplysningsloven) (opphevet)
Personopplysningsloven (2018)	Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (personopplysningsloven)
Forarbeider til ny forvaltningslov	NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov — Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)

7.2 Traktater, konvensjoner, direktiver og forordninger

Modernised Convention 108

Convention 108 +, Modernised
Convention for the Protection of
Individuals with Regard to the Processing
of Personal Data, Council of Europe
Committee of Ministers CM/Inf(2018)15-
final 18. May 2018. Tilgjengelig her:
[https://www.coe.int/en/web/data-
protection/convention108/modernised](https://www.coe.int/en/web/data-protection/convention108/modernised)

General Data Protection Regulation
(GDPR), Regulation EU 2016/679

Europaparlamentets- og Rådsforordning
(EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern
av fysiske personer i forbindelse med
behandling av personopplysninger og om
fri utveksling av slike opplysninger samt
om oppheving av direktiv 95/46/EF
(generell personvernforordning) [PVF,
GDPR

Directive 95/46/EC (DPD)

Europaparlamentets- og Rådsdirektiv
95/46/EF av 24. oktober 1995 om
beskyttelse av fysiske personer i
forbindelse med behandling av
personopplysninger og om fri utveksling
av slike opplysninger.
(Personverndirektivet 1995)

Barnekonvensjonen

FNs konvensjon om barnets rettigheter,
New York, 20. november 1989

Lisboa Traktaten

Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (OJ C 306, 17.12.2007); entry into force on 1 December 2009. Tilgjengelig her: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12007L%2FTXT>

7.3 Norsk og internasjonal rettspraksis

HR-2020-2021

HR-2021-2408-A

Sak C-480/10 Kommissjonen v. Sverige

Sak C-480/10 Kommissjoen v. Sverige, dom av 25. april 2013 (C4), (ECLI:EU:C:2013:263)

7.4 Juridisk litteratur

7.4.1 Bøker

Arnesen og Stenvik (2015)

Arnesen, Finn og Stenvik, Are, «Internasjonalisering og juridisk metode», 2. utgave, Oslo, 2015.

Bygrave (2020)

Bygrave, Lee Andrew «Article 22. Automated individual decision-making, including profiling», i Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechsler, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, s. 522–542, 2020, Oxford.

Zanfir-Fortuna (2020)

Zanfir-Fortuna, Gabriela «Article 13. Information to be provided where personal data are collected from the data subject», i Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey og Laura Drechsler, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, s. 413–434, 2020, Oxford.

Arnesen m.fl. (2022)

Arnesen, F., Hammersvik, S., Hjelmeng, E., Kolstad, O., & Rognstad, O.-A. (2022). *Oversikt over EØS-retten*. Universitetsforlag

7.4.2 Artikler

Roig (2017)

Roig, A., "Safeguards for the right not to be subject to a decision based solely on automated processing (Article 22 GDPR)", in European Journal of Law and Technology, Vol 8, No 3, 2017.

Tilgjengelig her:

<https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/570/772>

Melles (2019)

Melles, Hermon M., «Forbudet mot automatiserte avgjørelser – Paraplyen full av hull», Lov & Data, 2019, nr. 2, s. 4–7.

Tilgjengelig her:

<https://lovdata.no/pro/litteratur/lod-2019-138-04>

Tosoni (2021)

Tosoni, Luca, «The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation», International Data Privacy Law, 2021, Vol. 00, no. 0. Utgitt av: Oxford University Press, 14. januar 2021. DOI: Tilgjengelig her: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipaa024>

7.4.3 EU veiledere

WP29 veileder om automatiserte avgjørelser

Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Automated decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, (WP251 rev.01, as last revised and adopted on 6 February 2018) Tilgjengelig her: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/itemType/1360> (sist sjekket 04.05.2023)

WP29 veileder om transparens

Guidelines on transparency under regulation 2016/679, (WP260 rev.01, adopted on 29 November 2017, last revised and adopted on 11 April 2018) tilgjengelig her: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227> (Sist sjekket 04.05.2023)

7.5 Nettsider

Datatilsynets nettside om IBO-saken

<https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2020/varsler-vedtak-om-at-ib-karakterene-ma-rettes/> (Sist sjekket 01.05.2023)

EUs nettsider om bøter ved brudd på personvernforordningen

<https://gdpr.eu/fines/> (Sist sjekket 01.05.2023)

Informasjon fra utdanningsdirektoratet om karakterforskjell ved standpunkt og eksamen

<https://www.udir.no/tall-og-forskning/statistikk/statistikk-videregaende-skole/analyser/karakterforskjeller-mellom-standpunkt-og-eksamen-i-videregaende/>
(Sist sjekket 01.05.2023)

Informasjon om poengberegning ved IB-linjen fra samordna opptak sine hjemmesider

<https://www.samordnaopptak.no/info/utenlandsk-utdanning/ib/poengberegning/> (Sist sjekket 01.05.2023)

Kort informasjon om gjeldsregisteret

<https://www.gjeldsregisteret.com/pages/om-selskapet> (Sist sjekket 30.04.2023)

Offisiell nettside til European Data Protection Board, med informasjon om WP29

https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_en
(Sist sjekket 05.05.2023)

Regjeringens nettsider, med informasjon om Norges stilling innenfor digitalisering.

<https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/norge-fortsatt-blant-de-ledende-landene-i-europa-pa-digitalisering/id2886756/> (Sist sjekket 04.05.2023)