

UiO : **Det juridiske fakultet**

Rettslige skranker for politisk mikromålretting

Om den frie meningsdannelsen i en digital tid

Kandidatnummer: 214

Leveringsfrist: 1. juni 2023

Antall ord: 39393



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema og aktualitet.....	1
1.2	Forskningsspørsmål	2
1.3	Metode	2
1.4	Avgrensninger.....	3
1.5	Den videre fremstillingen.....	4
2	ANALYSEOBJEKTET – OM POLITISK MIKROMÅLRETTING	4
2.1	Aktører og formål.....	4
2.2	Hva er politisk mikromålretting?	6
2.2.1	Politikk.....	6
2.2.2	Mikromålretting.....	7
2.3	Konsekvenser for individ og samfunn	9
2.4	Oppsummering.....	11
3	MENNESKERETTSLIG OG DEMOKRATISK RAMMEVERK	11
3.1	Utgangspunkter	11
3.1.1	Fremstillingens formål og struktur	11
3.1.2	Det menneskerettslige landskapet	12
3.2	Individperspektivet.....	15
3.2.1	Underliggende verdier	15
3.2.2	Respekt for privatlivet	16
3.2.3	Tanke- og meningsfrihet.....	17
3.2.4	Informasjons- og ytringsfrihet.....	19
3.3	Samfunnsperspektivet	20
3.3.1	Underliggende verdier	20
3.3.2	Demokratihensynet ved tolkningen av menneskerettighetene	22
3.3.3	Den offentlige meningsdannelsen	25
3.4	Statens forpliktelser og handlingsrom i reguleringen av politisk mikromålretting	27
3.4.1	En plikt til å regulere?	27
3.4.2	Et handlingsrom til å regulere?.....	29
4	RETTSLIGE SKRANKER I PERSONOPPLYSNINGSLOVEN	32
4.1	Utgangspunkter	32
4.1.1	Gjennomføring og virkeområde	32
4.1.2	Tolkning av EU-rettslige kilder.....	33

4.1.3	Formål og grunnleggende prinsipper.....	36
4.2	Personopplysningsbegrepet.....	37
4.2.1	Legaldefinisjonens grunnvilkår	37
4.2.2	Enhver opplysning	38
4.2.3	Relasjonskriteriet	39
4.2.4	Identifisert eller identifiserbar	40
4.2.5	Behandling av personopplysninger i politisk mikromålretting	43
4.3	Profileringsbegrepet	44
4.3.1	Legaldefinisjonens grunnvilkår	44
4.3.2	Profilering som ledd i politisk mikromålretting	47
4.4	De grunnleggende prinsippene som materielle skranker	47
4.4.1	Redegjørelse for rettferdighetsprinsippet	47
4.4.2	Er politisk mikromålretting rettferdig?.....	49
4.5	Rettslig grunnlag	52
4.5.1	Kontraktsrettslig nødvendighet.....	52
4.5.2	Interesseavveining	54
4.5.3	Bortfall av rettslig grunnlag ved protest	56
4.6	Forbud – særlige kategorier av personopplysninger	57
4.6.1	De særlige kategoriene	57
4.6.2	Opplysninger som indirekte avslører.....	59
4.6.3	Utlede opplysninger om særlige kategorier	61
4.6.4	Kontekstuell sensitivitet	64
4.6.5	Kategorier av personopplysninger til bruk i politisk mikromålretting	65
4.7	Unntak – særlige kategorier av personopplysninger.....	66
4.7.1	Alternative unntaksgrunnlag.....	66
4.7.2	Uttrykkelig samtykke	67
4.7.3	Nødvendig av viktige allmenne interesser.....	69
4.8	Avgjørelser som utelukkende er basert på automatisert behandling.....	71
4.8.1	Bestemmelsens anvendelsesområde	71
4.8.2	Unntak som gir kompetanse	75
4.9	Sammenfatning og kritikk.....	75
5	RETTSLIGE SKRANKER I KOMMENDE OG FORESLÅTT LOVGIVNING FRA EU OG EUROPARÅDET.....	77
5.1	Innledning	77
5.2	Forordningen om digitale tjenester	77
5.2.1	Bakgrunn	77
5.2.2	Markedsføring basert på profilering	78
5.2.3	Supplerende plikter for de største aktørene	80

5.2.4	Kritikk.....	80
5.3	Forordningsforslaget om politisk markedsføring og målretting	82
5.3.1	Bakgrunn	82
5.3.2	Målrettet politisk markedsføring	83
5.3.3	Kritikk.....	85
5.4	Forordningsforslaget om kunstig intelligens.....	87
5.4.1	Bakgrunn	87
5.4.2	Valgpåvirkning og demokrati	88
5.4.3	Manipulasjon ved bruk av kunstig intelligente systemer	88
5.4.4	Kritikk.....	90
5.5	Europarådets nullutkast til en konvensjon om kunstig intelligens.....	91
6	KONKLUSJON.....	93
	KILDEREGISTER	96

1 Innledning

1.1 Tema og aktualitet

Masteravhandlingen handler på et overordnet plan om ivaretagelsen av menneskerettigheter og demokrati i møte med den teknologiske utviklingen. Digitaliseringen av samfunnet setter grunnleggende rettigheter, friheter og samfunnsstrukturer under press. Teknologien er imidlertid et tveegget sverd, som også kan benyttes for å realisere og fremme menneskerettigheter og demokrati. Samspeilet mellom mennesker, samfunnet og teknologien er komplekst, og vi kan ennå ikke overskue konsekvensene av den digitale omveltningen. Avhandlingen diskuterer de grunnleggende utgangspunktene for ivaretagelsen av et demokratisk samfunn i en digital tid, der kunstig intelligente systemer setter rammer for meningsdannelsen og det offentlige ordskiftet. Jeg vil belyse denne diskusjonen ved å analysere og vurdere den rettslige reguleringen av det spesifikke fenomenet «politisk mikromålretting».

Med «politisk mikromålretting» sikter jeg til det å rette politiske budskap mot spesifikke personer, basert på en forutgående automatisert behandling av et datagrunnlag.¹ Datagrunnlaget kan bestå av enhver form for informasjon, og analysens hensikt er å forutsi aspekter ved hvert enkelt individ eller hver enkelt gruppe, for deretter å tilpasse det politiske budskapet til mottakeren. Politisk mikromålretting ble for alvor satt på dagsordenen i 2018, da en tidligere ansatt i analyseselskapet Cambridge Analytica fortalte pressen at selskapet ved hjelp av mikromålretting mot brukere på Facebook, hadde bistått i blant annet Donald Trumps valgkamp og Vote Leave-kampanjen for Brexit.²

Selv om det er usikkert hvilken effekt politisk mikromålretting faktisk har, og i hvilken utstrekning det faktisk skjer, har flere tatt til orde for at fenomenet utgjør en risiko for den demokratiske prosessen.³ Markedsføring og propaganda er ikke nye fenomener, men mikromålrettede budskap kan rettes mot individer på et svært intimt plan og har potensiale til å gripe om seg i enorm skala.⁴ Politisk mikromålretting har blitt mulig som følge av utviklingen av blant annet sporingsteknologi, sensorer, infrastruktur og kunstig intelligens, samt datamaskiners stadig økende lagringskapasitet og prosesseringskraft. Det har blitt hevdet at politisk mikromålretting representerer en risiko for sentrale individuelle og samfunnsmessige goder, som personlig integritet, autonomi og demokrati.⁵

¹ Med *behandling* vil jeg sikte til enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med opplysninger, i samsvar med legaldefinisjonen i personvernforordningen art. 4 nr. 2. Med *automatisert* vil jeg referere til enhver behandling som utføres eller kontrolleres av en maskin, se kapittel 4.1.1.

² Cadwalladr (2018).

³ NOU 2020: 6 vedlegg 6 trekker frem mikromålretting av informasjon som den største trusselen mot en demokratisk valgprosess, se s. 499.

⁴ Amnesty (2019).

⁵ Se blant annet Zuiderveen Borgesius (2018) s. 95–96, Bayer (2020) s. 11 og Fink (2019) s. 112–113.

Det finnes ikke et uttrykkelig forbud mot politisk mikromålretting i norsk rett. Fenomenet aktualiserer imidlertid flere menneskerettslige forpliktelser, som retten til informasjons-, tanke-, menings- og ytringsfrihet, retten til et privatliv og frie valg. I tillegg reiser politisk mikromålretting grunnleggende demokratiske spørsmål om begrunnelsen bak, og kriteriene for, sikringen av en åpen og opplyst offentlig samtale. Fenomenet kan også tenkes å aktualisere personopplysnings-, markeds- og strafferettslige skranker.

1.2 Forskningsspørsmål

Det overordnede forskningsspørsmålet avhandlingen søker å besvare er hvilke skranker som gjelder for politisk mikromålretting etter lov av 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), som gjennomfører EUs personvernforordning 2016/679. I forlengelsen av dette forskningsspørsmålet vil jeg også drøfte relevante aspekter ved EUs forordning om digitale tjenester 2022/2065, EUs forordningsforslag om politisk reklame og målretting 2021/0381, EUs forordningsforslag om kunstig intelligens 2021/0106, samt Europarådets nullutkast til en konvensjon om kunstig intelligens.⁶ Jeg vil også vurdere om de rettslige skrankene jeg identifiserer, er egnet til å ivareta menneskerettslige og demokratiske verdier. En slik vurdering fordrer en gjennomgang av rettens verdigrunnlag. Avhandlingens tema gir grunn til å fokusere på samspillet mellom individuelle rettigheter og den offentlige meningsdannelsen.

1.3 Metode

Forskingsspørsmålet vil besvares gjennom anvendelse av en rettsdogmatisk forskningsmetode. Med rettdogmatisk forskningsmetode vil jeg sikte til den juridiske forskerens fremgangsmåte, til forskjell fra domstolens fremgangsmåte. Dommeren og den akademiske juristen har forskjellige oppgaver, idet forskeren i større grad enn dommeren kan søke å *utvikle* systemet, og ikke kun indusere i konkrete saker.⁷ Poenget er å tolke, analysere og harmonisere reglene på området, holdt opp mot grunnleggende prinsipper, rettigheter og friheter – i tråd med rettsvitenskapens rolle. Jeg vil ta utgangspunkt i en beskrivelse av gjeldende rett *de lege lata*, i tråd med den rettsdogmatiske metoden som er lagt til grunn i norsk rettskildelære.⁸ Avhandlingen aktualiserer enkelte spesifikke metodespørsmål om forholdet mellom den nasjonalt forankrede metoden i møte med internasjonal rett, og de metodiske implikasjonene dette medfører vil jeg behandle underveis, se særlig kapittel 3.1.2 og 4.1.2.

⁶ Med EUs forordningsforslag sikter jeg til forslagene som foreløpig er fremsatt av EUs organer per mai 2023.

⁷ Smits (2017) s. 223. I tysk juridisk litteratur skilles det mellom «Gebrauchsdogmatik» og «wissenschaftlicher Dogmatik», se Smits (2017) s. 223, som viser til Stürner (2012) s. 11 flg.

⁸ Jeg vil ta utgangspunkt i metodelæren presentert i Eckhoff (1971).

Jeg vil også vurdere hvordan retten bør være *de lege ferenda* ved å utfordre om rettsreglene ivaretar de underliggende verdiene rettsreglene er ment å fremme. En slik vurdering kan ses som en *intern kritikk* av retten. Det interne perspektivet innebærer at rammene for kritikken defineres av rettssystemet, og ikke kriterier uavhengig av rettssystemet.⁹ Vurderingene av hvordan retten bør være, vil basere seg på de verdiene rettsordenen bygger på. I utledningen av rettsordenens verdigrunnlag vil jeg bygge på et mangfold av perspektiver, egnet til å belyse de underliggende verdienes nærmere innhold.¹⁰ Jeg vil operere med et kritikkbegrep som omfatter fagspesifikke vurderinger som er etterprøvbare og i tråd med minimumskravene til akademiske fremstillinger.¹¹

1.4 Avgrensninger

Det finnes bestemmelser i lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven) som kan sette skranke for politisk mikromålretting, som straffeloven § 151 om utilbørlig stemmepåvirkning ved et offentlig valg. Den objektive gjerningsbeskrivelsen rammer blant annet den som ved «trussel eller andre ulovlige midler søker å påvirke noens avgivelse av stemme».¹² Ordlyden «ulovlige midler» tilsier at handlemåten må være i strid med en rettsregel. Bestemmelsen er begrunnet i at «et demokratisk styresett [er] avhengig av at valg i offentlige anliggender er frie og at velgerne ikke utsettes for [rettsstridig] påvirkning».¹³ Strl. § 151 er som utgangspunkt myntet på aktiviteter som skjer i direkte tilknytning til gjennomføringen av et «offentlig valg». Selv om straffebudet kan representere en strafferettslig skranke for politisk mikromålretting, vil jeg ikke behandle straffeloven nærmere.

Jeg vil heller ikke behandle bestemmelsene i lov 28. juni 2002 nr. 57 om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre (valgloven). Det er imidlertid interessant å merke seg at utvalget i NOU 2020: 6 *Ny valglov* fremhever at en «viktig utfordring for våre demokratiske prosesser er desinformasjon og skjult påvirkning av kandidater og velgere i forkant av valggjennomføringen», som blant annet skjer gjennom «automatiserte robotnettverk, menneskestyrte kontoer

⁹ Eriksen (2016) s. 56.

¹⁰ Overgangen mellom den interne og normative kritikken må sies å flyte noe over i hverandre. Dette kan ses i sammenheng med at den juridiske argumentasjonen av i dag er så åpen at skillet mellom fagspesifikke og allmennpolitiske argumenter kan være vanskelig å trekke, se Bernt (1998) s. 232–233.

¹¹ Kriteriene understreker forskjellen mellom akademisk virksomhet og personlig *synsing*, se Eriksen (2016) s. 63. Ross har brukt rettspolitikktermer om fagspesifikke vurderinger, slik som for eksempel juridiske vurderinger av rettslig innhold, til forskjell fra allmennpolitiske vurderinger, som ikke beror på fagkunnskap, se Ross (1953) s. 418.

¹² Strl. § 151 første ledd bokstav a.

¹³ Ot.prp. nr. 8 (2007–2008) s. 205.

på sosiale medier og hybrider av de to».¹⁴ Utvalget fremholder at det må forventes at «propagandateknikkene og algoritmene [vil] videreutvikles ved hjelp av kunstig intelligens, virtuell virkelighet og tingenes internett» i fremtiden.¹⁵

Avhandlingen vil heller ikke omfatte en drøftelse av skrankene for politisk mikromålretting i lov 9. juni nr. 2 om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven), ei heller markedsføringsreglene i lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester (kringkastingsloven).

1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 vil jeg redegjøre nærmere for politisk mikromålretting som fenomen. Poenget er å presentere et faktisk grunnlag for analysen. En utfordring ved at analyseobjektet er et fenomen, er at det kan eksistere i ulike varianter. Drøftelsen vil derfor fokusere på generelle utgangspunkter, med vekt på det overordnede bildet, strukturer og tendenser. I kapittel 3 vil jeg gjennomgå hvilke menneskerettslige og demokratiske verdier temaet aktualiserer. Deretter vil jeg i kapittel 4 analysere og vurdere de rettslige skrankene for politisk mikromålretting i personopplysningsloven. Temaet for kapittel 5 vil være utvalgte aspekter ved vedtatt og foreslått lovgivning fra EU og Europarådet i relasjon til avhandlingens tema. Til slutt vil jeg sammenfatte og konkludere i kapittel 6.

2 Analyseobjektet – om politisk mikromålretting

2.1 Aktører og formål

Et bredt spekter av aktører kan være involvert i politisk mikromålretting. Mottakerne av mikromålrettede politiske budskap vil som hovedregel være fysiske personer som benytter enheter budskapet kan rettes gjennom, typisk mobiltelefoner, nettbrett og datamaskiner.¹⁶ Avsenderne vil kunne være både statlige og ikke-statlige aktører, som politiske partier, organisasjoner, kommuner, etater, lobbyister, selskaper, enkeltpersoner, utenlandske etterretningstjenester mv.¹⁷

¹⁴ NOU 2020: 6 s. 63.

¹⁵ *Loc.cit.* Utredningsarbeidet viste et behov for å utrede regulering av mikromålretting som verktøy i valgkamp, se NOU 2020: 6 s. 508 (vedlegg 6). Valglovutvalget spiller imidlertid problemstillingen over til Personvernkommisjonen, jf. s. 64. I NOU 2022: 11 *Ditt personvern – vårt felles ansvar* kommer Personvernkommisjonen med anbefalinger om «atferdsbasert markedsføring», jf. s. 160. Uttrykket må antas å referere til fenomenet beskrevet i neste kapittel. Anbefalingen til Personvernkommisjonen sammenfaller i stor grad med EUs reguleringsinitiativer på området, som jeg vil beskrive nærmere i kapittel 5.

¹⁶ Zuiderveen Borgesius (2014) s. 77 flg.

¹⁷ Sistnevnte aktør benytter politisk mikromålretting som virkemiddel for å påvirke eller forstyrre politiske prosesser i andre land, se Justis- og beredskapsdepartementet (2021) s. 24.

Formidlingstjenester, som sosiale medier, kan være sentrale aktører i spredningen av mikromålrettede budskap.¹⁸ En annen aktørgruppe å nevne er såkalte datameglere, som spesialiserer seg på innsamling av informasjon.¹⁹ Det finnes også selskaper som spesialiserer seg på dataanalyse og tilbydere av datahåndteringsplattformer.²⁰ Formålet med politisk mikromålretting vil variere fra aktør til aktør, og fra behandling til behandling.²¹ Ofte vil formålet være ideologisk eller kommersielt.²² Selv om politisk mikromålretting kan forekomme i flere varianter, er det vanligst å se fenomenet i sammenheng med politiske kampanjer fra politiske partier i forbindelse med valgkamp, der politisk mikromålretting fungerer som et verktøy for formidling av politisk markedsføring.²³

Formålet med politisk mikromålretting kan imidlertid også være å spre mistillit og frykt, for eksempel med sikte på å destabilisere et samfunn for å fremme egne utenrikspolitiske interesser. Det mest kjente eksempelet på dette er den påståtte russiske involveringen i USAs presidentvalg i 2016.²⁴ I Sverige er det opprettet en statlig myndighet under regjeringen ved navn «Myndigheten för psykologiskt försvar», som har som formål «att värna de öppna och demokratiska samhället, den fria åsiktsbildningen samt Sveriges frihet och oberoande».²⁵ En rapport publisert av organet viser at det forekom utilbørlig påvirkning av svenske borgere i forbindelse med valget i 2022, men det lot seg ikke dokumentere i hvor stor utstrekning påvirkningen forekom.²⁶ Trusselen slik påvirkning kan representere er også pekt på her til lands. Politiets sikkerhetstjeneste (PST) slo i sin trusselvurdering for 2023 fast at russiske myndigheter for eksempel vil kunne søke å påvirke den norske befolkningen med formål om «å splitte vestlig samhold om videre militær støtte til Ukraina og økonomiske tiltak mot Russland», og at kinesiske myndigheter forventes å «bedrive påvirkningsaktivitet mot personer i Norge som åpent kritiserer det

¹⁸ Datatilsynet (2019a) s. 7.

¹⁹ Datatilsynet (2015) s. 14.

²⁰ Ibid. s. 15.

²¹ Se fotnote 1 for en forklaring av behandlingsbegrepet.

²² Politisk mikromålretting kan for eksempel forekomme som følge av formidlingstjenesters anbefalingsalgoritmer, der formålet er å skape engasjement hos brukerne, noe som igjen genererer annonseinntekter for tjenesten.

²³ Termene «markedsføring» og «reklame» refererer som hovedregel til aktiviteter med kommersielt siktemål, men også fremming av ikke-kommersielle budskap kan være omfattet av begrepene. Den leksikalske definisjonen av «reklame» er at termen refererer til «virksomhet som går ut på å skape interesse for noe (særlig noe som skal selges)», jf. Det Norske Akademis Orbok (u.å.a). Kringkl. § 3-1 annet ledd om «reklame for livssyn eller politiske budskap» er et eksempel på en et slikt tilfelle.

²⁴ Office of the Director of National Intelligence (2017). Nye studier viser imidlertid at Russlands påvirkning på det amerikanske valget muligens ikke var så stor, se Eady (2023) s. 8.

²⁵ Myndigheten för psykologiskt försvar (2023a).

²⁶ Myndigheten för psykologiskt försvar (2023b) s. 52.

Kina anser som sine kjerneinteresser».²⁷ Denne påvirkningsvirksomheten er en form for utenlandsk etterretningsvirksomhet utøvd med formål om å påvirke den allmenne meningsdannelse eller beslutninger.²⁸ Den raske utviklingen av kunstig intelligente systemer, som avanserte språkmodeller som GPT-4, vil sannsynligvis føre til at mikromålrettede budskap vil bli mer treffsikre i tiden som kommer.²⁹

2.2 Hva er politisk mikromålretting?

2.2.1 Politikk

Avhandlingen avgrensner seg til behandling av *politisk* mikromålretting. Hvorvidt noe kvalifiserer som politikk, vil avhenge av begrepet man knytter til politikktermen, som kan defineres både vidt og snevert. Politikkbegrepet vil avhenge av språkbrukens kontekst. Språklig sett kan det antas at det politiske refererer til samfunnsmessige spørsmål av en viss betydning, i særdeleshet diskusjoner om hvordan samfunnet best burde organiseres, blant annet i spørsmål om sosial rettferdighet, innvandring, økonomi og klimaendringer. Leksikalsk defineres gjerne det politiske som en «fremgangsmåte for å realisere et bestemt mål, forholde seg til et bestemt samfunnsspørsmål e.l.».³⁰ Innenfor fagdisiplinen politisk filosofi betraktes politikk i vid forstand som «all aktivitet som bidrar til felles handling og fordeling av verdier i grupper», mens politikk i snever forstand refererer mer spesifikt til «offentlig beslutningsaktivitet der målet er å styre eller lede samfunnsutviklingen».³¹

Bruken av politikktermen forekommer også i rettslig sammenheng.³² Kartleggingen av et rettslig begrep vil bero på rettskildeprinsippene for den aktuelle lovbestemmelsen, og politikkbegrepets nærmere innhold vil med det være kontekstuellet betinget. Ved tolkningen av ytringstermen i Grunnloven § 100 og den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) art. 10 har Høyesterett for eksempel lagt til grunn at en aksjonist som protesterer mot norske myndigheters klimapolitikk og naturødeleggelser ytrer seg politisk, se HR-2023-604-A (Extinction Rebellion), og at ytringer om innvandring som utgangspunkt er av politisk art, se for eksempel Rt. 1997 s. 1821 (Hvit Valgallianse). Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) har ved tolkningen av konvensjonen lagt til grunn en bred definisjon av «politikk» ved å omtale det politiske som «matters of broader public interest».³³ Domstolen omtaler ofte politiske ytringer

²⁷ Politiets sikkerhetstjeneste (2023) s. 19.

²⁸ Justis- og beredskapsdepartementet (2021) s. 24.

²⁹ Se Electronic Privacy Information Center (2023) s. 2. I kapittel 2.2.2 beskriver jeg kunstig intelligente systemer nærmere.

³⁰ Det Norske Akademis Ordbok (u.å.b).

³¹ Thorsen (2023).

³² For eksempel i personvernforordningen art. 9 nr. 1, se kapittel 4.6.1, og i Høyesteretts og EMDs praksis om retten til ytringsfrihet, se for eksempel kapittel 3.3.2.

³³ Animal Defenders International mot Storbritannia avsnitt 99.

og debatt om spørsmål av allmenn interesse i samme ordelag.³⁴ Politikkbegrepet og ‘allmenn interesse’ må sies å flyte over i hverandre, og sistnevnte begrep kan ses som en overkategori som blant annet omfatter det politiske. Jeg vil imidlertid understreke at jeg ikke opererer med et generelt rettslig begrep om politikk i avhandlingen. Formålet med dette avsnittet har kun vært å gi en pekepinn om hva politikkbegrepet potensielt kan sies å omfatte i rettslig sammenheng. I det følgende vil jeg som utgangspunkt operere med et politikkbegrep som omfatter saker i kjernen av den demokratiske debatt, i henhold til den språklige forståelsen beskrevet i forrige avsnitt.

2.2.2 Mikromålretting

Politisk mikromålretting kan beskrives som en prosess der informasjon behandles og spres. Behandlingsbegrepet omfatter blant annet innhenting og analyse av informasjon, samt bruken av informasjon til selektering av mottakere og personalisering av budskap. Poenget er at *behandlingen* danner grunnlaget for den senere informasjonsspredningen. Datagrunnlaget som er gjenstand for behandling, kan bestå av opplysninger gitt av den personen opplysningene gjelder, opplysninger ervervet fra tredjeparter, eller opplysninger produsert gjennom systemets registreringer, såkalte *observerte* opplysninger. Det finnes mange ulike teknikker for å innhente observerte opplysninger, og ofte benyttes flere teknikker samtidig. For eksempel kan enheter koblet til internett – som smartklokker, pulsmålere og smarthus, ofte referert til som tingenes internett («Internet of Things»)³⁵ – benytte sensorer for å loggføre brukerdata. Data kan også genereres gjennom bruk av Bluetooth,³⁶ eller ansiktsgjenkjenningsteknologi.³⁷ Bruken av informasjonskapsler («cookies») er en form for nettleserbasert sporing, som lagrer informasjon om brukerens besøk på en nettside i en fil lokalt på brukerens datamaskin.³⁸ Det er ikke bare domenet brukeren direkte besøker som kan generere informasjonskapsler, men også domener dette domenet er tilknyttet.³⁹ Det finnes også sporingsteknologi som ikke lagrer data på en brukers system, men på sporerens servere.⁴⁰ Slik sporing er umulig for brukeren å fjerne selv. Et eksempel på dette er sporingsteknologi som lager en unik identifikator av den enkelte brukeren ved å sammenstille enorme mengder av kjennetegn i nettleseren og systemet, som tidssone,

³⁴ Se TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge avsnitt 59. Se også Thorgeirson mot Island avsnitt 64. EMD refererer både til «public interest» og «general interest», men det er ingenting i domstolens praksis som tyder på at termene er ment å referere til ulike begreper, se Armoniené mot Litauen avsnitt 43, der uttrykkene brukes i samme avsnitt.

³⁵ Med «Internet of Things» siktes det til at tilkobling til internett og prosesseringskraft «extend to a variety of objects, devices, sensors, and everyday items», jf. Rose (2015) s. 7.

³⁶ Korolova (2018) s. 44.

³⁷ Davis (2020) s. 365.

³⁸ Datatilsynet (2019b).

³⁹ Krishnamurthy (2009) s. 542.

⁴⁰ Bobev (2022) s. 27–28.

språk, installerte fonter og operativsystem – som til sammen danner «a footprint unique to all but the most purposefully generic, newly-setup machines».⁴¹ Denne fremgangsmåten omtales gjerne som *fingeravtrykksteknologi*, og baserer seg på kjøring av programkode i nettleseren etter at nettsiden er lastet inn, som oftest JavaScript-kode, som gjennom søker brukermaskinens kjennetegn og rapporterer resultatene tilbake til serveren.⁴² Det kan også trekkes frem at produsenter av enheter ofte vil utstede enheten med en unik ID som kan spores.⁴³ I tillegg baserer flere store plattformer og tjenester seg på sporing av brukere gjennom brukerprofiler. Dette signaliserer at det innhentes enorme mengder informasjon om hver enkelt, og at innhenting skjer i langt større utstrekning enn den enkelte selv kan overskue.

Etter at informasjonen er innhentet, analyseres informasjonen. Datagrunnlaget struktureres, sammenstilles og kategoriseres. Resultatet informasjonen genererer kan betegnes som en *utledet* opplysning. En utledet opplysning er altså en slutning systemet genererer på bakgrunn av en analyse av et datagrunnlag, som for eksempel opplysninger om en persons interesser, personlighet, kjønn, samfunnslag og politiske ideologi.⁴⁴ Analysen vil ofte omfatte behandling av *stordata*,⁴⁵ og skje ved bruk av kunstig intelligens. Med et *kunstig intelligent system* vil jeg i avhandlingen referere til «a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate output such as predictions, recommendations, or decisions influencing physical or virtual environments», i tråd med legaldefinisjonen som er ventet foreslått av EU-parlamentet i forordningen om kunstig intelligens.⁴⁶ Bruken av dataanalyse kan føre til at informasjon vi samtykker til å dele, kan implisere konklusjoner vi *ikke* ønsker å dele, samt at informasjon vi ikke engang vet at vi deler, impliserer tilsvarende konklusjoner.⁴⁷ Studier har vist at analyse av datagrunnlag kan gi detaljerte innsikter. I en studie fra 2011 konkluderte forskerne med at de ved hjelp av Twitter kunne anslå en brukers politiske oppfatning med 91 % treffsikkerhet, bare basert på semantikken i brukernes tvitring, mens en analyse av brukernes tilknytninger på tjenesten, avslørte politisk oppfatning med hele 95 %.⁴⁸

⁴¹ Bobev (2022) s. 28.

⁴² *Loc. cit.*

⁴³ Forbrukerrådet (2020) s. 28 flg.

⁴⁴ Se Personvernrådet (2021b) s. 14.

⁴⁵ Med *stordata* refererer jeg til gigantiske informasjonsmengder som har blitt analysert og bearbeidet for å identifisere sammenhenger og trekke ut informasjon, se Datatilsynet (u.å.).

⁴⁶ Se A9-0188/2023 endring 165. Parlamentet er ventet å avklare sin posisjon til forordningsforslaget om kunstig intelligens i midten av juni 2023, se EU-parlamentet (2023). Definisjonen er i samsvar med definisjonen lagt til grunn av Organisasjonen for økonomisk samarbeid og utvikling (OECD), se OECD (u.å.).

⁴⁷ Bobev (2022) s. 34 (original kursivering).

⁴⁸ Conover (2011) s. 192.

Dataanalysen kan videre brukes til å selektere mottakerne og utforme persontilpassede politiske budskap. Selve personaliseringsøvelsen kan enten skje maskinelt eller manuelt. Dersom personaliseringen skjer ved bruk av et kunstig intelligent system, vil grensen mellom analyse og personalisering være mindre tydelig, og utarte seg som én maskinell prosess. Personaliseringen kan basere seg på generelle karakteristikk, som statistikk om hvilke budskap som tidligere har engasjert andre i samme kategori, eller antagelser om hva som vil treffe personer med x, y og z interesse, som bor i dette og dette området, som er i denne og denne alderen, også videre. Andre ganger vil kriteriene for personaliseringen være vanskeligere å identifisere, for eksempel dersom budskapet er utformet ved bruk av maskinlæring. De personaliserte budskapene sendes til slutt til mottakeren, ofte i form av reklameposter og foreslåtte innlegg, eller som prioriterte treff hos en søkemotor.

Det som skiller *mikromålretting* fra målretting er informasjonsspredningens grad av presisjon. Mikromålrettingen er mer spesifikk.⁴⁹ Jeg vil operere med et vidt mikromålrettingsbegrep i avhandlingen, der jeg med *mikromålretting* sikter til enhver spredning av informasjon basert på en forutgående automatisert behandling av et datagrunnlag. Det er denne formen for aktivitet som har blitt mulig gjennom utviklingen av verktøyene beskrevet i dette kapitlet. Det betyr at jeg ikke vil stille konkrete krav til datagrunnlagets størrelse eller kvalitet. Mikromålrettingsbegrepet vil med det omfatte aktiviteter med varierende presisjonsnivå, avhengig av hvilke rådata som anvendes, datagrunnlagets omfang, formålet med behandlingen og innholdet av de utledede opplysninger systemet genererer. For eksempel vil et datagrunnlag bestående av *observert* data om den enkelte, gjerne gi mer spesifikke analyser enn generelle karakteristikk, i tillegg til at et omfattende datagrunnlaget må ventes å kunne genere mer spesifikke resultater enn et mindre datagrunnlag.

2.3 Konsekvenser for individ og samfunn

Det er usikkert og omdiskutert hvilken effekt politisk mikromålretting faktisk har, både på et individuelt og et samfunnmessig plan. Effektene av politisk mikromålretting kan tenkes å være både positive og negative. På den positive siden står det sentralt at politisk mikromålretting kan vekke politisk engasjement og tjene til politisk mobilisering. Gjennom mikromålretting kan et spesifikt publikum kobles til et spesifikt og relevant politisk standpunkt. En student vil kanskje bli engasjert av et politisk budskap om studentstøtte og studentboliger, mens en pensjonist kanskje er mer interessert i å høre om pensjonsordninger og sykehjemspolitik.⁵⁰ Politisk mikromålretting som øker befolkningens politiske kunnskap og deltakelse, kan styrke demokratiet.

⁴⁹ Se tilsvarende i Casagran (2022) s. 4.

⁵⁰ Dobber (2023) s. 35.

Det politiske informasjonstilfanget kan oppleves overveldende, og det kan være vanskelig for den enkelte å sette seg inn i alle politiske partiers meninger i ulike saker. Dette kan bidra til at «voters choose to, metaphorically speaking, visit only a small number of market stands in the marketplace of ideas».⁵¹ Politisk mikromålretting kan bidra til at personer kan fokusere på informasjon om de sakene de bryr seg om.⁵² Det kan også være positivt at organisasjoner mer effektivt kan nå ut til mennesker som ønsker å støtte dem, for eksempel gjennom økonomiske bidrag. Greenpeace kan for eksempel sende mikromålrettede vervekampanjer til miljøinteresserte borgere, og en lokal fotballklubb kan mikromålrette fotballinteresserte i området med informasjon om en underskriftskampanje for kommunal støtte til nytt kunstgress. På denne måten kan politisk mikromålretting spre relevant informasjon og bidra til konkret deltakelse.

Politisk mikromålretting kan imidlertid også ha negative effekter. For det første kan innhentingen av informasjon gi nedkjølingseffekter, som begrenser folks utøvelse av grunnleggende rettigheter og friheter. Personer kan for eksempel la være å oppsøke informasjon i frykt for monitorering.⁵³ Nedkjølingseffekter vil føre til en mindre informert befolkning og en svekkelse av den demokratiske kulturen, som vil si at informasjonsinnsamlingen *i seg selv* kan ha negativ innvirkning. For det andre er det grunn til å tro at også selve mikromålrettingen kan ha negative konsekvenser, både for individet og for den demokratiske samfunnsdebatten. Teknologien kan gi kapitalsterke aktører et stort fortrinn. Informasjonsassymetrien mellom sporer og individ, og den maktskjevheten den representerer, kan også øke risikoen for manipulasjon av individet. Manipulasjonsbegrepet kan forstås som «intentionally and covertly influencing their decision-making, by targeting and exploiting their decision-making vulnerabilities».⁵⁴ En viktig forskjell mellom manipulasjon og påvirkning er etter dette at manipulasjonen skjer i det *skjulte*.

Det finnes lite empirisk forskning på effekten av politisk mikromålretting, og det er særlig mangel på forskning utenfor USA. Amerikansk forskning er ikke nødvendigvis overførbart til en europeisk kontekst, i og med at de europeiske landene ofte har flere politiske partier og andre valgsystemer, i tillegg til at systemene for valgkampfinansiering skiller seg fra hverandre.⁵⁵ Det finnes imidlertid enkelte studier fra Nederland som viser at politisk mikromålretting kan ha effekt. Forskere har blant annet testet om en «issue-based microtargeted campaign increases the voter's likelihood to vote for the microtargeting party».⁵⁶ Analysens resultat viste at den politiske mikromålrettingen hadde en betydelig effekt på deltakernes sannsynlighet for å stemme

⁵¹ Zuiderveen Borgesius (2018) s. 86.

⁵² *Loc. cit.*

⁵³ Richards (2015) s. 101. Se også Zuiderveen Borgesius (2018) s. 87.

⁵⁴ Susser (2019) s. 4.

⁵⁵ Se NOU 2004: 25 s. 5.

⁵⁶ Dobber (2023).

på det aktuelle politiske partiet. Studiet baserte seg kun på ett mikromålrettet budskap, men forskerne kunne allikevel spore effekten.⁵⁷

Det har også blitt utført en nederlandsk studie av mikromålretting basert på den enkeltes personlighetstrekk.⁵⁸ Personlighetstrekkene til deltakerne ble identifisert gjennom en algoritmes analyse av tekstmateriale, som deltakerne i studien hadde lagt ut på et sosialt medie etablert av forskerne.⁵⁹ Studien tok utgangspunkt i tidligere forskning om at personer med ekstrovert personlighet i større grad lar seg overtale av budskap som vekker positive følelser, og har en entusiastisk uttrykksform, mens introverte lettere overtales av budskap som vekker frykt og negative følelser.⁶⁰ Hypotesen til forskerne var etter dette at deltakere med ekstrovert personlighet i større grad ville la seg påvirke av politisk mikromålretting av positive budskap, mens introverte deltakere ville bli mer påvirket av politisk mikromålretting av negative budskap. Resultatet viste at mikromålrettingen «revealed a significant main effect for ad framing» sammenlignet med kontrolltestene, som indikerer at vi i større grad påvirkes av budskap som er tilpasset vår personlighet.⁶¹

2.4 Oppsummering

I dette kapitlet har vi sett at et bredt spekter aktører vil kunne være involvert i politisk mikromålretting, og at formålet med den politiske mikromålrettingen varierer. Jeg har også søkt å belyse fenomenet ved å beskrive den teknologiske prosessen fenomenet baserer seg på, samt redegjort for sentrale begreper jeg opererer med i avhandlingen. Neste kapittel vil omhandle rettsordenens menneskerettslige og demokratiske verdigrunnlag.

3 Menneskerettslig og demokratisk rammeverk

3.1 Utgangspunkter

3.1.1 Fremstillingens formål og struktur

Formålet med dette kapitlet vil være å skissere et menneskerettslig og demokratisk rammeverk for den videre drøftelsen. Fremstillingen vil fokusere på de verdier menneskerettighetene og demokratiet hviler på, og disse verdienes betydning for tolkning og kritikk av retten. De underliggende verdier vil etter dette tjene flere funksjoner i avhandlingens rettslige argumentasjon: Jeg vil bruke verdiene som utgangspunkter for tolkningen av retten, og i den utstrekning gjeldende rett ikke kan sies å ivareta verdiene i tilstrekkelig grad, vil jeg la verdiene danne

⁵⁷ Dobber (2023) s. 42.

⁵⁸ Zarouli (2022) s. 1081.

⁵⁹ Ibid. s. 1071. Brukerne trodde de var med i en brukertest for et nytt sosialt medie testet av universitetet.

⁶⁰ Ibid. s. 1077.

⁶¹ Ibid. s. 1082–1083.

utgangspunktet for en *intern kritikk*. I redegjørelsen vil jeg også trekke på teorier fra andre fagdisipliner, som er egnet til å belyse størrelsens nærmere innhold.⁶² De underliggende verdienes sentrale plass i den rettslige argumentasjonen, må ses i sammenheng med den menneskerettslige tolkningsmetoden, som presentert i neste underkapittel.⁶³ Et hovedpoeng med redegjørelsen vil være å formidle at verdienes individuelle og samfunnsmessige dimensjoner er uløselig knyttet til hverandre, og må ses i sammenheng.

I kapittel 3.2 inntar jeg et *individperspektiv*. Jeg vil presentere hvor de aktuelle menneskerettighetene er nedfelt, og overordnet beskrive deres innhold. Avhandlingens tema gjør det særlige aktuelt å presentere retten til respekt for privatlivet, samt retten til tanke-, menings-, informasjons- og ytringsfrihet. Av plasshensyn vil jeg ikke redegjøre for rettighetenes struktur.⁶⁴

I kapittel 3.3 inntar jeg derimot et *samfunnsperspektiv*, og fremhever at rettighetene ikke kun begrunnes i hensynet til individets integritet og autonomi, men også har en klar samfunnsdimensjon, idet rettighetene er uløselig knyttet til ivaretagelsen av et demokratisk samfunn. Menneskerettighetene tar åpenbart opp i seg et samfunnsvern ved å være abstrakte rettsnormer, ment å verne alle individene i et samfunn. Det er imidlertid ikke menneskerettighetenes *kollektive* verdi som vil være fokuset for drøftelsen, men rettighetenes *samfunnsverdi*, altså deres verdi for ivaretagelsen av grunnleggende demokratiske samfunnsstrukturer. Jeg vil særlig trekke på menneskerettighetenes betydning for den offentlige meningsdannelse.

I tillegg vil jeg i kapittel 3.4 kommentere statens menneskerettslige forpliktelser og handlingsrom i reguleringen av politisk mikromålretting. Jeg vil formidle at staten kan ha en plikt til å regulere for å ivareta grunnleggende menneskerettigheter og en velfungerende offentlig samtale. Jeg vil også belyse at staten kan sies å ha et nasjonalt handlingsrom til å vedta generell lovgivning som begrenser individuelle rettigheter med formål om å ivareta den demokratiske samfunnsdebatten. Formålet i det følgende vil *ikke* være å redegjøre i dybden for statens forpliktelser, men å skissere overordnede utgangspunkter.

3.1.2 Det menneskerettslige landskapet

Grunnloven er såkalt *lex superior*, og troner øverst i det rettslige normhierarkiet i norsk rett. Ved grunnlovsrevisjonen i 2014 ble flere sentrale menneskerettigheter inntatt i Grunnloven,

⁶² Se Kierulf (2021) s. 9, der menneskerettighetenes uløselige tilknytning til sitt ikke-juridiske idégrunnlag understrekes.

⁶³ I tillegg til den EU-rettslige tolkningsmetoden jeg vil redegjøre for i kapittel 4.1.2.

⁶⁴ Forholdsmessighetsvurderingen etter EMK er ikke identisk med forholdsmessighetsvurderingen i EU-retten, se Harbo (2021) s. 341–342, men jeg vil nøye meg med å drøfte forholdsmessighet i kapittel 4.4.2.

med tydelige folkerettslige forbilder. I tillegg inkorporerer lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) flere menneskerettskonvensjoner, og gir konvensjonene forrang for bestemmelser i annen lovgivning.⁶⁵ Mange av menneskerettighetene EMK statuerer, og som står sentralt for denne avhandlingen, finner vi også igjen i konvensjonen om FNs sosiale og politiske rettigheter (SP). EMK spiller imidlertid en større praktisk rolle i norsk rett enn SP, og innholdet av EMK-retten er generelt mer utviklet og operasjonalisert. Det er også grunn til å nevne Europarådets konvensjon om personvern («Konvensjon 108») fra 1981. Konvensjon ble oppdatert i 2018, og oppdateringen har fått navnet «Konvensjon 108+». Norge har ratifisert konvensjon 108, men den er ikke inkorporert i norsk rett. Presumsjonsprinsippet innebærer at norsk rett så langt som mulig må presumeres å være i samsvar med konvensjonen.⁶⁶

EUs menneskerettighetspakt er ikke direkte bindende for EØS-land som Norge, men den har allikevel selvstendig betydning som rettslig skranke gjennom indirekte fortolkning av sekundærretten i lys av pakten.⁶⁷ Det kan skape metodisk hodebry for en norsk rettsanvender at EUs menneskerettighetspakt ikke er direkte bindende, men allikevel står sentralt for tolkningen av bestemmelsene i for eksempel personvernforordningen. Her er det verdt å merke seg at selv om menneskerettighetspakten først trådte i kraft for alle medlemslandene i EU gjennom Lisboa-traktaten,⁶⁸ etter inngåelsen av EØS-avtalen, har EU-domstolen lenge anerkjent grunnleggende rettigheter og friheter som alminnelige EU-rettslige prinsipper.⁶⁹ Etter EU-paktens art. 52 nr. 3 skal bestemmelser i menneskerettighetspakten med bakgrunn i EMK, tolkes i overenstemmelse med EMK. Dette innebærer at praksis fra EMD er en sentral rettskilde ved forståelsen av EU-retten på dette området.⁷⁰ EU-paktens art. 52 nr. 3 presiserer at EU-retten kan gå lenger i sin beskyttelse av rettighetene enn etter EMK, noe som særlig har vist seg på personvernrettens område.⁷¹ Bakgrunnen for dette kan være at EU-domstolen er mer opptatt av rettsenhet mellom medlemsstatene, enn å skulle sikre at rettighetene er oppfylt på et minstenivå,⁷² samt at subsidiaritetsprinsippet og skjønnsmarginen vil få betydning i en EMK-kontekst. EMK gjelder som

⁶⁵ Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven) §§ 2 og 3. Det er for øvrig kun den engelske og franske versjonen av EMK som er autentiske versjoner av konvensjonen, se konvensjonstekstens siste avsnitt.

⁶⁶ Mestad (2019) s. 102.

⁶⁷ Fredriksen (2022) s. 336.

⁶⁸ Traktat 2007/C 306/01.

⁶⁹ Se blant annet sak C-11/70 Internationale Handelsgesellschaft avsnitt 4 og sak C-4/73 Nold avsnitt 13.

⁷⁰ Arnesen (2015) s. 18.

⁷¹ Se blant annet forente saker C-293/12 og C-594/12 Digital Rights Ireland, samt forente saker C-203/15 og 698/15 Tele2 Sverige.

⁷² Fredriksen (2019) s. 406–407.

utgangspunkt også når Norge gjennomfører EØS-rett.⁷³ Siden Grunnloven utgjør utgangspunktet for tolkningen av norsk rett, er det naturlig å fokusere på Grunnlovens rettighetsvern i den videre fremstillingen, supplert med vernet etter andre menneskerettslige instrumenter.

Utgangspunktet ved tolkningen av Grunnlovens menneskerettighetsbestemmelser er at tolkningen skal skje i lys av menneskerettighetenes folkerettslige forbilder, med forbehold om at rettspraksis fra de internasjonale håndhevingsorganene etter grunnlovsreformen «ikke har samme prejudikatsvirkning ved grunnlovstolkningen som ved tolkningen av de parallelle konvensjonsbestemmelsene».⁷⁴ Ved tolkningen av EMK skal norske domstoler foreta en selvstendig konvensjonstolkning etter samme metode som EMD.⁷⁵ Utgangspunktet for EMDs rettsanvendelse er retningslinjene som følger av Wien-konvensjonen av 23. mai 1969 artikkel 31–33.⁷⁶ Det betyr at konvensjonen som utgangspunkt skal tolkes i god tro utfra vanlig språklig forståelse, på en måte som hensyntar konteksten, og er i henhold til konvensjonens gjenstand og formål («object and purpose»). Domstolens fremgangsmåte omtales gjerne som grunnleggende teleologisk.⁷⁷ Menneskerettighetene er konvensjonens «gjenstand», og konvensjonens «formål» er å ivareta menneskerettighetene, den demokratiske samfunnsorden og grunnleggende rettsstatsprinsipper.⁷⁸ Demokratiet er en størrelse som i seg selv bygger på visse underliggende verdier, som jeg vil belyse nærmere i kapittel 3.3. Konvensjonen må derfor tolkes i lys av disse formålene, samt *begrunnelsen* for disse formålene, som et tolkningsprinsipp i fastleggelsen av rettighetenes rekkevidde. Menneskerettslige tolkningsprosesser vil ofte omfatte grunnleggende verdivurderinger. Det har derfor blitt tatt til orde for at konvensjonen må tolkes utfra en «moral reading», i samsvar med «the best understanding of the moral values that underlie human rights».⁷⁹

Effektivitetsprinsippet innebærer at tolkningen må foretas på en måte som gir praktiske og effektive – ikke teoretiske og illusoriske – rettigheter.⁸⁰ EMDs formålsoverrettede tilnærming

⁷³ Se Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Transportarbeiderforbud (NTF) mot Norge. I avgjørelsen behandler EMD anvendelsen av Bosphorus-doktrinen i EØS-rettslig sammenheng. Doktrinen innebærer i sin kjerne at EMD vil «utøve svært tilbakeholden prøving i forhold der en stat har underkastet seg bindende, ekstern kontroll fra en internasjonal organisasjon hvis menneskerettsbeskyttelse er likeverdig med den under EMK», se Bekkedal (2021) s. 392. Se også forente saker E-11/19 og E-12/19 Adpublisher AG avsnitt 50 fra EFTA-domstolen.

⁷⁴ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 57.

⁷⁵ Rt. 2005 s. 883 avsnitt 45.

⁷⁶ Golder mot Storbritannia avsnitt 29.

⁷⁷ Solheim (2019) s. 362.

⁷⁸ Se fortalen til EMK.

⁷⁹ Letsas (2013) s. 132.

⁸⁰ Høstmælingen (2012) s. 95. Effektivitetsprinsippet må ses i sammenheng med konvensjonens gjenstand og formål.

henger tett sammen med domstolens dynamiske tolkningsprinsipp, som igjen må ses i sammenheng med doktrinen om europeisk konsensus, idet EMD har kunnet trekke veksler på rettsenheten mellom de europeiske statene i sin dynamiske tolkning. Domstolen har flere ganger lagt til grunn at en forutsetning for en praktisk og effektiv beskyttelse av menneskerettighetene er at domstolen tar i betraktning endrede samfunnsforhold i medlemsstatene og responderer på «any emerging consensus as to the standards to be achieved».⁸¹ En tolkning i lys av dagens forståelse av konvensjonens underliggende verdier, er sentral for ivaretagelsen av domstolens legitimitet.⁸² EMK er altså et levende instrument.⁸³

3.2 Individperspektivet

3.2.1 Underliggende verdier

Menneskerettighetene stiller individet i sentrum for de krav som kan stilles til myndighetene, ved at ethvert individ har visse grunnleggende rettigheter i rettslig sammenheng, i kraft av det å være menneske. Individvernet kan sies å springe ut av en tanke om at statsmakten ikke er suveren i alle henseender, men er underlagt visse begrensninger av hensyn til individet, en tanke som særlig har den negative statsforpliktelsen for øye.⁸⁴ Ivaretagelsen av menneskerettighetene er en sentral forutsetning for opprettholdelsen av det verdssystemet som konstituerer de europeiske rettssystemene, der rettsstaten og demokratiet utgjør sentrale verdimarkører. Det er gjennom individorienterte rettsnormer at systemets grunnleggende verdier kommer klarest til uttrykk, og operasjonaliseres.

Den personlige integritet og autonomi utgjør en sentral begrunnelse for individvernet. Med integritet siktes det gjerne til individets selvstendighet, uavhengighet og ukrenkelighet.⁸⁵ Begrepet anses å romme «the sense of the self as a unified whole or as in some sense striving or aspiring towards such a goal [...], and of non-intrusion into their body and their psychological constitution and moral framework».⁸⁶ Integritetsbegrepet må ses i sammenheng med autonomibegrepet, som kjennetegnes ved et ideal om at individer får muligheten til å konstruere, utvikle og opprettholde sine egne identiteter.⁸⁷ Rettsvitenskapen trekker ofte frem den kantianske *egenverdiformelen* i beskrivelsen av menneskerettighetenes underliggende verdigrunnlag.⁸⁸ Egenverdiformelen statuerer at du skal handle slik at «du alltid bruker menneskeheten både i din

⁸¹ Stafford mot Storbritannia avsnitt 68.

⁸² Letsas (2013) s. 132. Se kapittel 3.3.1 for en forklaring av legitimitetsbegrepet.

⁸³ Se blant annen Tyrer mot Storbritannia avsnitt 31.

⁸⁴ Aall (2018) s. 21–22.

⁸⁵ Det Norske Akademis Ordbok (u.å.d).

⁸⁶ Marshall (2009) s. 165.

⁸⁷ Schyff (2005) s. 367.

⁸⁸ Jacobsen (2009) s. 474.

egen person og i enhver annens person samtidig som et formål og aldri bare som et middel».⁸⁹ Den kantianske tenkemåten kan ofte være vanskelig å operasjonalisere i konkret rettsanvendelse, fordi rettighetskonflikter som hovedregel vil involvere de samme grunnleggende verdiene om respekt for den personlige integritet og autonomi på hver sin side av konflikten. Dette løses som utgangspunkt ved å innta en pragmatisk tilnærming til rettighetsavveiningen, der rettighetenes praktiske konsekvenser står i sentrum for drøftelsen.⁹⁰ Det sentrale for vårt formål er at individet etter rettighetstenkningen ses som fornuftig og autonomt, med krav på respekt.⁹¹

3.2.2 Respekt for privatlivet

Retten til et privatlivsvern er nedfelt i Grunnloven § 102, som slår fast at enhver har rett til «respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon».⁹² Ordlyden favner vidt, og det finnes ingen uttømmende definisjon av «privatliv». Privatlivsbegrepet er ansett vidt nok til å konsumere beskyttelsen av familieliv, hjem og korrespondanse.⁹³ Grl. § 102 annet ledd slår fast at staten har en plikt til å sikre et vern om den «personlige integritet», og i forarbeidene begrunnes formuleringen i et ønske om å tydeliggjøre at bestemmelsen også omfatter en beskyttelse av «den enkeltes rett til selvbestemmelse og selvutfoldelse», som utredningen betegner som «personvern i vid forstand».⁹⁴ Selv om privatlivsvernet har en kjerne som er tydelig forankret i en negativ frihet, har privatlivsvernet etter dette også en positiv dimensjon.⁹⁵ Det er grunn til å poengtere at jeg i avhandlingen vil veksle mellom termene «privatlivsvern» og «personvern», men at jeg anser termene for i det store og det hele å referere til det samme meningsinnholdet.⁹⁶ I rettspraksis har det blitt lagt til grunn at Grl. § 102 verner om «menneskets fysiske og psykiske integritet, alle de ulike elementene i den enkeltes identitet i videste forstand, og den personlige autonomi».⁹⁷

Privatlivsvernet etter EMK art. 8 nr. 1 har også en negativ og en positiv dimensjon.⁹⁸ Konvensjonsvernet er ikke begrenset til beskyttelsen av en «inner circle», der «the individual may live

⁸⁹ Eng (2014) s. 360.

⁹⁰ Se også Solove (2008) s. 85.

⁹¹ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 50.

⁹² Grl. § 102 første ledd første punktum.

⁹³ Aall (2018) s. 214.

⁹⁴ Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 177.

⁹⁵ Et skille mellom negative og positive friheter har møtt kritikk i teorien, blant annet fordi en frihet alltid vil innebære en «freedom from something to something», se Koops (2017) s. 556. De to dimensjonene må ses i sammenheng, for «being let alone and developing one-self can be seen as two sides of a coin – often, they are both at stake», se Koops (2017) s. 571.

⁹⁶ Se blant annet Hovlid (2015) s. 23 for en diskusjon av begrepene.

⁹⁷ Rt. 2015 s. 93 avsnitt 58.

⁹⁸ X mot Island.

his own personal life as he chooses and to exclude there from entirely the outside not encompassed within that circle».⁹⁹ Privatlivsvernet skal etter EMDs praksis også sikre den enkelte en rett til å etablere og utvikle forhold med andre mennesker, og resten av verden.¹⁰⁰ Den private sfære er etter dette bredere enn den enkeltes intime sone og anonymitetstilstand – vernet handler i tillegg om å bevare de private og sosiale rommene der den enkelte samhandler med andre.¹⁰¹

Personopplysningsvernet kan ses som en side av privatlivsvernet, idet vernet omhandler en spesifikk beskyttelse av den enkeltes privatliv, nemlig beskyttelsen mot behandling av opplysninger om en selv. I Dok. nr. 16 (2011–2012) ble det foreslått å omtale personopplysningsvernet direkte.¹⁰² Selv om ordlyden i sin vedtatte form ble mer komprimert, ga Kontroll- og konstitusjonskomiteen uttrykk for at Grl. § 102 «skal leses som at systematisk innhenting, oppbevaring og bruk av opplysninger om andres personlige forhold bare kan finne sted i henhold til lov, benyttes i henhold til lov eller informert samtykke og slettes når formålet ikke lenger er til stede».¹⁰³ Personopplysningsvernets underliggende rasjonale har blitt beskrevet gjennom et begrep om *kognitiv suverenitet*, som kan beskrives som en persons mulighet og evne til å forstå sine ytre omgivelser og sin egen plass der med rimelig grad av treffsikkerhet, særlig implikasjonene omgivelsene har for valgene de treffer.¹⁰⁴ Det er grunn til å fremheve at EUs menneskerettighetspakt nedfeller retten til et personopplysningsvern som en egen rettighet i paktens art. 8. Bestemmelsens første ledd slår fast at «[e]veryone has the right to the protection of personal data concerning him or her», og annet ledd presiserer at slik data må behandles «fairly for specified purposes on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law». Bestemmelsen baserer seg på EMK art. 8, Europarådets konvensjon 108, samt personopplysningsdirektivet 95/46/EC.¹⁰⁵

3.2.3 Tanke- og meningsfrihet

Individets rett til tanke- og meningsfrihet står sentralt i europeisk rettighetstenkning. Meningsfriheten fremgår av Grl. § 100 annet ledd, EMK art. 10, SP art. 19 og EUs menneskerettighetspakt art. 11. Tankefriheten er nedfelt i EMK art. 9, SP art. 18 og EUs menneskerettighetspakt

⁹⁹ Shimovolos mot Russland avsnitt 64.

¹⁰⁰ Denisov mot Ukraina avsnitt 95.

¹⁰¹ Privatlivsvernet har blitt konseptualisert gjennom filosof Ludwig Wittgensteins familielikhetsbegrep, idet «[p]rivacy is not one thing, but a plurality of many distinct yet related things», se Solove (2015) s. 74.

¹⁰² Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 179.

¹⁰³ Innst. 186 S (2013–2014) s. 27. I likhet med andre inngrep i Grl. § 102, må loven ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig, jf. Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 28.

¹⁰⁴ Bygrave (2022) s. 173. Konseptet stammer fra sosiologen Ulrich Bech, som la til grunn at *kognitiv suverenitet* innebærer at personer kan stole på deres «own cognitive means and potential experiences» for å avgjøre hvilken fare og risiko de selv står ovenfor, slik at de ikke er «incompetent [‘unzuständig’] in matters of their own affliction», se Bygrave (2022) s. 174.

¹⁰⁵ C 303/17.

art. 10, men ikke i Grunnloven, på tross av at rettigheten ble anbefalt inntatt i forbindelse med grunnlovsrevisjonen i 2014.¹⁰⁶ Tanke- og meningsfriheten henger tett sammen.¹⁰⁷ Retten til å tenke fritt er sagt å beskytte «the absolute character of the freedom of an inner state of mind»,¹⁰⁸ noe som har blitt understreket i EMDs praksis,¹⁰⁹ i juridisk teori¹¹⁰ og av FNs menneskerettskomité.¹¹¹ Begge frihetene kan sies å omfatte en rett til å holde sitt indre liv for seg selv, samt en frihet fra å bli manipulert.¹¹² En forutsetning for en fri meningsdannelse er at «det eksisterer et fritt rom hvor meningene kan utvikles og dannes, før de eventuelt finnes gode nok til å bli presentert i det offentlige rom»,¹¹³ som demonstrerer frihetenes klare forbindelseslinje til privatlivsvernet og ytringsfriheten. Tanke- og meningsfriheten må også antas å innebære at staten «plikter å forby private fra å anvende trusler, tvang eller andre ulovlige midler for å påvirke andre personers meninger».¹¹⁴

Rettighetenes innhold er til tross for deres grunnleggende natur, lite definert. Bakgrunnen for det er nok at tankene våre tradisjonelt har vært utilgjengelige for alle andre, slik at en rettighetskollisjon først vil komme på spissen når tanken eller meningen manifesterer seg i en ytring eller handling.¹¹⁵ Utviklingen av ny teknologi har imidlertid gitt rettighetene en fornyet aktualitet. I 2021 oppfordret FNs barnekomité medlemsstatene til å utvikle standarder for å identifisere, definere og forby «practices that manipulate or interfere with children's right to freedom of thought and belief in the digital environment».¹¹⁶ Komiteen påpekte at automatiserte systemer kan brukes til å trekke slutninger om et barns «inner state», og at statene må sikre at «automated systems or information filtering systems are not used to affect or influence children's behaviour or emotions or to limit their opportunities or development».¹¹⁷ I 2021 ble det også avlevert en FN-rapport med et klart fokus på tankefriheten. Til tross for den begrensede bruken

¹⁰⁶ Dok. nr. 16 (2011–2012) kapittel 13 og 16.

¹⁰⁷ Schabas (2015) s. 457.

¹⁰⁸ Scheinin (1992) s. 266. Det fremgår også av Dok. nr. 16 (2011–2012) at bestemmelsen ikke kun har en religiøs dimensjon, idet det pekes på at tankefriheten blant annet har gitt seg utslag i «arbeidsmiljøloven § 13-4 om at det ved ansettelse ikke kan kreves opplysninger om hvordan søkeren stiller seg til politiske spørsmål» på s. 154.

¹⁰⁹ Kokkinakis mot Hellas avsnitt 31.

¹¹⁰ Schabas (2015) s. 420.

¹¹¹ HRI/GEN/1/Rev.1 s. 35.

¹¹² Vermeulen (2006) s. 752.

¹¹³ Eggen (2002) s. 306.

¹¹⁴ Ibid. s. 305. Han antar at staten for eksempel kan ha en «plikt til å forby reklame som påvirker underbevisstheten».

¹¹⁵ Schabas (2015) s. 420.

¹¹⁶ CRC/C/GC/25 avsnitt 62. Ekspertgruppen for digital læringsanalyse, som legger frem sin sluttrapport i en NOU 6. juni 2023, er ventet å adressere problemstillingen, se Ekspertgruppen for digital læringsanalyse (2023).

¹¹⁷ CRC/C/GC/25 avsnitt 62.

i fortiden er FNs spesialrapportør av den oppfatning at rettigheten står «ready to rise to the complex challenges of the 21st century and beyond».¹¹⁸ Europarådets ministerkomité har også anerkjent at «[the] fine grained, sub-conscious and personalised levels of algorithmic persuasion may have significant effects on the cognitive autonomy of individuals and their right to form opinions and take independent decisions», og at dette kan lede til intet mindre enn «the corrosion of the very foundations of the Council of Europe».¹¹⁹

Flere forfattere ser retten til tanke- og meningsfrihet som en underkategori av privatlivsinteressen, men dette er særlig utbredt i en amerikansk kontekst, der man gjerne taler om retten til *intellectual privacy*.¹²⁰ Med denne termen siktes det til «protection from surveillance or interference when we are engaged in the processing of generating ideas – thinking, reading, and speaking with confidants before our ideas are ready for public consumption»,¹²¹ som må anses å referere til det samme som det vi i en europeisk kontekst forstår med tanke- og meningsfrihet. Et sentralt poeng å merke seg er at tankefriheten etter EMK art. 9 er formulert som en absolutt rettighet, som tilsier at rettigheten representerer noe annet, eventuelt noe mer spesifikt, enn den bredere privatlivsinteressen. Den generelle oppfatningen i rettspraksis og teori virker å være at art. 9 fungerer som *lex specialis* i møte med problemstillinger som kan subsumeres under både art. 8 og 9.¹²² I likhet med privatlivsvernet, kan tanke- og meningsfriheten ses som midler for å beskytte grunnleggende verdier knyttet til individets integritet og autonomi.¹²³

3.2.4 Informasjons- og ytringsfrihet

Individet har også en grunnleggende rett til informasjons- og ytringsfrihet. Utgangspunktet etter GrL § 100 annet ledd er at «[i]ngen kan holdes rettslig ansvarlig for å ha meddelt eller mottatt opplysninger, ideer og budskap». Dersom det skal gjøres unntak fra dette utgangspunktet må det la seg forsvare «holdt opp imot ytringsfrihetens begrunnelse i sannhetssøken, demokrati og individenes frie meningsdannelse». EMK art. 10 slår fast at enhver har rett til ytringsfrihet, og at denne rettigheten «shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference».¹²⁴ Informasjons- og meningsfriheten ses her som en del av ytringsfriheten. En forutsetning for den frie meningsdannelse er at man ikke bare har en rett

¹¹⁸ Shaheed (2021) s. 26.

¹¹⁹ Committee of Ministers (2019) avsnitt 9.

¹²⁰ Koops (2017) s. 531.

¹²¹ Richards (2015) s. 5.

¹²² Aall (2018) s. 217.

¹²³ Hughes (2015) s. 241.

¹²⁴ EMK art. 10 nr. 1 første og annet punktum. Bestemmelsens tredje punktum slår fast at rettigheten ikke er til hinder for at staten kan kreve lisensiering av «broadcasting, television or cinema enterprises».

til å meddele ytringer, men også fritt kan motta informasjon og ideer.¹²⁵ EUs menneskerettighetspakt art. 11 nr. 1 er formulert likt som EMK art. 10 nr. 1 første og annet punktum. SP art. 19 slår i første ledd fast at enhver har «the right to hold opinions without interference», mens «the right to freedom of expression» fremgår av bestemmelsens annet ledd, som også presiserer at ytringsfriheten inkluderer «the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice». Informasjons-, menings- og ytringsfriheten må ses i sammenheng.

En viktig begrunnelse for ytringsfriheten er sagt å være individets autonomi, som er beskrevet som «din individuelle frihet til å danne deg som menneske», fordi «vi er våre egne mål, vi er ikke midler til noe annet».¹²⁶ Ofte er det imidlertid ytringsfrihetens *samfunnsmessige* begrunnelse som løftes frem i domstolens argumentasjon, og ikke betydningen ytringsfriheten har for den enkelte som ytrer seg. Menneskerettighetene omtales ofte som bolverk for å hindre at man utfra samfunnshensyn begår uforholdsmessige inngrep i den enkeltes rettigheter, men samfunnsinteressen kan også sammenfalle med individets interesse. I neste kapittel vil jeg innta et samfunnsperspektiv.

3.3 Samfunnsperspektivet

3.3.1 Underliggende verdier

Tema i det følgende er menneskerettighetenes demokratiske begrunnelse. Ivaretagelsen av menneskerettighetene er en forutsetning for ivaretagelsen av et demokratisk samfunn, og vice versa. Bakgrunnen for at samfunnsperspektivet er særlig aktuelt å belyse i vår sammenheng, er at politisk mikromålretting endrer spillereglene for informasjonsflyten i den offentlige sfære, ved at datadrevne og algoritmestyrte prosesser avgjør innholdet av, samt omstendighetene rundt, informasjonen du presenteres for. Selv om fenomenet potensielt kun vil representere et mindre inngrep i den enkeltes rettigheter og friheter på et konkret plan, kan fenomenet påvirke samfunnsstrukturer på et overordnet nivå, for eksempel ved å endre det offentlige ordskifte eller få betydning for et offentlig valg. Dette er bakgrunnen for at det etter mitt syn er helt sentralt å løfte blikket, og understreke det gjensidige avhengighetsforholdet mellom menneskerettighetene og et demokratisk samfunn.

¹²⁵ NOU 2022: 9 s. 35.

¹²⁶ Kierulf (2021) s. 43. Sitatet refererer til Kants egenverdiformel, se kapittel 3.2.1.

Demokratiet som grunnleggende verdi har en konstitusjonell forankring i Grunnloven § 2, som slår fast at loven skal «sikre demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene».¹²⁷ Med *demokrati* sikter vi i rettslig sammenheng som utgangspunkt til et begrep som omfatter flere substansielle krav, herunder et vern om grunnleggende rettigheter og friheter.¹²⁸ Relasjonen mellom begrepene rettsstat og demokrati har vært gjenstand for mye diskusjon opp igjennom historien. Begrepene kan ses som sideordnede, idet de har et felles utspring i et visst verdiset som gjør dem «ideologisk og konseptuelt intimt gjensidig forbunde med kvarandre».¹²⁹ Rettsstaten trekker opp rammene for utøvelsen av demokratisk makt, og demokratisk legitimitet er en forutsetning for rettsstaten. Med *legitimitet* i denne sammenheng forstår jeg en form for makt som fører til at folk frivillig føyer seg etter myndighetenes beslutninger, fordi beslutningene oppfattes som akseptable.¹³⁰ Sterke demokratiske institusjoner og kulturer er forutsetninger for rettssikkerhet, demokratisk legitimitet og forutberegnelighet, noe som tilsier at «the principles of democracy require something more than the principles of the rule of law».¹³¹

I NOU 2003: 19 *Makt og demokrati* («Makt- og demokratiutredningen») oppstilles det fire måter å forstå demokratibegrepet på. For det første kan demokratitermen referere til en statsform, som «bygger på alminnelig og lik stemmerett, der folket har makt over de politiske beslutningene enten direkte eller gjennom valg av representanter».¹³² For det andre kan man tale om et liberalt demokrati, som legger stor vekt på «systemet av *rettigheter* og rettsstatlige garantier».¹³³ For det tredje kan demokratiet «tolkes som et system for samtale og deltakelse», der «hovedpoenget er selve samtalen og aktiviteten for å bli hørt». Deltakelsen og diskusjonen anses «dels som verdier i seg selv og dels som midler til å oppnå bredere politisk rekruttering, et mer informert beslutningsgrunnlag, modifikasjon og tilpasning av standpunkter og større legitimitet for vedtak».¹³⁴ Den fjerde måten å forstå demokratitermen på er etter utvalgets oppfatning demokratiet som et «felles verdigrunnlag».¹³⁵ De ulike begrepene bør ses i sammenheng, og de vil ofte ses under ett.

¹²⁷ Grl. § 2 annet punktum.

¹²⁸ Dette kan blant annet sies å komme til uttrykk i Dok. nr. 16 (2011–2012) s. 50.

¹²⁹ Jacobsen (2009) s. 283.

¹³⁰ Arnesen (2022) s. 10.

¹³¹ Bruce (2021) s. 61.

¹³² NOU 2003: 19 s. 14.

¹³³ *Loc. cit.* (original kursivering).

¹³⁴ *Loc. cit.*

¹³⁵ *Loc. cit.* Denne måten å forstå demokratitermen på kan ses i sammenheng med den substansielle demokratiteorien som fremhever demokratiets ideal om å fremme det «the common good», se O'Connell (2020) s. 14. Teorien handler om å fremme verdier som er i *fellesskapets* interesse, til forskjell fra *flertallets* interesse.

Demokratibegrepet har en sentral plass i EMK. I fortalen til Europarådets statutter fra 1949 fremheves det at statene bekrefter «their devotion to the spiritual and moral values which are the common heritage of their peoples and the true source of individual freedom, political liberty and the rule of law, principles which form the basis of all genuine democracy».¹³⁶ EMD har flere ganger lagt til grunn at konvensjonen er et instrument som er utviklet med formål om å ivareta og fremme de grunnleggende idealene og verdiene i et demokratisk samfunn.¹³⁷ Ethvert inngrep i konvensjonens art. 8–11 må være «necessary in a democratic society». EMDs demokratibegrep har en tydelig substansiell dimensjon, og domstolen trekker stadig frem verdier som pluralisme, toleranse, storsinnethet, likhet, frihet og individenes selvtvoldelse som grunnleggende karakteristikk ved et funksjonelt demokrati.¹³⁸ De siste tiårene kan EMD sies å ha økt oppmerksomheten rundt sammenhengen mellom konvensjonens substansielle rettigheter og «the concept and existence of democracy within the member states».¹³⁹ EMD har blant annet fremhevet at «there is undoubtedly a link between all of these provisions, namely the need to guarantee respect for pluralism of opinion in a democratic society through the exercise of civic and political freedom».¹⁴⁰

Demokratibegrepet har også en sentral plass i EU-retten. EUs menneskerettighetspakt slår fast at unionen er fundert på «the indivisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity; it is based on the principles of democracy and the rule of law». I desember 2020 lanserte EU-kommisjonen en «Democracy Action Plan», begrunnet i behovet for å styrke EUs demokratier.¹⁴¹ Handlingsplanen uttrykker en klar ambisjon om å ta det europeiske prosjektet lenger enn en realisering av det indre marked.¹⁴²

3.3.2 Demokratihensynet ved tolkningen av menneskerettighetene

Ytringsfriheten har en klar demokratisk begrunnelse, og rettighetens betydning for ivaretagelsen av et demokratisk samfunn trekkes stadig frem i tolkningen av rettighetsvernet. Grl. § 100 annet ledd slår uttrykkelig fast at ytringsfriheten begrunnes i «sannhetssøken, demokrati og individenes frie meningsdannelse». Både NOU 1999: 27 *Ytringsfrihed bør finde Sted* og NOU 2022: 9 *En åpen og opplyst offentlig samtale* oppsummerer ytringsfrihetens betydning for de-

¹³⁶ Se ETS nr. 1. En lignende formulering er inntatt i fortalen til EMK.

¹³⁷ Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark avsnitt 53.

¹³⁸ Se blant annet Oberschlik mot Østerrike avsnitt 58. EMD legger tilsynelatende ikke til grunn én bestemt demokratiteori, men virker å inkorporere elementer fra ulike teorier.

¹³⁹ Zand (2017) s. 200.

¹⁴⁰ Ždanoka mot Latvia avsnitt 115.

¹⁴¹ EU-kommisjonen (2020).

¹⁴² Drunen (2022) s. 193. Se kapittel 5.3.1.

mokratiet gjennom nøkkelpunktene «informasjonsfrihet, offentlig meningsutveksling og offentlighet som kontroll».¹⁴³ NOU 2022: 9 fremhever at informasjonsfriheten er en «toveisprosess», der de folkevalgte får informasjon om velgernes holdninger, ønsker og verdier, og velgerne får informasjon «om hva slags program politikerne går til valg på, og hvilke fakta de bygger sine standpunkt på».¹⁴⁴ Den offentlige meningsutvekslingen er viktig for både sannhetsøken og individenes frie meningsdannelse. Tanken er at de politiske beslutningene blir bedre av at «alle argumenter bringes til torgs», og at det er av «verdi i seg selv at alle er med og bestemmer».¹⁴⁵ Aktiv deltakelse i den tradisjonelle samfunnsdebatten er som utgangspunkt forbeholdt enkelte aktører, som politikere og organisasjonsrepresentanter, noe som innebærer at «[f]or det enkelte individ er det muligens ikke vedkommendes politiske ytringsfrihet, men kanskje heller retten til å motta informasjon som har størst *faktisk* betydning».¹⁴⁶ Ytringsfrihetens kontrollfunksjon baserer seg på det klassiske spørsmålet om hvem som vokter vokterne, idet svaret til sjuende og sist er at det er «borgerne i fellesskap som sørger for at maktutøverne er underlagt kontroll».¹⁴⁷

EMD har en rekke ganger fremhevet at ytringsfriheten utgjør «one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment».¹⁴⁸ Individets rett til selvtutfoldelse ses i en større samfunnsmessig kontekst, der utfoldelsen ikke bare gagnar det enkelte individ, men samfunnet som helhet. Det er ikke kun den enkeltes egeninteresse i å fremme ytringen, og den instrumentelle verdien dette har for dennes autonomi, som er av betydning.¹⁴⁹ Vernet tar utgangspunkt i en individuell interesse, men denne interessen «takes its normative force within the collective framework of 'democracy' or 'democratic society'».¹⁵⁰ EMD har flere ganger understreket at «freedom of political debate is at the very core of the concept of democratic society which prevails throughout the Convention».¹⁵¹ Det er av verdi for samfunnet at synspunkter i saker av allmenn interesse fremsettes og konfronteres i offentligheten.¹⁵² Diskusjon om politiske kandidater og deres partiprogrammer styrker velgernes evne til å fatte informerte beslutninger om hvilke partier de skal

¹⁴³ NOU 1999: 27 s. 22 og NOU 2022: 9 s. 39.

¹⁴⁴ NOU 2022: 9 s. 39.

¹⁴⁵ *Loc. cit.*

¹⁴⁶ Eggen (2002) s. 68 (original kursivering). Deltakelsen i uformelle politiske aktiviteter er derimot stor, slik som i diskusjoner og delinger på internett, se Fimreite (2020) s. 23.

¹⁴⁷ NOU 2022: 9 s. 39

¹⁴⁸ Palomo Sánchez mfl. mot Spania avsnitt 53.

¹⁴⁹ Zysset (2017) s. 158.

¹⁵⁰ *Ibid.* s. 154.

¹⁵¹ Lingens mot Østerrike avsnitt 42.

¹⁵² Zysset (2017) s. 158.

stemme på.¹⁵³ Den offentlige debatten gir også politikere muligheten til å reflektere og kommentere «on the preoccupations of public opinion».¹⁵⁴ Det normative idealet om en informert offentlig debatt utgjør etter dette en sentral begrunnelse for ytringsfriheten. Med vekt på ytringsfrihetens demokratibegrunnelse stilles det særlig strenge krav til rettferdiggjøring av inngrep i rettigheten.

Demokratibegrunnelsen trekkes sjeldere frem i møte med privatlivsvernet, som i større grad har blitt ansett som en rettighet som «the individual holds in opposition to the society».¹⁵⁵ Dette har blitt kritisert i teorien, der det har blitt trukket frem at det å konseptualisere privatlivsvernet «exclusively in individualistic terms», ofte vil resultere i at privatlivsvernet undervurderes i utilitaristiske avveininger.¹⁵⁶ Som utgangspunkt vil rettighetsavveiningen innebære at *ulike samfunnsinteresser* veies mot hverandre. Et privatliv er «something we all value, it is important for the democratic political system and we cannot have it unless we work together».¹⁵⁷ Den private sfære gir grobunn for samfunnets intellektuelle utvikling ved å gi den enkelte rom til å utvikle ideer og tanker av samfunnsverdi.¹⁵⁸ Privatlivsvernet påvirker sosiale strukturer og maktforhold, demokrati og individuell frihet,¹⁵⁹ og kan fungere som et bolverk mot totalitære regimer.¹⁶⁰

På tross av at teorien i flere tiår har understreket at privatlivsvernet er av sentral betydning for ivaretagelsen av et demokratisk samfunn, bærer EMDs avgjørelser fremdeles preg av å fokusere på privatlivsvernets individuelle begrunnelser i rettighetsavveiningen.¹⁶¹ Selv om det implisitt i EMDs argumentasjon kan sies å eksistere en anerkjennelse av at individenes rett til selvutfoldelse også er av verdi for demokratiet, fremgår det ikke nødvendigvis eksplisitt. I motsetning til hva som er tilfellet for saker som involverer ytringsfriheten, der ytringsfrihetens ilegges særskilt vekt på grunn av rettighetenes demokratibegrunnelse, nevner EMD sjeldnere privatlivsvernets demokratiske dimensjon. Det kan virke som det underforstått i domstolens argumentasjon opereres med «a connection between privacy and the broader societal aims, but it would be preferable to see this brought center stage into the Court's general principles (alongside the interests of the individual) in a way that is comparable with the other Convention rights».¹⁶²

¹⁵³ Sanchez mot Frankrike avsnitt 152.

¹⁵⁴ Castells mot Spania avsnitt 43.

¹⁵⁵ Hughes (2015) s. 225.

¹⁵⁶ Solove (2015) s. 78.

¹⁵⁷ Hughes (2015) s. 225.

¹⁵⁸ Ibid. s. 229.

¹⁵⁹ Solove (2008) s. 87–88.

¹⁶⁰ Hughes (2015) s. 228.

¹⁶¹ Ibid. s. 227.

¹⁶² Ibid. s. 242.

Dersom privatlivsvernet kun anses å gi et individvern, vil beskyttelsen av rettigheten vanskeligere rettferdiggjøre et inngrep i ytringsfriheten, når ytringsfrihetens demokratiske kjerne aktualiseres i en forholdsmessighetsvurdering.

I NOU 2022: 11 *Ditt personvern – vårt felles ansvar* trekker utvalget frem at behandling av personopplysninger kan gi enkelte aktører stor innflytelse, fordi det «ligger mye makt i å ha inngående kunnskap om, og potensielt kunne benytte opplysninger om, personers liv, tanker og hemmeligheter», for eksempel til å «skreddersy budskap». ¹⁶³ Privatlivsvernet kan fungere som et hinder for maktmisbruk i form av overvåkning, utnyttelse og manipulasjon. Utvalget påpeker også at det er et «grunnleggende problem at det er vanskelig å ta stilling til konsekvenser av egne handlinger som rammer et abstrakt kollektiv», og at det er «svakheter ved å overlate et felles samfunnsgode som personvern til enkeltindividers valg». ¹⁶⁴ Den samlede effekten av enkeltindividers tilsynelatende ubetydelige valg, kan påvirke alles personvern.

3.3.3 Den offentlige meningsdannelsen

Privat og offentlig autonomi utgjør et grunnleggende begrepspar i den politiske filosofien til Habermas, der de to størrelsene anses å være innbyrdes avhengige av hverandre. Privat autonomi er en forutsetning for offentlig autonomi, og omvendt. ¹⁶⁵ Med privat autonomi siktes det til enkeltindividers «freedom to rule oneself within a legally delimited sphere of action, [...] usually secured through constitutionalized individual legal rights to particular civil liberties». ¹⁶⁶ Den offentlige autonomien handler om «freedom to influence the content of the laws one is subject to», gjennom «reason-based communicative processes». ¹⁶⁷ Begrepet om den offentlige autonomi må ses i sammenheng med Habermas sitt begrep om et deliberativt demokrati, som vektlegger «collective practices of reasoned and open debate, discussion, and decision making concerning matters of public interest». ¹⁶⁸ Demokratibegrepet hans baserer seg på «a complex multilayered account of the legitimate circulation of power, where broad, inclusive, and anarchic informal public spheres work up various forms of reasons and arguments that collectively make up political public opinion». ¹⁶⁹ Begrunnelsene og argumentene som oppstår i de uformelle sfærene kanaliseres deretter gjennom sluser («sluice gates») til de mer formelle institu-

¹⁶³ NOU 2022:11 s. 9

¹⁶⁴ Ibid. s. 32.

¹⁶⁵ Habermas (1996) s. 408. Tradisjonelt har det blitt ansett å foreligge et spenningsforhold mellom *liberalismens* individfokus og samfunnsperspektivet i den *klassiske republikanismen* – en spenning Habermas anser å løse gjennom sin teori, se Habermas (1996) s. 454 og O’Connell (2020) s. 24.

¹⁶⁶ Zurn (2019) s. 348.

¹⁶⁷ Ibid. s. 349.

¹⁶⁸ *Loc. cit.*

¹⁶⁹ *Loc. cit.*

sjonaliserte offentlige sfærene «to transform communicatively generated opinion into legal decisions on public policy».¹⁷⁰ Prosessen gir de formelle beslutningene demokratisk legitimitet, i form av å legge til rette for befolkningens deltakelse og påvirkningsmuligheter, noe som inngir tillit.¹⁷¹

Habermas legger vekt på at retten kun vil være legitim dersom den springer ut av borgernes diskusjonsbaserte meningsdannelse.¹⁷² En konstitusjonelt regulert maktfordeling «should be nourished by the communications of an unsubverted public sphere rooted in the core private spheres of an undisturbed lifeworld via the networks of civil society».¹⁷³ Samspillet mellom de uformelle og formelle prosessene er etter dette avgjørende for det demokratibegrepet Habermas opererer med. Det er argumenter og begrunnelser, og ikke stemmer og tall, som gir det politiske systemet legitimitet.¹⁷⁴ Habermas knytter flere forutsetninger til offentlighetsbegrepet, som særlig gjelder inkludering og lik rett til deltakelse, ekskludering av bedrageri og illusjoner, samt fraværet av tvang, idet «communication must be free from restrictions that prevent the better argument from being raised and determining the outcome of the discussion».¹⁷⁵ Offentlighetsbegrepet fordrer etter dette at deltakerne i offentligheten står mer eller mindre fritt til å vurdere det som presenteres, uten å styres eller manipuleres.¹⁷⁶ Denne friheten kan ses som en «implisitt forutsetning for forestillingen om en offentlighet», som gjelder «selv om de praktiske mulighetene til å vurdere og å tolke uttrykk i offentligheten ofte vil være begrenset».¹⁷⁷

For vårt formål er det grunn til å merke seg at en demokratisk kultur, som «berre kan produserast gjennom ein bred og open offentleg samtale», har en sentral plass i vår forståelse av demokratibegrepet.¹⁷⁸ Demokratitermen viser ikke kun til statsformen eller ivaretakelsen av individenes grunnleggende rettigheter, men også til en institusjonalisering av den ideelle prosessen for å sikre fornuftige og rettferdige resultater gjennom utøvelsen av offentlig autonomi. Demokratiet som styreform begrunnes ikke *kun* funksjonelt, som et middel for å nå et mål, i form av å være den styreform som er mest egnet til å fremme enkeltindividets interesser. Demokratibegrepet tar også opp i seg egenverdien av den politiske meningsdannelsen – både i private og offentlige

¹⁷⁰ Zurn (2019) s. 349. Med «institusjonaliserte offentlige sfærer» siktes det til behandling i offentlige organer, som lovgiver, forvaltningen og domstolene.

¹⁷¹ Cohen (2021) s. 27–28. Jeg forstår her legitimitetsbegrepet på samme måte som beskrevet i kapittel 3.3.1.

¹⁷² Habermas (1996) s. 408.

¹⁷³ *Loc. cit.*

¹⁷⁴ Chambers (2018) s. 61.

¹⁷⁵ Habermas (2008) s. 50.

¹⁷⁶ Eriken (2016) s. 18–19.

¹⁷⁷ *Loc. cit.*

¹⁷⁸ Jacobsen (2009) s. 283.

sfærer. Habermas fremhever at grunnleggende rettigheter, friheter og prinsipper gjennomgående vil være svaret på hvilke krav som må stilles til en institusjonalisert demokratisk prosess.¹⁷⁹ Han understreker imidlertid også at «[b]asic constitutional guarantees alone, of course, cannot preserve the public sphere and civil society from deformation», men at «[t]he communication structures of the public sphere must rather be kept intact by an energetic civil society».¹⁸⁰ Mens individers private autonomi sikres gjennom nedfelte menneskerettigheter, sikres individers offentlige autonomi gjennom konstitusjonelle prosesser for utøvelsen av demokratisk makt. Habermas diskursorienterte demokratibegrep innebærer at «neither private nor public autonomy can have priority over the other, since the legitimate exercise of either presupposes the legitimate exercise of the other».¹⁸¹ En forutsetning for at vi skal kunne tale om et demokrati er ivaretagelsen av grunnleggende rettigheter, på samme tid som grunnleggende rettigheter kun kan ivaretas i et demokrati. Datatilsynet viser i sin rapport *På parti med teknologien* til Habermas, og understreker at en «velfungerende offentlig sfære er [...] helt avhengig av at borgerne har en privatsfære som er skjermet fra offentlighetens søkelys».¹⁸² Da er det en utfordring at «dagens offentlighet i økende grad flyttes over i den digitale sfæren», der «ytringer og aktiviteter overvåkes, registreres, lagres og fungerer som datagrunnlag for kommersielle virksomheter».¹⁸³

3.4 Statens forpliktelser og handlingsrom i reguleringen av politisk mikromåletting

3.4.1 En plikt til å regulere?

Den tradisjonelle tilnærmingen til fastleggelsen av statsforpliktelsens innhold har vært å hevde at de sivile og politiske rettighetene pålegger staten en passivitetsplikt, mens de økonomiske, sosiale og kulturelle rettighetene innebærer at staten har en plikt til å foreta aktive handlinger.¹⁸⁴ I dag er det imidlertid anerkjent at et bedre analytisk utgangspunkt er at rettighetene inneholder et cluster av ulike forpliktelser, hvorav enkelte forpliktelser innebærer at staten plikter å avstå fra å handle, mens andre plikter vil kreve positiv handling.¹⁸⁵ Et eksempel på sistnevnte er at staten plikter å sikre konvensjonsrettighetene «by setting up a legislative framework taking into consideration the various interests to be protected in a particular context», på en måte som gir

¹⁷⁹ Jacobsen (2009) s. 281, som siterer Habermas (1999) s. 287.

¹⁸⁰ Habermas (1996) s. 369.

¹⁸¹ Zurn (2019) s. 350.

¹⁸² Datatilsynet (2019a) s. 7.

¹⁸³ *Loc. cit.*

¹⁸⁴ Strand (2021) s. 28.

¹⁸⁵ Fredman (2008) s. 69. Det rettslige grunnlaget for den positive sikringsplikten hjemles i EMK art. 1, som slår fast at statene skal «secure the practical and effective protection of the rights and freedoms’ enshrined in the Convention», se Kontrová mot Slovakia avsnitt 51.

tilstrekkelige garantier mot ulovlige inngrep i rettighetsvernet.¹⁸⁶ Statens regulatoriske forpliktelser må forstås i bred forstand, idet forpliktelsen også omfatter krav om kontroll og håndheving.¹⁸⁷ Domstolene skal sikre konvensjonsrettighetene i sin tolkning og anvendelse av nasjonal rett.¹⁸⁸ På denne måten får konvensjonen i utstrakt grad en indirekte horisontal virkning.¹⁸⁹ Myndighetene kan etter dette ha en *positiv forpliktelse* til å regulere. Det kan for eksempel tenkes at det er nødvendig å gripe inn i ytringsfriheten «i form av innholdsneøytrale reguleringer av det offentlige rom» for å ivareta informasjons- og meningsfriheten, ved å «sikre borgerne størst mulig utvalg av meninger å velge mellom».¹⁹⁰ Det kan også tenkes at myndighetene plikter å gi lovgivning som setter skranker for aktiviteter som griper uforholdsmessig inn i den enkeltes privatlivsvern.

Det er også grunn til å trekke frem retten til frie valg etter EMKs første tilleggsprotokoll. Rettigheten har blitt begrunnet i at det er «particularly important in the period preceding an election that opinions and information of all kinds are permitted to circulate freely».¹⁹¹ I *Sukran Aydin mot Tyrkia* fremhevet domstolen at fri sirkulasjon av politiske meninger er en forutsetning for at vi overhodet skal kunne tale om frie valg.¹⁹² Retten til frie valg etter EMK art. 3 TP1 oppstiller ikke en individuell rettighet, men pålegger myndighetene en positiv forpliktelse til å overholde visse krav til demokratiske valg. Dette skiller rettigheten fra de fleste andre konvensjonsrettighetene, som er formulert som individuelle rettigheter og friheter.¹⁹³

Grl. § 100 sjette ledd slår fast at statens myndigheter har en plikt til «å legge forholdene til rette for en åpen og opplyst offentlig samtale». Den positive forpliktelsen må ses i sammenheng med den demokratiske kulturens sentrale plass for vår demokratiforståelse. Kravet innebærer at myndighetene pålegges en aktiv informasjonsplikt, i tillegg til den passive informasjonsplikten i bestemmelsens femte ledd. En forutsetning for ytringsfriheten er at det finnes «et institusjonalisert offentlig rom relativt uavhengig av den private sfære, et rom der man fritt kan la seg informere og der den offentlige samtale kan foregå».¹⁹⁴ I forarbeidene til Grl. § 100 vises det til Habermas og påpekes at en slik «borgerlig offentlighet» ikke er en selvfølge, «men et institusjonelt system formet i en historisk prosess».¹⁹⁵ Det fremheves at den offentlige samtalen kun

¹⁸⁶ *Bârbulescu mot Romania* avsnitt 114–115 og 120.

¹⁸⁷ *Smiljanic mot Kroatia* avsnitt 66.

¹⁸⁸ *Paulić mot Kroatia* avsnitt 42.

¹⁸⁹ Gerards (2019) s. 159.

¹⁹⁰ Eggen (2002) s. 69. Se også Grl. § 100 sjette ledd.

¹⁹¹ *Bowman mot Storbritannia* avsnitt 42.

¹⁹² *Sukran Aydin mot Tyrkia* avsnitt 55.

¹⁹³ Dette påpekes blant annet i *Ždanoka mot Latvia* avsnitt 102.

¹⁹⁴ NOU 1999: 27 s. 30.

¹⁹⁵ *Loc. cit.*

vil «kunne tjene bruken av den felles fornuft, utviklingen av det myndige menneske og den demokratiske prosess» dersom offentligheten består av et «velstrukturert institusjonelt system». ¹⁹⁶

Jeg vil ikke konkludere i spørsmålet om staten har en menneskerettslig forpliktelse til å regulere politisk mikromålretting. En slik vurdering fordrer en sammensatt drøftelse av samtlige tiltak staten gjennomfører for å ivareta grunnleggende menneskerettigheter og et velfungerende offentlig rom, og det er ikke kun regulering av politisk mikromålretting som vil være aktuelt å ta stilling til i denne sammenhengen. Det er etter min oppfatning et behov for en bredere gjennomgang av konsekvensene digitaliseringen og automatiseringen har for ivaretakelsen av menneskerettighetene og demokratiet. Denne avhandlingen gir ikke anledning til å gå i dybden på problematikken.

3.4.2 Et handlingsrom til å regulere?

Menneskerettighetene kan også sette skranke for statens reguleringer av politisk mikromålretting. Spørsmålet i det følgende er hvilket handlingsrom staten har til å nedlegge generelle forbud for fenomenet. Analysen vil ta utgangspunkt i EMDs rettspraksis om politisk markedsføring, som, etter mitt syn, kan anvendes *mutatis mutandis* for politisk mikromålretting som følge av likhetstrekkene mellom politisk markedsføring og politisk mikromålretting. Rettspraksisen om politisk markedsføring gjelder reguleringer med sikte på å fremme demokratisk debatt og ivareta en velfungerende offentlig samtale.

Avgjørelsen *TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge* gjaldt gyldigheten av Statens medieforvaltnings vedtak om å ilegge et TV-selskap et gebyr for å ha overtrådt forbudet mot politisk markedsføring. ¹⁹⁷ EMD anerkjente i denne avgjørelsen at det er legitimt å regulere med formål om å verne «the integrity of democratic processes, to obtain a fair framework for political and public debate and to ensure that those who could afford it did not obtain an undesirable advantage through the possibility of using the most potent and pervasive medium». ¹⁹⁸ Etter domstolens oppfatning var imidlertid ikke en begrensning av ytringsfriheten forholdsmessig i den konkrete saken, fordi Rogaland Pensjonistparti ikke fikk noen sendetid i redaktørstyrte TV-programmer, slik at TV-reklame i realiteten var den eneste måten partiet kunne nå ut til velgerne på. Det ble også trukket frem at reklamen i seg selv ikke inneholdt elementer som var egnet til

¹⁹⁶ NOU 1999: 27 s. 30.

¹⁹⁷ Se Rt. 2004 s. 1737. Forbudet i kringkastingsloven er begrunnet i hensynet til å beskytte den offentlige debatt, idet «politisk reklame i etermediene vil bidra til å utvikle en uheldig debattform», jf. Ot.prp. nr. 58 (1998–1999) s. 11.

¹⁹⁸ *TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge* avsnitt 70.

å svekke kvaliteten på den politiske debatten.¹⁹⁹ I etterkant av avgjørelsen fra EMD, orienterte regjeringen Stortinget om avgjørelsens betydning for norsk rett i St.meld. nr. 18 (2008–2009). Regjeringen mente avgjørelsen kun ville «legge føringer for små partiers ytringsfrihet og mulighet til å få dekning på TV», og forbudet ble derfor opprettholdt.²⁰⁰

Spørsmålet om politisk TV-reklame ble igjen gjenstand for behandling av EMD i *Animal Defenders International mot Storbritannia*. Under skarp dissens (9–8) konkluderte flertallet med at det britiske forbudet mot politisk markedsføring på TV *ikke* var i strid med EMK art. 10. Flertallet la vekt på at nasjonalstatens skjønnsmargin er vid i spørsmål om hvordan staten ønsker «to mould its own democratic vision», fordi nasjonalstatens myndigheter har best forutsetninger for å vurdere demokratiske utfordringer i deres stat.²⁰¹ Domstolen trekker også frem at skjønnsmarginen er vid som følge av manglende europeisk konsensus på området.²⁰² Det fremheves at hensynet til å beskytte «the electoral process as part of the democratic order» er legitimt. Domstolen presiserer at hensynet ikke begrenser seg til perioden før et valg, «since the democratic process is a continuing one to be nurtured at all times by a free and pluralist public debate».²⁰³ EMD vektlegger at nasjonalstaten i henhold til konvensjonen kan «adopt general measures which apply to pre-defined situations regardless of the individual facts of each case even if this might result in individual hard cases», og at et slikt generelt forbud må skilles fra forhåndsbegrensninger av en individuell ytringsakt.²⁰⁴ Ved bedømmelsen av generelle reguleringsforholdsmessighet skal EMD ta utgangspunkt i kvaliteten på lovgivers begrunnelse for lovgivningen. Det er også relevant å trekke inn risikoen for misbruk «if a general measure where to be relaxed», eller om et generelt forbud er bedre egnet til å oppnå formålet enn en bestemmelse som åpner for en konkret vurdering fra sak til sak. Den rettslige usikkerheten en slik regulering vil kunne medføre, er også et relevant hensyn som kan begrunne en generell regulering.²⁰⁵

EMD la stor vekt på at Storbritannias myndigheter, både lovgivende og dømmende makt, hadde foretatt en grundig vurdering av tiltaket, og at det konkrete forbudet adresserte spesifikke trusler

¹⁹⁹ TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge avsnitt 73–74.

²⁰⁰ St.meld. nr. 18 (2008–2009) kapittel 2.

²⁰¹ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 111.

²⁰² I avsnitt 123 kommenterer EMD at «[s]uch is the lack of consensus in this area that the Committee of Ministers of the Council of Europe [...] declined to recommend a common position on the issue». Uttalelsen er interessant å se i sammenheng med EUs forslag om harmonisering av regler om politisk markedsføring og målretting, som ble fremsatt i 2021. Dette forordningsforslaget vil være gjenstand for drøftelse i kapittel 5.3.

²⁰³ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 111.

²⁰⁴ *Ibid.* avsnitt 106.

²⁰⁵ *Ibid.* avsnitt 108.

mot en åpen og opplyst debatt. Forbudet rettet seg mot politisk markedsføring «as it was considered to go to the heart of the democratic process», og gjaldt kun radio og TV fordi disse mediene ble ansett å yte størst påvirkning.²⁰⁶ Domstolen mente ikke at fremveksten av internett og sosiale medier markerte et «sufficiently serious shift in the respective influences of the new and of the broadcast media in the respondent State to undermine the need for special measure for the latter». Synspunktet ble begrunnet med at informasjonen som presenteres på internettet «does not have the same synchronicity or impact as broadcasted information».²⁰⁷ Det kan reises spørsmål ved om domstolen ville ha lagt det samme til grunn i dag.

EMDs tilnærming i *Animal Defenders* skiller seg fra domstolens fremgangsmåte i tidligere saker om forbud mot politisk markedsføring. I stedet for å plassere saken i relasjon til tidligere praksis, tar EMD utgangspunkt i at vurderingen av «a general measure» fordrer en annerledes forholdsmessighetstest enn den tradisjonelle tretrinns testen. Det fremgår ikke av avgjørelsen hvorfor EMD foretar et skifte i tilnærmingen til rettighetsprøvingen. Dersom domstolen hadde adressert at sakskomplekset *ikke* skiller seg fra de øvrige sakene om politisk reklame, men allikevel behandlet saken annerledes, kunne avgjørelsen «be considered legal authority following a *lex posterior* principle».²⁰⁸ Det er grunn til å fremheve at «[t]he lack of thematizing what distinguishes *Animal Defenders* from *TV Vest* leaves the legal status of blanket bans on TV advertising unclear».²⁰⁹ Avgjørelsen er avsagt i storkammer, og fulgt opp i senere avgjørelser,²¹⁰ noe som tilsier at avgjørelsen må ilegges stor rettskildemessig vekt. Samtidig senkes prejudikatverdien til avgjørelsen i en viss grad av den skarpe dissensen, samt av at domstolen ikke begrunner den nye tilnærmingen. Som jeg vil komme tilbake til i kapittel 5.3.1, er det også grunn til å sette spørsmålsteget ved om en forordning om politisk markedsføring og målretting vil danne grunnlag for en europeisk konsensus som innsnevrer nasjonalstatens skjønnsmargin på området.

EMDs overordnede presumsjon er at individualiserte forholdsmessighetsvurderinger med utgangspunkt i den konkrete saken er å foretrekke over generell lovgivning.²¹¹ Domstolen vedkjenner imidlertid at det kan være gode grunner til å vedta «a blanket rule that does not allow for (much) individualisation, especially from a perspective of legal certainty».²¹² Muligens kan staten argumentere for at regulering av politisk mikromålretting er nødvendig for å beskytte

²⁰⁶ *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 117.

²⁰⁷ *Ibid.* avsnitt 119.

²⁰⁸ Kierulf (2018) s. 198.

²⁰⁹ *Loc. cit.*

²¹⁰ Se blant annet *L.B. mot Ungarn* avsnitt 48.

²¹¹ Gerards (2019) s. 256.

²¹² *Ibid.* s. 258.

mot misbruk av grunnleggende menneskerettigheter og for å ivareta en demokratisk debatt. Et generelt forbud kan begrunnes i at det vil kunne være vanskelig å avdekke hvem som står bak den politiske mikromålrettingen. Kanskje skjuler det seg russisk etterretning bak en ideell organisasjon, og kanskje har en organisasjon splittet seg opp i flere organisasjoner, for eksempel for å unngå størrelsesrettet lovgivning.²¹³ Selv om prejudikatverdien av *Animal Defenders* er usikker, er det etter min oppfatning grunn til å fremholde at staten har en menneskerettslig adgang til å regulere politisk mikromålretting.

Oppsummeringsvis kan det trekkes frem at jeg i dette kapitlet har søkt å skissere et menneskerettslig og demokratisk rammeverk for den videre drøftelsen, ved å belyse de aktuelle rettsnormenes underliggende verdier. Hovedpoenget har vært å formidle at ivaretakelsen av individuelle rettigheter henger tett sammen med ivaretakelsen av et demokratisk samfunn. Regelverk som skal tolkes i lys av grunnleggende rettigheter og friheter, må etter dette også tolkes i lys av bredere samfunnshensyn. Det er nå tid for å ta fatt på avhandlingens hovedanalyse. I det følgende vil jeg drøfte rettslige skranker for politisk mikromålretting i personopplysningsloven.

4 Rettslige skranker i personopplysningsloven

4.1 Utgangspunkter

4.1.1 Gjennomføring og virkeområde

Denne delen av avhandlingen søker å identifisere, analysere og vurdere de rettslige skrankene for politisk mikromålretting i personopplysningsloven. Personopplysningsloven § 1 gjennomfører personvernforordningen 2016/679 i norsk rett ved inkorporasjon. Inkorporasjonen innebærer at forordningen gjøres gjeldende som norsk lov uten endringer, med unntak av de tilpasninger som er avtalt ved innlemmelse i EØS-avtalen.²¹⁴ EØS-avtalens art. 129 første ledd slår fast at de utarbeidede norskspråklige versjonene av rettsaktene publisert i Den europeiske unions tidende har «samme gyldighet» som medlemslandenes språkversjoner.²¹⁵ Av denne grunn vil jeg ta utgangspunkt i den norske versjonen av personvernforordningen. Jeg vil imidlertid også trekke på andre språkversjoner i tolkningen.

For at personopplysningsloven skal komme til anvendelse må den politiske mikromålrettingen falle innenfor lovens saklige, geografiske og personelle virkeområde.²¹⁶ Pliktsubjektene etter forordningen kan være både private og offentlige aktører, så lenge disse «alene eller sammen med andre bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke midler som

²¹³ Se *Animal Defenders International mot Storbritannia* avsnitt 122.

²¹⁴ EØS-avtalen vedlegg XI nr. 5e.

²¹⁵ Alle medlemslandenes språkversjoner er autentiske.

²¹⁶ Pol. §§ 2–4.

skal benyttes»,²¹⁷ eller behandler personopplysninger «på vegne av» den som gjør det.²¹⁸ Alle aktørene involvert i politisk mikromålretting kan derfor tenkes å være pliktsubjekter etter forordningen, se kapittel 2.1.²¹⁹ Lovens saklige virkeområde omfatter «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger» og «ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår eller skal inngå i et register».²²⁰ En «behandling» refererer til «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger»,²²¹ og «automatisert» viser til behandling av personopplysninger «som utføres eller kontrolleres av en maskin».²²² For å fokusere fremstillingen, vil jeg kun drøfte personopplysningsvilkåret nærmere, se kapittel 4.2.

4.1.2 Tolkning av EU-rettslige kilder

Det er grunn til å si noen ord om den metodiske tilnærmingen til tolkningen av rettsakter fra EU gjennomført i norsk rett, i og med at regler med EU-rettslig opphav må tolkes utfra «de rettskildeprinsippene som gjelder i EU-retten».²²³ Tolkningsslæren rammes normativt inn av grunnleggende verdier om rettssikkerhet, maktfordeling, menneskerettigheter og demokrati-hensyn, som uttrykt i blant annet Traktaten om den Europeiske Union (TEU) art. 2. EU-domstolens tolkningsmetode fungerer som et utgangspunkt for forståelsen av tolkninglæren. Ved tolkningen står derfor lovgivningens ordlyd, kontekst og formål sentralt.²²⁴ I forlengelsen av sistnevnte tolkningsprinsipp er det grunn til å fremheve at EU-domstolen kan sies å utøve tre forskjellige former for teleologisk tolkning.²²⁵ Den første formen er den funksjonelle tolkingen, der målet er å sikre effektiviteten til en bestemmelse (*effet utile*).²²⁶ Den andre formen kan betegnes som teleologisk tolkning *stricto sensu*, som anvendes dersom en bestemmelse etter sin språklige betydning er vag eller flertydig, og må utfylles i lys av formålet bestemmelsen

²¹⁷ Disse er «behandlingsansvarlige», jf. personvernforordningen art. 4 nr. 7.

²¹⁸ Disse er «databehandlere», jf. personvernforordningen art. 4 nr. 8. Se også Personvernrådet (2021a) s. 3.

²¹⁹ Pliktsubjektene kan også ha felles behandlingsansvar etter personvernforordningen art. 26. Dersom du for eksempel har oppgitt på Facebook at du er medlem av MDG, og Greenpeace ønsker å mikromålrette et budskap til deg basert på denne informasjonen, vil Facebook og Greenpeace ha felles behandlingsansvar, se blant annet sak C-40/17 Fashion ID avsnitt 73. Se også Personvernrådet (2021b) s. 32.

²²⁰ Pol. § 2 første ledd og forordningen art. 2 nr. 1.

²²¹ Termen er legaldefinert i personvernforordningen art. 4 nr. 4.

²²² Jarbekk (2021) art. 2 note 2.

²²³ Fredriksen (2019) s. 387.

²²⁴ Se sak C-558/15 Vieira de Azevedo avsnitt 19. Konteksten kan blant annet belyses gjennom rettsaktens fortale, selv om fortalen i seg selv ikke har bindende kraft.

²²⁵ Lenaerts (2014) s. 25.

²²⁶ Se forente saker C-188/10 og C-189/10 Melki og Abdeli.

forfølger.²²⁷ Den tredje formen fokuserer på hvilke konsekvenser et tolkningsvalg vil kunne få, som for eksempel betraktninger om koherens og forutberegnelighet.²²⁸

Avgjørelsene fra EU-domstolen er ofte knappe, og premissene snarere postulerende enn drøftende.²²⁹ Dette kan innebære at det av og til vil være nødvendig å se etter andre «reelle beveggrunner» enn det premissene uttrykkelig legger til grunn.²³⁰ Domstolen oppstiller også gjerne «bredt anlagte allmenne rettssetninger».²³¹ Rettsanvenderen bør være forsiktig med innskrenkende tolkninger, idet EU-domstolen er sagt å formulere abstrakte rettssetninger ment å ha rekkevidde utover den konkrete saken av hensyn til behovet for rettsenhet og harmonisering. Praxis fra EU-domstolen anses ikke som bindende prejudikater i norsk rett, men er ansett å utgjøre tungtveiende rettskilder det må foreligge gode grunner for å fravike.²³² Harmoniseringsmålsettingen fremkommer av EØS art. 1 og fortalens fjerde ledd, mens homogenitetsprinsippet er forankret i fortalens femte ledd, som gir grunnlag for EØS art. 6 og ODA art. 3. Tolkningslæren skal sikre en «sammenheng og enhed ved fortolkningen af EU-retten»,²³³ både mellom ulike medlemsland og ulike rettsakter. Homogenitetsprinsippet innebærer at EØS-rettslige regler skal tolkes på samme måte som de EU-reglene de stammer fra.²³⁴ EU-domstolens avgjørelser kan sies å være av særlig vekt som tolkningsbidrag grunnet rettspraksisens samlede funksjon, som utgjør viktige skritt i retning av rettsenhet og homogenitet mellom medlemsstatene.²³⁵

Det er enkelte aspekter ved tolkningen av personvernforordningen det er behov for å kommentere. Personvernforordningen er et eksempel på et regelverk hvor rettsharmonisering har vært en viktig begrunnelse bak regelverket, og forordningen er som utgangspunkt maksimumsharmoniserende.²³⁶ Flere av forordningens bestemmelsen åpner imidlertid opp for at nasjonalstaten kan oppstille «additional, stricter or derogating national rules», som gir nasjonalstaten en skjønnsmargin i implementeringen av bestemmelsene.²³⁷ EU-domstolen understreker at «when

²²⁷ Se sak C-101/01 Bodil Lindqvist avsnitt 50.

²²⁸ Se sak C-314/85 Foto-Frost avsnitt 15.

²²⁹ Dette kan ses i sammenheng med at domstolen ikke opererer med offentlige dissenser.

²³⁰ Fredriksen (2019) s. 413.

²³¹ Fredriksen (2019) s. 413.

²³² Jeg henviser også til rådgivende uttalelser fra EFTA-domstolen, som er uttalelser som skal ilegges «stor vekt», se HR-2021-1435-A (NAV-saken).

²³³ Uttalelse 2/13 avsnitt 174.

²³⁴ Sejersted (2011) s. 87.

²³⁵ Dette kan ses i sammenheng med den lave terskelen for foreleggelsessaker etter TEUV art. 267.

²³⁶ Personvernforordningen fortalepunkt 13: «For å sikre et ensartet nivå for vern av fysiske personer i hele Unionen og hindre at forskjeller hemmer den frie utvekslingen av personopplysninger i det indre marked er det behov for en forordning for å skape rettssikkerhet og åpenhet for markedsdeltakere». Se også avsnitt 58–60 i sak C-319/20 Meta Platforms Ireland Limited.

²³⁷ Sak C-319/20 Meta Platforms Ireland Limited avsnitt 58–60.

the Member States exercise the option granted to them by such an opening clause, they must use their discretion under the conditions and within the limits laid down by the provisions of the GDPR and must therefore legislate in such a way as not to undermine the content and objectives of that regulation». ²³⁸ Rekkevidden av nasjonalstatens handlingsrom må etter dette forstås i lys av forordningens formål. ²³⁹ EUs menneskerettighetspakt har stor betydning på personvernrettens område, og EU-domstolen tolker aktivt personvernforordningens bestemmelser i lys av paktens art. 7 og 8. ²⁴⁰ Som nevnt i kapittel 3.1.2 er ikke paktens direkte bindende for Norge, men den får allikevel indirekte betydning gjennom tolkning av sekundærretten.

En stor del av EU-domstolens praksis på personvernrettens område er knyttet til EU-direktiv 95/46/EF (personverndirektivet). Personvernforordningen regnes som en videreføring av direktivet og kodifisering av praksis, slik at regelverkene som hovedregel vil omfatte de samme reglene. ²⁴¹ Utgangspunktet er derfor at tidligere praksis vil ha betydning, men den rettskildemessige vekten vil avhenge av den konkrete bestemmelsen i spill.

Det er også grunn til å poengtere at jeg i tolkningen av EUs personvernforordning vil se hen til retningslinjer fra det europeiske personvernrådet («European Data Protection Board»), i det følgende omtalt som Personvernrådet. ²⁴² Personvernrådet skal i henhold til personvernforordningen art. 70 nr. 1 «sikre ensartet anvendelse» av forordningen gjennom blant annet rådgivning, anbefalinger og utstedte retningslinjer. Personvernrådet består av representanter fra nasjonale datatilsynsmyndigheter. ²⁴³ Det bør også nevnes at før personvernforordningen trådte i kraft, 25. mai 2018, hadde The Article 29 Working Party («WP29») en tilsvarende rolle som Personvernrådet nå har. Flere av WP29s uttalelser knyttet til personverndirektivet kan være av relevans for tolkningen av personvernforordningen, som følge av at flere av forordningens bestemmelser er tuftet på bestemmelser i det tidligere direktivet. Enkelte av retningslinjene fra WP29 er videreført av Personvernrådet, og har etter dette status som retningslinjer fra Personvernrådet. Retningslinjene fra Personvernrådet og WP29 er ikke juridisk bindende, men vil ofte illegges stor rettskildemessig vekt i forståelsen av personvernforordningen, idet det er snakk om uttalelser fra ekspertorganer som ofte blir fulgt av EU-domstolen, samt mangelen på rettspraksis. Personvernrådet kan også avsi avgjørelser som er bindende for tilsynsmyndighetene. ²⁴⁴

²³⁸ Sak C-319/20 Meta Platforms Ireland Limited avsnitt 58–60.

²³⁹ Personvernforordningens formål presenteres i neste kapittel (4.1.3).

²⁴⁰ I henhold til personvernforordningen art. 1 nr. 2.

²⁴¹ Kuner (2020) s. 2.

²⁴² Personvernrådet etableres gjennom personvernforordningen art. 68 nr. 1.

²⁴³ Personvernrådet (u.å.).

²⁴⁴ Avgjørelsene er ikke bindende overfor partene, kun tilsynsmyndighetene.

Jeg vil også trekke på enkelte avgjørelser og uttalelser fra det norske Datatilsynet i avhandlingen. De nasjonale datatilsynene er uavhengige offentlige myndigheter som skal føre tilsyn med anvendelsen av forordningen.²⁴⁵ Datatilsynet er et forvaltningsorgan, og avgjørelsene er som utgangspunkt å regne som forvaltningspraksis med liten rettskildemessig vekt. Tilsynets avgjørelser vil imidlertid kunne være relevante, siden vi er på et område der det finnes lite annen praksis. Saker avgjort av Personvernemnda kan også være relevante i tolkningen. Personvernemnda er et uavhengig klageorgan underlagt Kommunal- og moderniseringsdepartementet.

Avslutningsvis er det grunn til å trekke frem at tilfanget av rettspraksis knyttet til personvernforordningen er begrenset. Dette innebærer at andre kilder, som juridisk teori, kan få stor betydning ved tolkningen av forordningen i praksis. I avhandlingen vil jeg også trekke inn enkelte avgjørelser fra andre lands domstoler som gjelder personvernforordningen, idet sakene er egnet til å demonstrere praktiske eksempler og domstolens forståelse av forordningen.²⁴⁶

4.1.3 Formål og grunnleggende prinsipper

Personvernforordningen har som formål å sikre menneskerettighetene og fri utveksling av personopplysninger innen EU/EØS.²⁴⁷ Forordningen skal overholde «alle grunnleggende rettigheter og de friheter og prinsipper som er anerkjent i pakten, slik de er nedfelt i traktatene».²⁴⁸ Personopplysningsvernet kan som belyst i kapittel 3.2.2 ses som en del av privatlivsvernet, som igjen må ses i sammenheng med tanke-, menings- og ytringsfriheten. Personopplysningsvernet vil ofte fungere som en forutsetning for utøvelsen av andre grunnleggende rettigheter, blant annet fordi «effective data protection – in particular, freedom from being monitored – allows individuals to develop their thoughts, often in communication with others», for så å ytre tankene i offentligheten dersom de selv ønsker det.²⁴⁹

Personvernforordningen hviler på noen grunnleggende prinsipper som den behandlingsansvarlige plikter å ivareta, som nedfelt i art. 5 nr. 1.²⁵⁰ Prinsippene fungerer som sentrale argumenter ved fastleggelsen av det nærmere innholdet av rettsreglene i forordningen, samt som selvstendige rettslige skranker for behandling av personopplysninger.²⁵¹ Prinsipp termen viser etter dette

²⁴⁵ Personvernforordningen art. 51.

²⁴⁶ Se Rt. 2001 s. 1390 på s. 1396.

²⁴⁷ Personvernforordningen art. 1 nr. 1 og 2.

²⁴⁸ Personvernforordningens fortalespunkt 4.

²⁴⁹ Hijmans (2020) s. 57.

²⁵⁰ Personvernforordningen art. 5 nr. 1, jf. nr. 2.

²⁵¹ Bygrave (2014) s. 145.

til normer med en dobbel funksjon; de er både retningslinjer og regler.²⁵² Bruken av prinsipp- termen i personvernforordningen art. 5 må også sies å ha som funksjon å fremheve at verdiene som listes opp er grunnleggende og vektige.²⁵³ Brudd på prinsippene i art. 5 kan medføre den høyeste bøtesatsen etter personvernforordningen art. 83 nr. 5 bokstav a. Det er mulig å overtre prinsippbestemmelsen og en plikt som operasjonaliserer prinsippet, i én og samme behandling.²⁵⁴ Prinsippene fremgår av art. 5 første ledd a–f, og omfatter prinsippene om (a) lovlighet, rettferdighet og åpenhet, (b) formålsbegrensning, (c) dataminimering, (d) riktighet, (e) lagringsbegrensning (f) integritet og konfidensialitet. Det er betydelig overlapp mellom de forskjellige prinsippene, og hvert prinsipp kan brytes ned til flere underprinsipper. I kapittel 4.4 vil jeg drøfte prinsippene som materielle skranker i relasjon til politisk mikromålretting.

4.2 Personopplysningsbegrepet

4.2.1 Legaldefinisjonens grunnvilkår

For at vi skal være innenfor personvernforordningens anvendelsesområde må det behandles «personopplysninger», som er legaldefinert i personvernforordningen art. 4 nr. 1. Begrepet står helt sentralt i forordningen, og omfatter «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person». Personopplysningsbegrepets rekkevidde skal tolkes i lys av hva som er teknologisk mulig på tidspunktet for den konkrete behandlingen – noe som betyr at begrepet er i stadig utvikling.²⁵⁵ Begrepet er ment å være bredt, fleksibelt og tilpassningsdyktig. Vurderingen av personopplysningsvilkårene må bero på «a tailored, context-specific analysis for deciding whether or not personal data is present».²⁵⁶

Definisjonen av «personopplysning» kan deles inn i fire vilkår. For det første må vi ha å gjøre med en «fysisk» person. For det andre må det være snakk om en «opplysning». Det tredje vilkåret innebærer at det må være en opplysning «om» en person, det vil si at opplysningen må relatere seg til en person. Det siste vilkåret innebærer at personen opplysningen relaterer seg til må være «identifisert eller identifiserbar». Vilkåret om at det må være snakk om en «fysisk person» innebærer at opplysninger om selskaper, organisasjoner og andre juridiske personer som utgangspunkt ikke nyter vern etter forordningen. Som hovedregel omfatter vernet dessuten kun levende personer, ikke døde.²⁵⁷ Jeg vil ikke gå nærmere inn på grensetilfellene her. I det

²⁵² I juridisk teori har retningslinjer blitt karakterisert som motstykket til regler, idet de er definert som normer som ikke determinerer en avgjørelse, jf. Sundby (1974) s. 198–199. Som forordningen illustrerer, behøver imidlertid ikke benyttelsen av prinsipp- termen nødvendigvis å innebære at normen kun har en retningslinjestruktur, se Frøberg (2014) s. 148.

²⁵³ Frøberg (2014) s. 137.

²⁵⁴ Se C-60/22 UZ mot Tyskland avsnitt 47, Personvernrådet (2021c) avsnitt 191 og Datatilsynet (2023) s. 25.

²⁵⁵ Personvernforordningens fortalepunkt 26.

²⁵⁶ Scwartz (2014) s. 886.

²⁵⁷ Personvernforordningens fortalepunkt 27.

følgende vil jeg redegjøre for de øvrige personopplysningsvilkårene, før jeg i kapittel 4.2.5 drøfter personopplysningsbegrepet opp mot politisk mikromålretting.

4.2.2 Enhver opplysning

Legaldefinisjonen stiller krav om at vi har å gjøre med en «opplysning». Som ordlyden peker henimot må begrepet forstås vidt, jf. «enhver». EU-domstolen har fremhevet at begrepet ikke er avgrenset til informasjon som er sensitiv eller privat, «but potentially encompasses all kinds of information, not only objective but also subjective», slik at også informasjon «in the form of opinions and assessments» er omfattet.²⁵⁸ Det stilles ingen krav til informasjonens innhold eller natur.²⁵⁹ Informasjonens format, medium eller form spiller heller ingen rolle. Informasjonen kan være «alphabetical, numerical, graphical, photographic or acoustic», «kept on paper [or] stored in a computer memory' as a binary code».²⁶⁰ Verken EU-domstolen, WP29 eller Personvernrådet har utdypet hva som faktisk menes med «information», som er termen som anvendes i den engelske versjonen av personvernforordningen. Den norske versjonen anvender opplysningstermen, og ikke informasjonstermen, men det er ingen holdepunkter for å legge til grunn at dette er ment å innebære en materiell forskjell. Informasjonstermen er flertydig, idet det finnes flere ulike informasjonsbegreper, for eksempel innenfor ulike fagdisipliner som filosofi, psykologi og kybernetikk.²⁶¹

Enkelte har tatt til orde for at «information» er «data + meaning».²⁶² Ordet data refererer her til «a description of something that allows it to be recorded, analysed, and reorganized».²⁶³ Det er imidlertid vanskelig å si noe om hvorvidt noe har mening eller ikke, særlig i møte med kunstig intelligente systemer, for «how meaning is 'attached' to data by modern machines is beyond the grasp of human mind».²⁶⁴ I teorien har det blitt fremholdt at vi må legge til grunn at enhver informasjon kan inneha mening, om enn ikke for mennesker.²⁶⁵ Dette taler for å anlegge et bredt informasjonsbegrep.

Det er også grunn til å merke seg at den engelske versjonen av personvernforordningen benytter uttrykket «personal data» for det vi på norsk betegner «personopplysning». På norsk benyttes altså ikke termen persondata, selv om det kan hevdes at en slik betegnelse ville vært i bedre

²⁵⁸ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 34. Domstolen gikk her bort ifra den snevrere forståelsen i forente saker C-141/12 og 372/12 YS and others.

²⁵⁹ WP29 (2007) s. 7.

²⁶⁰ Ibid. s. 7–8.

²⁶¹ Adriaans (2020).

²⁶² Floridi (2005) s. 353.

²⁶³ Mayer-Schönberger (2013) s. 78.

²⁶⁴ Purtova (2018) s. 53.

²⁶⁵ *Loc. cit.*

overenstemmelse med den engelske versjonen. Den leksikalske definisjonen av datatermen på norsk er en «digital opplysning som blir brukt i databehandling»,²⁶⁶ i samsvar med beskrivelsen i engelske ordbøker.²⁶⁷ Det kan argumenteres med at den norske termbruken i personvernforordningen er mer i tråd med forordningens virkeområde etter art. 2, ettersom «ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register» også er omfattet. Datatermen peker imidlertid i større grad mot at opplysningen må manifestere seg i verden på et eller annet vis, noe en digital opplysning som utgangspunkt vil gjøre. Den terminologiske forskjellen har imidlertid ikke materiell betydning.

4.2.3 Relasjonskriteriet

Kriteriet «om» («relating to») innebærer at opplysningen må relatere seg til denne fysiske personen.²⁶⁸ Terskelen for at relasjonskriteriet skal være oppfylt, er lav.²⁶⁹ Kriteriet er innfridd dersom informasjonen «by reason of its content, purpose or effect, is linked to a particular person».²⁷⁰ Informasjonen behøver ikke å omhandle personen direkte, den kan også relatere seg til objekter, som for eksempel en telefon,²⁷¹ eller opplysninger om verdien av et hus eller omstendigheter knyttet til en hendelse.²⁷² Her vil det foreligge en indirekte relasjon til personen som eier, interagerer eller deltar.²⁷³

Ordlyden «relating to» må etter EU-domstolens praksis forstås bredere enn informasjon «about» en person,²⁷⁴ noe som innebærer at den norske ordlyden «om» må tolkes utvidende. Informasjonen vil relatere seg til en person etter sitt innhold («content») dersom det er snakk om informasjon *om* en person. Informasjonen kan imidlertid også relatere seg til en person som følge av informasjonens «purpose or effect».²⁷⁵ Det vil foreligge en formålsrelasjon «when the data are used or are likely to be used [...] with the purpose to evaluate, treat in a certain way or influence the status or behaviour of an individual».²⁷⁶ En virkningsrelasjon vil foreligge der bruk av informasjonen «is likely to have an impact on a certain person's rights and interests».²⁷⁷

²⁶⁶ Det Norsk Akademis Ordbok (u.å.e.).

²⁶⁷ Cambridge Dictionary (u.å.).

²⁶⁸ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 34.

²⁶⁹ Jarbekk (2021) art. 4 note 1.

²⁷⁰ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 35.

²⁷¹ I sak C-101/01 Bodil Lindqvist nevnes telefonnumre som et eksempel på informasjon som kan relatere seg til en person, selv om telefonnummeret relaterer seg til et objekt (telefonen), og ikke en person, se avsnitt 27.

²⁷² Purtova (2018) s. 54.

²⁷³ WP29 (2007) s. 9.

²⁷⁴ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 35. Se også Purtova (2018) s. 54.

²⁷⁵ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 35.

²⁷⁶ WP29 (2007) s. 10.

²⁷⁷ Ibid. s. 11.

WP29 presiserer at virkningen ikke behøver å være «major» for at kriteriet skal være oppfylt, og at det er «sufficient if the individual may be treated differently from other persons as a result of the processing of such data».²⁷⁸

Det er verdt å merke seg at det ikke stilles krav om at informasjonen faktisk er brukt med formål om evaluering, påvirkning mv. eller at informasjonen faktisk har fått innvirkning. Vurderingstemaet er om det er nærliggende å legge til grunn at informasjonen vil bli brukt på denne måten. Informasjon som genereres ved å observere personer,²⁷⁹ eller som innhentes fra objekter vi interagerer med,²⁸⁰ vil som oftest være informasjon det vil være relevant å benytte til en rekke behandlingsformål. Det er derfor rimelig å gå ut fra at slik informasjon alltid vil være informasjon «om» en person. Det har blitt fremholdt at «when increasing amounts of data are gathered in real time from increasingly connected environments, intended to be used in automated decision-making about us, and we do not know how the autonomous self-learning and self-managing computers draw meaning from data, we should always reasonably assume that any information is likely to relate to a person, since we cannot eliminate the possibility with certainty».²⁸¹ Opplysningsbegrepet etter forordningen forstås etter dette vidt.

4.2.4 Identifisert eller identifiserbar

Det siste vilkåret i definisjonen i art. 4 nr. 1 innebærer at personen må være «identifisert eller identifiserbar». Ordlyden «identifisert» tilsier at personen må være kjent, mens «identifiserbar» peker henimot at identifikasjon må være mulig. Bestemmelsen presiserer at en person er «identifiserbar» dersom personen «direkte eller indirekte kan identifiseres», og det ramses opp flere eksempler på måter en person kan identifiseres på, «f.eks. et navn, et identifikasjonsnummer, lokaliseringsopplysninger, en nettidentifikator eller ett eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet».

EU-domstolen har slått fast at «it is not required that all the information enabling the identification of the data subject must be in the hands of one person».²⁸² Det innebærer at vurderingen av identifiserbarhet skal hensynta «all the means likely reasonably to be used either by the

²⁷⁸ WP29 (2007) s. 11.

²⁷⁹ Purtova eksemplifiserer med «digital records of online behaviour such as websites visited, texts and images uploaded; information generated through use of ‘smart’ objects and devices such as phones or fitness bracelets», jf. Purtova (2018) s. 55.

²⁸⁰ Purtova nevner biler, hjem og datamaskiner, jf. Purtova (2018) s. 55.

²⁸¹ *Loc. cit.*

²⁸² Sak C-582/14 Patrick Breyer avsnitt 43.

controller or by any other person»,²⁸³ herunder «alle objektive faktorer, f.eks. kostnadene for og tiden som er nødvendig for å foreta identifikaasjonen, idet det tas hensyn til teknologien som er tilgjengelig på behandlingstidspunktet, samt den teknologiske utvikling». ²⁸⁴ EU-domstolen har presisert at det ikke vil foreligge en rimelig sannsynlighet for identifisering dersom identifiseringen er «prohibited by law or practically impossible on account of the fact that it requires a disproportionate effort in terms of time, cost and man-power, so that the risk of identification appears in reality to be insignificant». ²⁸⁵ WP29 har fremhevet at en «purely hypothetical possibility» for identifisering ikke er tilstrekkelig. ²⁸⁶ Det kan også trekkes frem at WP29 har uttalt at formålet med behandlingen vil kunne være av betydning for vurderingen av identifikaasjon, og at for eksempel «to argue that individuals are not identifiable, where the purpose of the processing is precisely to identify them, would be a sheer contraction in terms». ²⁸⁷

I avgjørelsen *C-70/10 Scarlet Extended* la EU-domstolen til grunn at brukernes IP-adresser «are protected personal data because they allow those users to be precisely identified». ²⁸⁸ Uttalelsen gjaldt såkalte statiske IP-adresser. Domstolen la en lignende konklusjon til grunn basert på samme argumentasjon i avgjørelsen *C-582/14 Patrick Breyer*, som gjaldt dynamiske IP-adresser. En IP-adresse er etter domstolens beskrivelse «series of digits assigned to networked computers to facilitate their communication over the internet». ²⁸⁹ Når en bruker besøker en nettside, vil IP-adressen til brukerens maskin kommuniseres til serveren som nettsiden er lagret på. Kommunikasjonen er nødvendig for at informasjonen skal overføres til riktig mottaker. En statisk IP-adresse er «invariable and allow continuous identification of the device connected to the network», ²⁹⁰ mens en dynamisk IP-adresse «changes each time there is a new connection to the internet». ²⁹¹ Begge avgjørelsene baserer seg på at internettleverandørene («Internet Service Providers») har informasjon for hånden som kan koble deres kunder til den IP-adressen som brukes av kunden. Det har blitt fremholdt i teorien at «the contention that IP addresses allow users to be ‘preciesely identified’ is erroneous in a factual sense». ²⁹² Uttalelsen begrunnes i at det er ukontroversielt at internettleverandørene har tilgang til informasjon som gjør at de presist

²⁸³ Sak C-582/14 Patrick Breyer avsnitt 42.

²⁸⁴ Personvernforordningens fortalepunkt 26.

²⁸⁵ Sak C-582/14 Patrick Breyer avsnitt 46.

²⁸⁶ WP29 (2007) s. 15.

²⁸⁷ Ibid. s. 16. Artikkel 29-gruppen har i flere senere rapporter understreket at bruken av cookies «or any kind of device fingerprinting» vil være identifikatorer som innebærer at datasubjektet blir «singled out», jf. WP29 (2011) s. 8.

²⁸⁸ Sak C-70/10 Scarlet Extended avsnitt 51.

²⁸⁹ Sak C-582/14 Patrick Breyer avsnitt 15.

²⁹⁰ Ibid. avsnitt 36.

²⁹¹ Ibid. avsnitt 16.

²⁹² Davis (2020) s. 14.

kan identifisere *kunden*, men at det ikke nødvendigvis også er kunden som er *bruker* av IP-adressen, idet flere kan benytte tjenesten.²⁹³ Bakgrunnen for EU-domstolens tilnærming kan være at domstolen anser det som mest hensiktsmessig å nærme seg slike spørsmål pragmatisk, og ikke dogmatisk. Muligens er domstolen tilbakeholden med å beskrive resonnementet nærmere «to avoid unduly pigeonholing the concept of personal data», som er ment å være et fleksibelt og vidt begrep.²⁹⁴ En IP-adresse, både statiske og dynamiske, vil etter dette som hovedregel innebære at en person er «identifiserbar».

Vurderingstemaet for om en opplysning kan knyttes til en «identifiserbar» person er omdiskutert. Det er blitt hevdet at en person er identifiserbar så lenge det er mulig å skille personen ut fra en gruppe – «to single someone out».²⁹⁵ Tilnærmingen er primært diskutert i forbindelse med nettbaserte sporingsteknologier som *utpeker* personer, uten at de aktuelle opplysningene nødvendigvis kan spores tilbake til en persons identitet.²⁹⁶ I teorien har det blitt argumentert med at «whilst the GDPR *should* be broadened to include instances of ‘singling out’ without knowing one’s identity, as a matter of *lex lata*, it does not».²⁹⁷ Andre teoretikere vektlegger tungt at «[s]eeing data used to *single out* a person as personal data fits the rationale for data protection law: protecting fairness and fundamental rights».²⁹⁸ Det fremheves at «[t]he whole point of behavioural targeting is singling out individuals: tracking individuals, profiling individuals, and targeting individuals», og at «[t]he risks of large-scale data collection are not overcome merely because data about a person are not tied to a name».²⁹⁹ Det må sies å være rettslig tvil om opplysninger som *utpeker* personer som ikke kan kobles til en identifikator, omfattes av begrepet om identifiserbarhet. Ofte vil det imidlertid være mulig å identifisere den utpekte personen, slik at identifiserbarhetsvilkåret er oppfylt.

Flere forfattere har trukket frem at den teknologiske utviklingen har ført til at sannsynligheten for at informasjon kan knyttes til en identifiserbar person har økt betraktelig. Personer kan identifiseres forholdsvis enkelt gjennom sammenstilling av informasjon, for eksempel gjennom lokasjonsopplysninger.³⁰⁰ Mulighetene for re-identifikasjon «undermines decades of assumptions

²⁹³ Davis (2020) s. 14.

²⁹⁴ Ibid. s. 15.

²⁹⁵ WP29 (2007) s. 12–15.

²⁹⁶ Davis (2020) s. 12.

²⁹⁷ *Loc. cit.* (original kursivering).

²⁹⁸ Zuiderveen Borgesius (2016) s. 270 (original kursivering).

²⁹⁹ *Loc. cit.*

³⁰⁰ de Montjoye (2013) s. 2.

about robust anonymization», og gir et behov for å tenke nytt.³⁰¹ WP29 har fremholdt at informasjon kun vil være ikke-identifiserbar dersom anonymiseringen er irreversibel.³⁰² Underretten har lagt til grunn at opplysninger gitt til en tredjepart er anonymiserte dersom «the form in which the data are shared with that third party does not allow re-identification anymore or where re-identification is not reasonably likely».³⁰³ Det har blitt fremholdt at dagens analyseverktøy og mengden tilgjengelige data, innebærer at absolutt og irreversibel anonymisering ikke lenger er mulig.³⁰⁴ Det er som følge av dette grunn til å hevde at skillet mellom identifiserbar og uidentifiserbar informasjon er i ferd med å utdateres.³⁰⁵ Redegjørelsen viser at også dette vilkåret må forstås vidt.

4.2.5 Behandling av personopplysninger i politisk mikromålretting

Spørsmålet er om politisk mikromålretting innebærer behandling av «personopplysninger». Vilkåret om at det er snakk om «fysiske» personer vil som hovedregel være oppfylt.³⁰⁶ Informasjonen som behandles ved politisk mikromålretting, vil kvalifisere som «opplysninger» i forordningens forstand. Fenomenet kjennetegnes nettopp ved målretting av innhold på bakgrunn av innsamling og analyse av informasjon. I kapittel 2.2.2 redegjorde jeg for ulike former for informasjon som kan benyttes ved politisk mikromålretting, og fremhevet at prosessen også kan generere *utledede* opplysninger gjennom analyse av informasjon. Utledede opplysninger vil også kvalifisere som «opplysninger» i forordningens forstand, idet opplysningsbegrepet omfatter både sanne og usanne opplysninger, herunder vurderinger.

Det er heller ikke tvilsomt at politisk mikromålretting vil omfatte behandling av opplysninger «om» en fysisk person. Vurderingstemaet er om informasjonen «by reason of its content, purpose or effect, is linked to a particular person».³⁰⁷ Opplysningene som benyttes i politisk mikromålretting kan for det første sies å relatere seg til en person på grunn av sitt innhold («content»). Dette vil for eksempel være tilfellet der den behandlingsansvarlige behandler opplysninger om en spesifikk persons interesser, enten i form av rådata eller utledede opplysninger. For det andre vil opplysningene relatere seg til en person som følge av sitt formål («purpose»), dersom et selskap benytter informasjonen «with the purpose to evaluate, treat in a certain way

³⁰¹ Ohm (2010) s. 1776.

³⁰² WP29 (2014a) s. 6.

³⁰³ Sak T-557/20 SRB mot EDPS avsnitt 77 og 84. EFTA-domstolen har innfortolket Underrettens praksis i EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3 nr. 2, se blant annet sak E-2/02 Bellona avsnitt 40 og Fredriksen (2022) s. 356.

³⁰⁴ Schwartz (2011) s. 1877.

³⁰⁵ Purtova (2018) s. 48.

³⁰⁶ Det vil ofte være mindre aktuelt å rette politisk mikromålretting mot juridiske personer, selv om lobbyvirksomhet også kan skje overfor selskaper. Informasjonen vil imidlertid rettes mot fysiske personer.

³⁰⁷ Sak C-434/16 Peter Nowak avsnitt 35.

or influence the status or behaviour of an individual».³⁰⁸ Beskrivelsen er betegnende for politisk mikromålretting som fenomen. I tillegg kan opplysningen også sies å relatere seg til en person på grunn av informasjonens effekt («effect».³⁰⁹ Om et selskap for eksempel målretter en politisk reklame til en spesifikk person basert på informasjon om denne personen, behandler selskapet denne personen forskjellig fra andre som et resultat av behandlingen av informasjonen.³¹⁰

Det siste vilkåret er om personen den politiske mikromålrettingen retter seg mot er «identifisert eller identifiserbar». Personen vil ofte være «identifisert», for eksempel ved at informasjonen knytter seg til en persons brukerprofil på Facebook eller Netflix, der personen har registrert seg med brukernavn eller e-postadresse. Vilkaåret vil også ofte være oppfylt fordi personen må anses som «identifiserbar», noe som vil være tilfellet der personen kan identifiseres gjennom en sammenstilling av informasjon. Det må foretas en konkret vurdering av muligheten for identifisering. Begrepet forstås som nevnt svært vidt, og skal tolkes i lys av den teknologiske utviklingen. Det er, som allerede fremhevet, grunn til å poengtere at få opplysninger på nett i dag er fullstendig anonyme. Den politiske mikromålrettingen vil ofte rettes mot en IP-adresse til en identifiserbar person. Hovedregelen er etter dette at personen den politiske mikromålrettingen retter seg mot, vil være identifiserbar. Enkelte hevder også, som tidligere trukket frem, at selve rettingen mot en spesifikk maskin i seg selv bør være tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret.³¹¹

Konklusjonen er at politisk mikromålretting som hovedregel vil innebære en behandling av personopplysninger, som vil si at aktiviteten faller innunder personvernforordningens saklige virkeområde. Det neste kapittelet vil omhandle profileringsbegrepet etter personvernforordningen.

4.3 Profileringsbegrepet

4.3.1 Legaldefinisjonens grunnvilkår

Profileringstermen er legaldefinert i forordningens art. 4 nr. 4. Med «profileringsbegrepet» menes etter denne bestemmelsen «enhver form for automatisert behandling av 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, økonomiske situasjon, helse,

³⁰⁸ Se WP29 (2007) s. 10. WP29 (2010) s. 9 fremhever uttrykkelig at informasjon «collected in the context of behavioural advertising *relates to*, (i.e. is about) a person's characteristics or behaviour and it is used to influence that particular person».

³⁰⁹ Zuiderveen Borgesius (2016) s. 260.

³¹⁰ WP29 (2007) s. 11.

³¹¹ Zuiderveen Borgesius (2016) s. 270.

personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser».³¹² Bakgrunnen for at profileringsbegrepet er gitt en særlig plass i personvernforordningen, er at slik behandling er ansett å representere en særlig risiko for den enkeltes grunnleggende rettigheter og friheter.

Legaldefinisjonen slår fast at at det må være snakk om en «automatisert behandling av personopplysninger», men det presiseres at «enhver form» for automatisert behandling er omfattet. WP29 har fremholdt at ordlyden «enhver form» tilsier at det er tilstrekkelig at aktiviteten involverer «some form of automated processing».³¹³ Det betyr at en behandling som utelukkende er manuell, faller utenfor definisjonen, men at en blanding av automatisert og manuell behandling vil kunne kvalifisere. Det er også grunn til å fremheve at ordlyden innebærer at det må være snakk om behandling av «personopplysninger». Ordlyden tilsier imidlertid ikke at behandlingen *kun* må være basert på personopplysninger, og med utviklingen av kunstig intelligens og stordataanalyse øker stadig forekomsten av «mixed datasets consisting of both personal and non-personal data».³¹⁴ WP29 trekker frem at profilering «is a procedure which may involve a series of statistical deductions [...], using data from various sources to infer something about an individual, based on qualities of other who appear statistically similar».³¹⁵ Statistisk *deduksjon* ligger etter dette i kjernen av den virksomheten profileringsbegrepet er ansett å omfatte.³¹⁶ Profileringsbegrepet vil derfor også gjelde behandling av stordata og andre opplysninger, så lenge denne informasjonen også kobles sammen med én eller flere personopplysninger.

WP29 har lagt til grunn at «simple classification of individuals based on known characteristics such as their age, sex, and height does not necessarily lead to profiling» etter art. 4 nr. 4.³¹⁷ At slik behandling ikke *nødvendigvis* er omfattet av profileringsbegrepet, betyr imidlertid ikke at behandling av slike generelle karakteristikk ikke *kan* være omfattet. Det avgjørende er formålet med klassifikasjonen, noe som følger av definisjonens krav om at behandling må skje med formål om å «vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person». Ordlyden «vurdere» tilsier at behandlingen må foretas for å bedømme, kalkulere eller anslå personlige karakteristikk.³¹⁸ Dersom klassifikasjonen basert på karakteristikkene ovenfor anvendes for å predikere eller trekke slutninger om en person, vil det være profilering. Generaladvokaten i *Schufa*

³¹² Se også personvernforordningens fortalepunkt 24.

³¹³ WP29 (2018) s. 7.

³¹⁴ Bygrave (2020a) s. 112.

³¹⁵ WP29 (2018) s. 7.

³¹⁶ Se fotnote 322.

³¹⁷ WP29 (2018) s. 7.

³¹⁸ På engelsk benyttes termen «evaluate». Ordene «vurdere» og «evaluere» refererer i det store og det hele det samme, selv om sistnevnte muligens i større grad peker henimot et resultat, og ikke en prosess, jf. Det Norske Akademis Ordbok (u.å.f.).

Holding uttaler at det vil være snakk om profilering der et selskap, som i denne saken, anvender en metode som «resulterer i en scoring på grundlag af visse kriterier, dvs. et resultat, der gør det muligt at drage konklusjoner om den registreredes kreditverdighet». ³¹⁹ Generaladvokatens uttalelser har liten rettskildemessig vekt, men kan fungere som et støtteargument i argumentasjonen. ³²⁰ WP29 trekker frem at det ikke vil være snakk om profilering dersom et selskap ønsker å klassifisere sine kunder «according to their age or gender for statistical purposes and to acquire an aggregated overview of its clients without making any predictions or drawing any conclusions about an individual». ³²¹ Dette tilsier at statistisk *induksjon* ikke er omfattet av profileringsbegrepet, til forskjell fra statistisk *deduksjon*. ³²²

Profilering vil som hovedregel innebære at det genereres en *utledet* personopplysning. ³²³ Etter min oppfatning tilsier ordlyden i legaldefinisjonen av «profilering» at selve vurderingen av den enkeltes personlige aspekter ikke behøver å skje ved automatisert behandling, så lenge vurderingen baserer seg på et helt eller delvis automatisert vurderingsgrunnlag. Bakgrunnen for at jeg konstaterer at profilering *som hovedregel* vil generere en utledet personopplysning, men ikke alltid, er at det kan tenkes profilering som kun finnes i behandlerens hode. Dette vil være tilfellet der det er foretatt en automatisert behandling av personopplysninger som danner grunnlag for en vurdering, men selve vurderingen ennå ikke har manifestert seg fysisk. Denne gruppen tilfeller er imidlertid svært snever og lite betydningsfull. Dersom vurderingen nedtegnes eller registreres, slik at vurderingen kvalifiserer som en opplysning i forordningens forstand, vil det genereres en utledet opplysning. Det vil si at den utledede opplysningen vil genereres i det øyeblikket resultatet skrives ned på papir eller lagres digitalt, eller brukes til for eksempel mikromålretting.

En relevant sak å nevne er Datatilsynets enkeltvedtak mot partiet Høyre av 24. juni 2019, som gjaldt partiets behandling av personopplysninger i målrettingen av politiske budskap til enkeltpersoner ved bruk av applikasjonen «Dugnad» i forbindelse med valgkampen til partiet. Appli-

³¹⁹ Sak C-634/21 Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe i Schufa Holding avsnitt 33. Foreløpig finnes det ikke rettspraksis om profileringsbegrepet fra EU-domstolen, noe som kan ses i sammenheng med at profileringsbegrepet ofte anvendes som en underkategori av behandlingsbegrepet i forordningens operasjoniserbare bestemmelser.

³²⁰ Fredriksen (2022) s. 355.

³²¹ WP29 (2018) s. 7.

³²² Med statistisk *induksjon* sikter jeg til bruken av statistikk over individuelle tilfeller for å oppstille generelle utsagn, se Tranøy (2021). Ved statistisk *deduksjon* derimot, slutter man fra det generelle til det individuelle, se Store norske leksikon (2019). Ofte vil resultater fra statistisk induksjon kunne brukes videre i statistisk deduksjon.

³²³ Wiedemann (2022) s. 5.

kasjonen hentet ut opplysninger fra Høyre-medlemmenes vennelister på Facebook, som statistisk sett skulle ha større tilbøyelighet til å stemme på partiet Høyre, uten at personene på vennelistene ble spurt eller informert om dette. Datatilsynet trekker frem at partiet behandlet opplysninger som tilsynelatende var av «triviell karakter (navn, adresse, kjønn og alder)», men at resultatet av behandlingen var en «antagelse av hvilken politisk preferanse personen har».³²⁴ Tilsynet påpeker at dette innebærer at behandlingen kan være å anse som «profilering» i personvernforordningens forstand.³²⁵ Datatilsynet påpekte også at antagelsen innebar at personopplysningen kunne falle innunder forbudet i forordningens art. 9 nr. 1. Denne bestemmelsen kommer jeg tilbake til i kapittel 4.6.

4.3.2 Profilering som ledd i politisk mikromålretting

Politisk mikromålretting vil basere seg på profilering. Jeg opererer som nevnt med et mikromålrettingsbegrep som forutsetter at det skjer en automatisert behandling av et datagrunnlag. Poenget med den politiske mikromålrettingen er å vurdere visse personlige aspekter, for slik å kunne målrette effektive politisk budskap. For at det skal være snakk om mikromålretting, og ikke en rent *vilkårlig* utsendelse, må aktøren som retter budskapet behandle minst én personopplysning. Dersom for eksempel partiet KrF benytter informasjon om alder, bosted og kjønn for å vurdere den registrertes personlige egenskaper – for eksempel personens sannsynlighet for å stemme KrF – vil det genereres en utledet personopplysning i det øyeblikket slutningen resulterer i et mikromålrettet budskap. Det kan for eksempel hende at verveansvarlig i KrF slutter at Bjørg Hansen på 85 år, bosatt i Søgne i Kristiansand kommune, er en sannsynlig KrF-velger, og fører dette opp i et register. I et slikt tilfelle vil det genereres en utledet personopplysning om Bjørg Hansen. Konsekvensene av profileringen vil være at enkeltpersonen enten mottar eller ikke mottar informasjon, noe som ikke nødvendigvis vil oppleves spesielt inngripende overfor den enkelte. Betydningen av profileringen har overfor den registrerte er imidlertid ikke av betydning i bedømmelsen av om en behandling kvalifiserer som profilering eller ei. At politisk mikromålretting baserer seg på profilering tilsier at det er snakk om en aktivitet som må antas å representere en særlig risiko for den enkeltes grunnleggende rettigheter og friheter.³²⁶

4.4 De grunnleggende prinsippene som materielle skranker

4.4.1 Redegjørelse for rettferdighetsprinsippet

Personvernforordningen nedfeller som nevnt i kapittel 4.1.3 en rekke uttrykkelige prinsipper, som fungerer som materielle skranker. Fremstillingen vil fokusere på rettferdighetsprinsippet,

³²⁴ Datatilsynet (2019c) s. 7.

³²⁵ *Loc. cit.*

³²⁶ Konklusjonen er også av stor betydning for drøftelsen i kapittel 5.2.2.

som er nedfelt i personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav a. Rettferdighetsprinsippet innebærer at opplysningene ikke må behandles på måter som kan karakteriseres som urettferdige, for eksempel ved å være samlet inn gjennom å forlede eller ikke informere den registrerte.³²⁷ Det lar seg ikke gjøre å redegjøre uttømmende og eksplisitt for prinsippets nærmere innhold på et generelt plan, og forståelsen av begrepet vil nødvendigvis forandre seg med tiden. Som den klare hovedregel er det imidlertid klart at rettferdighetsprinsippet innebærer at den behandlingsansvarlige er nødt til å ta hensyn til den registrertes interesser og rimelige forventninger.³²⁸ Som fremhevet henger de grunnleggende prinsippene tett sammen, noe sammenhengen mellom kravet om berettiget formål i art. 5 nr. 1 bokstav b og rettferdighetsprinsippet er egnet til å illustrere. Uten et berettiget formål, vil heller ikke behandlingen være rettferdig. For at behandlingsformålet skal være berettiget, må det være velbegrunnet. Formålet må generelt også oppfattes å være i «samsvar med alminnelige samfunnsnormer».³²⁹

Rettferdighetsprinsippet kan i tillegg anses å omfatte et vern mot maktmisbruk fra den behandlingsansvarlige overfor den registrerte.³³⁰ Det vil ofte være skjevheter i maktforholdet mellom de to aktørene, for eksempel som følge av at den behandlingsansvarlige sitter på informasjon om den registrerte som aktøren kan benytte til sin fordel, eller der den behandlingsansvarlige er i en maktposisjon som følge av en monopolsituasjon.³³¹ Vurderingen av om en behandling er rettferdig tar etter dette opp i seg aspekter knyttet til risikoer og sårbarheter den konkrete situasjonen aktualiserer.³³² Personopplysninger skal ikke behandles på en måte som er «unjustifiably detrimental, unlawfully discriminatory, unexpected or misleading to the data subject».³³³ Personvernrådet har presisert at den registrerte skal informeres om «the functioning of the processing of personal data based on algorithms that analyse or make predictions about them».³³⁴ Rettferdighetsprinsippet henger med andre ord tett sammen med åpenhetsprinsippet,

³²⁷ de Terwangne (2020) s. 314.

³²⁸ Bygrave (2014) s. 146.

³²⁹ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav b. de Terwangne slår fast at det med «legitimate purposes» siktes til at formålene «may not entail a disproportionate interference with the rights, freedoms and interests at stake, in the name of the interests of the data controller», se de Terwangne (2020) s. 315. En slik forståelse innebærer at «berettigede formål» gir anvisning om å foreta en forholdsmessighetsvurdering. Det er imidlertid ikke slik termen «legitimate» normalt forstås i EU-retten. Det er som regel «necessary» eller «proportionate» som anvendes, dersom bestemmelsen mener å henvise til en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Koherenshensyn tilsier at man anvender termen «berettiget» likt i hele forordningen.

³³⁰ Bygrave (2014) s. 146.

³³¹ Ibid. s. 146–147.

³³² Bygrave (2022) s. 186.

³³³ Personvernrådet (2020b) avsnitt 69.

³³⁴ Ibid. avsnitt 70.

som av klarhetshensyn er uttrykkelig nedfelt, også i bokstav a.³³⁵ Åpenhetsprinsippet innebærer at det skal «framgå klart og tydelig» dersom personopplysninger om dem behandles, og at all informasjonen og kommunikasjonen knyttet til behandlingen er «lett tilgjengelig og lettfattelig, og at språket som brukes, er klart og enkelt».³³⁶ Prinsippet kan etter dette sies å omfatte et prinsipp om forklarbarhet og etterprøvbarehet – hva behandlingen omfatter og innebærer må være mulig for den registrerte å forstå og kontrollere.³³⁷ Behandlingen kan ikke skjule, og heller ikke på en måte som er egnet til å villed eller vil være vanskelig å forstå for den registrerte.

Innbakt i rettferdighetsprinsippet er det også et forholdsmessighetskrav.³³⁸ Dette kan ses i sammenheng med EUs menneskerettighetspakt art. 52 nr. 1, om at enhver begrensning av de rettigheter og friheter pakten omfatter, «may be made only if they are necessary and genuinely meet objectives of general interest recognised by the Union or the need to protect the rights and freedoms of others», i henhold til «the principle of proportionality». EU-domstolen opererer uansett med et ulovfestet krav til forholdsmessighet.³³⁹ Domstolens forholdsmessighetsvurdering struktureres i tre kumulative vilkår: egnethet-, nødvendighet- og avveiningstesten.³⁴⁰ De to første testene innebærer at et tiltak må være *egnet* og *nødvendig* for å oppnå det ønskede formålet, mens avveiningstesten går ut på å foreta en «fair balance» av interessene i spill.³⁴¹ Avveiningstesten kan også betegnes som forholdsmessighet i snever forstand. Kontrollens form og innhold vil avhenge av den konkrete saken og den underliggende konteksten, herunder hvilke rettigheter, interesser og hensyn som gjør seg gjeldende.

4.4.2 Er politisk mikromåletting rettferdig?

Spørsmålet i det følgende er om behandling av personopplysninger til politisk mikromåletting kan skje i henhold til rettferdighetsprinsippet. Vurderingen vil måtte foretas konkret, og det vil kunne variere stort hvorvidt politisk mikromåletting som behandlingsaktivitet står seg i møte

³³⁵ de Terwangne (2020) s. 314.

³³⁶ Personvernforordningens fortalepunkt 39.

³³⁷ Den engelske versjonen av forordningen benytter termen «transparency», den danske versjonen taler om «gennemsigtighed» og den svenske anvender, i tråd med den norske, termen «öppenhet». Etter min oppfatning kan det argumenteres for at termen «transparens» refererer til et meningsinnhold som i større grad enn «åpenhet» tar opp i seg elementene forordningen er ment å omfatte, idet prinsippene om forklarbarhet og etterprøvbarehet i større grad faller innunder en naturlig språklig forståelse av «transparens». Denne tilnærmingen til termene er også i tråd med EUs forordningsforslag om harmonisering av regler om kunstig intelligens, jf. forslaget art. 11–13 og 52. Det sentrale er imidlertid uansett at meningsinnholdet åpenhetsprinsippet omfatter, skal forstås vidt etter forordningen.

³³⁸ Bygrave (2014) s. 146.

³³⁹ Harbo (2021) s. 325.

³⁴⁰ Ibid. s. 328–339.

³⁴¹ Sak C-70/10 Scarlet Extended avsnitt 45. Avgjørelsen avveier interessen i opphavsrett mot personopplysningsvernet.

med rettferdighetsprinsippet. Derfor kan jeg vanskelig konkludere generelt, og må i stedet peke på noen generelle utgangspunkter. For det første er det grunn til å merke seg at den registrerte i større grad kan forvente politisk mikromålretting dersom denne har lagt ut uttrykkelige opplysninger på en tjeneste om sine politiske oppfatninger, enn dersom dette ikke er gjort. Jo mer sammensatt og omfattende dataanalyse den politiske mikromålrettingen er basert på, desto lavere forventinger vil den enkelte antas å ha om at personopplysningene behandles på denne måten. Politisk mikromålretting basert på en omfattende dataanalyse vil i tillegg ofte være mer *skjult*, siden det er vanskeligere for den enkelte å forstå hvorfor man mottar det politiske budskapet. Dersom analysen anvender maskinlæringsalgoritmer, vil resultatet som hovedregel være lite forklarbart og etterprøvbart. Det er også grunn til å trekke frem at det gjerne vil være skjevheter i maktforholdene mellom den som sender og den som mottar politisk mikromålretting, som følge av informasjonsassymetrien mellom aktørene.

Selv om den registrerte ikke nødvendigvis har en forventning om politisk mikromålretting, kan mikromålrettingen like fullt være i dennes interesse, ved at den kan vekke politisk engasjement og deltakelse, og koble personer med relevante saker, organisasjoner og partier. Det kan på denne måten bli lettere å sondere det politiske terrenget, fordi man kan fokusere på de sakene man bryr seg om. Det kan imidlertid settes spørsmålsteget ved om saken fremstilles på en dekkende måte. Slik jeg ser det, er det en forskjell på politisk mikromålretting som gjelder enkeltsaker, som for eksempel studentstøtte, sykehjemspolitik og innvandring – og politisk mikromålretting som for eksempel plasserer deg i kategorien *sannsynlig Høyre-velger*, og utelukkende mater deg med Høyres synspunkter i enkeltsaker. Dersom du mottar politisk mikromålretting som omhandler *ulike partiers* standpunkt om én konkret sak, kan du danne deg en mening om hvilket politisk syn du støtter i den saken. Dersom du derimot kun mottar politisk mikromålretting fra *ett politisk parti*, vil det være vanskeligere å gjøre seg opp en selvstendig mening. Politisk mikromålretting om enkeltsaker, kan imidlertid føre til at personer danner seg et skjevt bilde av hvilke saker det enkelte politiske parti vektlegger tyngst i sin politiske plattform.

Dersom formålet med den politiske mikromålrettingen er å utnytte en persons personlighetstype, redsler eller sårbarheter for å øke mulighetene for å påvirke, vil formålet neppe være berettiget, og med det ei heller rettferdig. Denne formen for politisk mikromålretting er manipulativ, idet den forsøker å påvirke mottakeren i det *skjulte*. En slik framferd er ikke i samsvar med den enkeltes grunnleggende rett til tanke- og meningsfrihet, ei heller i samsvar med alminnelige samfunnsnormer, se kapittel 3.2. Vi anser det generelt som uakseptabelt å utnytte andre for egen vinning. Individuer skal ikke kun benyttes som et middel for å nå den andres mål, i henhold til den kantianske tankegangen, som belyst i kapittel 3.2.1. Det er også på det rene at et formål om å destabilisere et land eller spre mistillit ikke vil kvalifisere som berettiget. Det er ikke i tråd med vårt verdssystem å forsøke å ødelegge grunnleggende demokratiske strukturer,

slik som en velfungerende offentlig samtale, se kapittel 3.3. Demokratihensynet er av sentral verdi for ivaretagelsen av grunnleggende rettigheter og friheter, som rettferdighetsprinsippet igjen begrunnes i.

Spørsmålet er om politisk mikromålretting kan passere tretrinnsresten om egnethet, nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand. Det er grunn til operere utfra en antagelse om at politisk mikromålretting kan være egnet eller tjenlig til å oppnå det ønskede formålet om politisk påvirkning, dersom vi legger studiene presentert i kapittel 2.3 til grunn. Det neste spørsmålet er om politisk mikromålretting er nødvendig for å oppnå dette formålet. Her må det poengteres at det er mange andre måter å bedrive politisk påvirkning, for eksempel gjennom å stå på stand, skrive artikler og benytte andre medier.³⁴² Politisk mikromålretting kan imidlertid være nødvendig for å oppnå den samme graden av *effektiv* politisk påvirkning.

Avveiningstesten innebærer som nevnt at det må trekkes en «fair balance» mellom de ulike interessene i spill. Politisk mikromålretting aktualiserer retten til ytringsfrihet, fordi fenomenet innebærer formidling av en ytring. Siden det i tillegg er snakk om en politisk ytring, skal det etter rettspraksis mye til for at inngrep i rettigheten kan rettferdiggjøres, se kapittel 3.3.2. Et sentralt poeng her er imidlertid at politisk mikromålretting ikke nødvendigvis vil fremme de hensynene ytringsfriheten er ment å ivareta – sannhetssøken, demokrati og individets frie meningsdannelse.³⁴³ I slike tilfeller vil mikromålretters ytringsfrihet ilegges mindre vekt i den avveiningen som må foretas mellom mikromålretters ytringsfrihet og rettighetene til den som blir utsatt for politisk mikromålretting. Politisk mikromålretting aktualiserer blant annet mottakerens rett til respekt for et privatliv, og retten til tanke-, menings- og informasjonsfrihet, se kapittel 3.2.2–3.2.4. Vekten av interessene vil avhenge av omstendighetene i den konkrete saken. I noen saker vil den politiske mikromålrettingen være svært inngripende for den enkelte, for eksempel der det behandles omfattende mengder personopplysninger eller der mikromålrettingen er manipulerende. Det vil variere hvorvidt den enkelte opplever politisk mikromålretting som krenkende og inngripende. Det er grunn til å merke seg at dersom budskapet faktisk treffer, kan det tenkes at det er mindre sannsynlig at individet blir fornærmet over det mottatte budskapet. Enkelte kan bli dypt fornærmet over å bli plassert i kategorien *Rødt-velger*, mens andre ikke ville stusset. Eksempelen er egnet til å illustrere at det er vanskelig å si noe generelt om politisk mikromålrettings inngripende karakter. Antageligvis vil det være mange tilfeller av politisk mikromålretting der interessen til det enkelte individ ikke er å anse som spesielt tungtveiende, for eksempel fordi det er behandlet få opplysninger og informasjonen i seg selv ikke er utformet på en manipulerende måte.

³⁴² TV-mediet er imidlertid ikke lov å benytte, jf. kringkastingsloven § 3-1 annet ledd.

³⁴³ Grl. § 100 annet ledd første punktum.

Det kan reises spørsmål ved om man skal hensynta den kumulative effekten, den kollektive interessen og samfunnsmessige konsekvenser i interesseavveiningen. Hensynet kan være betimelig å vektlegge som følge av at fenomenet ofte vil rette seg mot flere personer, og at fenomenet har lav oppdagelsesrisiko. Som belyst i kapittel 3.3 er menneskerettighetene begrunnet i, samt avhengige av, ivaretagelsen av hensynet til demokratiet. Demokratihensynet har rettskildemessig vekt i kraft å være et underliggende hensyn bak flere av menneskerettighetene, som menneskerettighetene etter en teleologisk tolkning må forstås på bakgrunn av, se kapittel 3.1.2. Demokratihensynet fungerer etter dette som en sentral rettesnor for tolkningen. Dersom det er slik at bruken av politisk mikromålretting representerer en trussel for den demokratiske kulturen, tilsier en formålsoverordnet tolkning i henhold til effektivitetsprinsippet at demokratihensyn bør trekkes inn i interesseavveiningen. Poenget med interesseavveiningen er å vurdere interessene i spill, og balansere dem forholdsmessig mot hverandre. Rettsanvenderen er ikke forhindret fra å vektlegge konsekvensorienterte og overordnede hensyn i rettsanvendelsen, idet forholdsmessighetsvurderingen er bred. Hvorvidt privatlivsinteressens samfunnsdimensjon vektlegges vil kunne ha avgjørende betydning for utfallet. Etter min oppfatning tilsier dette at forholdsmessighetsvurderingen ikke *kun* bør ha det konkrete individet for øye, men at rettsanvenderen også bør trekke på overordnede demokratiske hensyn, som belyst i kapittel 3.3. Drøftelsene av personvernforordningens prinsipper er egnet til å demonstrere behovet for redegjørelsen i kapittel 3. Prinsippene henger tett sammen med forordningens formål om å ivareta menneskerettighetene.

4.5 Rettslig grunnlag

4.5.1 Kontraktsrettslig nødvendighet

For at behandlingen av personopplysninger skal være lovlig, må det foreligge et rettslig grunnlag etter art. 6 nr. 1. Dette er tilfellet for både alminnelige personopplysninger og særlige kategorier personopplysninger, som jeg kommer nærmere tilbake til i kapittel 4.6. Slik jeg ser det, er det mest relevant å drøfte rettslig grunnlag i kontraktsrettslig nødvendighet etter art. 6 nr. 1 bokstav b og etter en interesseavveining i henhold til bokstav f. Selv om også samtykke etter art. 6 nr. 1 bokstav a kan være et aktuelt rettslig grunnlag, nøyer jeg meg med å vise til drøftelsen av samtykke i kapittel 4.7.2 på dette punkt. Det kan også kort poengteres at art. 6 nr. 1 bokstav e om behandling som er «nødvendig for å oppfylle en oppgave i allmennhetens interesse» kan være et aktuelt rettslig grunnlag dersom det for eksempel er tale om behandling av personopplysninger som ledd i valg gjennomføring. Jeg vil imidlertid ikke kommentere dette ytterligere, annet enn å vise til kommentarene i kapittel 4.7.3 om fortalepunkt 56.

Spørsmålet i det følgende er om politisk mikromålretting kan ha rettslig grunnlag som følge av at behandlingen er «nødvendig for å oppfylle en avtale som den registrerte er part i» etter art. 6 nr. 1 bokstav b. Ordlyden tilsier at det må foreligge en avtale mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte, som fordrer at den konkrete behandlingen finner sted. Det nærmere innholdet

av dette behandlingsgrunnlaget ble nylig belyst i tre bindende avgjørelser fra Personvernrådet, avsagt i henhold til personvernforordningens art. 65 nr. 1 bokstav a.³⁴⁴ Avgjørelsene var en reaksjon på at den irske tilsynsmyndighetens manglende oppfølging av innsigelser knyttet til tilsynets behandling av flere saker rettet mot selskapet Meta Platforms, Inc. («Meta»). Meta fremholdt at de hadde rettslig grunnlag for å behandle personopplysninger til bruk i mikromålrettet markedsføring, fordi slik markedsføring er en del av den tjenesten selskapet etter kontrakten med brukerne er forpliktet til å tilby.³⁴⁵ Personvernrådet legger i sin avgjørelse stor vekt på at forordningen må tolkes i lys av sitt formål om å ivareta grunnleggende rettigheter og friheter, samt forordningens grunnleggende prinsipper, herunder rettferdighetsprinsippet. Personvernrådet understreker at vurderingen må bero på om den spesifikke behandlingen er egnet til å svekke den praktiske effekten (*effet utile*) av forordningens bestemmelser.³⁴⁶

Personvernrådet oppstiller to grunnleggende kriterier for at det skal foreligge kontraktsrettslig nødvendighet etter forordningen. For det første må selskapet kunne demonstrere at det er inngått en gyldig kontrakt mellom selskapet og brukeren. Et grunnleggende kontraktsrettslig utgangspunkt er at begge parter frivillig og informert har inngått kontraktsforholdet.³⁴⁷ For det andre må den mikromålrettede markedsføringen være «objectively necessary» for selskapet å tilby til brukerne etter denne kontrakten.³⁴⁸ Nødvendighetsbegrepet fordrer en vurdering av behandlingen og dens formål, og «whether it is less intrusive compared to other options for achieving the same goal».³⁴⁹ Personvernrådet konkluderte med at vilkårene ikke var oppfylt i Metas tilfelle.³⁵⁰ Det ble blant annet trukket frem at slik behandling ikke kan være nødvendig fordi den registrerte alltid skal ha en mulighet til å reservere seg mot direkte markedsføring etter art. 21 nr. 2 og 3. Kontraktsrettslig nødvendighet som rettslig grunnlag har etter dette et snevrere

³⁴⁴ Etter denne bestemmelsen kan Personvernrådet treffe en bindende beslutning der en berørt tilsynsmyndighet har en relevant og begrunnet innsigelse mot et utkast til avgjørelse fra den ledende tilsynsmyndigheten, og den ledende tilsynsmyndigheten ikke har fulgt opp eller avvist innsigelsen.

³⁴⁵ Det er viktig å presisere at sakene etter dette ikke dreide seg om politisk mikromålretting *per se*, men politisk mikromålretting vil som tidligere fremhevet kunne forekomme som en form for mikromålrettet markedsføring.

³⁴⁶ Personvernrådet (2022) avsnitt 104.

³⁴⁷ Ibid. avsnitt 106 og 110.

³⁴⁸ Ibid. avsnitt 111.

³⁴⁹ Ibid. avsnitt 120. Se også forente saker C-92/09 og C-93/09 Volker und Markus Schecke avsnitt 52.

³⁵⁰ 5. april 2023 oppdaterte Meta retningslinjene sine med informasjon om at selskapet nå benytter seg av rettsgrunnlaget i art. 6 nr. 1 bokstav f for mikromålrettet markedsføring. Meta hevder at de har en legitim interesse i å tilby tjenester av høy kvalitet og i innovasjon, se Meta (2023). Organisasjonen None of Your Business («noyb») har varslet at de «will take imminent action», se None of Your Business (2023a). I neste kapittel (4.5.2) drøfter jeg dette rettsgrunnlaget – ikke i relasjon til Meta, men til politisk mikromålretting.

anvendelsesområde enn Meta påberopte seg. Grunnlaget om kontraktsrettslig nødvendighet retter seg typisk mot tilfeller der det for eksempel er nødvendig for en nettbutikk å videresende en kundes adresse til en posttjeneste for å kunne levere varen kunden har bestilt.³⁵¹

Personvernrådets uttalelser tilsier at det skal mye til for at politisk mikromålretting har rettslig grunnlag i kontraktsrettslig nødvendighet. Ofte vil den politiske mikromålrettingen skje uten av mottakeren er klar over det, se beskrivelsen i kapittel 2.2.2, noe som betyr at det ikke foreligger noen kontrakt om mikromålrettingen overhodet. Det rettslige grunnlaget er snevert, og det er grunn til å konkludere med at politisk mikromålretting i hovedvekten av dagens tilfeller ikke vil oppfylle de strenge vilkårene.

4.5.2 Interesseavveining

De rettslige grunnlagene i bokstav a–e baserer seg på en presumsjon om at de ulike interessene i spill står i et balansert forhold til hverandre, såfremt behandlingen er i samsvar med forordningens resterende bestemmelser.³⁵² Dersom situasjonen derimot ikke faller innunder noen av de foreskrevne grunnlagene, må det foretas en konkret interesseavveining etter bokstav f. Her slås det fast at et rettslig grunnlag for behandling vil foreligge der behandlingen er «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger». Interessen som begrunner den aktuelle behandlingen må identifiseres og analyseres, før den holdes opp mot den registrertes interesser, rettigheter og friheter.

For det første må behandlingen begrunnes i en «berettiget interesse». Ordlyden gir anvisning om at ikke enhver interesse er omfattet, kun interesser av kvalifisert art. Det må foreligge en rimelig begrunnelse for interessen.³⁵³ Det er presisert i bestemmelsen at både behandlingsansvarliges og tredjepersoners interesser vil kunne være gjenstand for vurderingen, noe som tilsier at også mer generelle samfunnshensyn kan inkluderes. Terskelen for å kvalifisere som en berettiget interesse etter bestemmelsen er ikke høy. WP29 har trukket frem at begrepet omfatter «a broad range of interests, whether trivial or very compelling, straightforward or more controversial».³⁵⁴ Det presiseres at kravet om berettiget interesse er et inngangsvilkår til den bredere interesseavveiningen, og at det først er i avveiningsøvelsen «that a more restricted approach

³⁵¹ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav b.

³⁵² Som prinsippene i personvernforordningen art. 5 nr. 1. EUs menneskerettighetspakt art. 52 nr. 1 innebærer videre at enhver behandling må være lovlig og forholdsmessig.

³⁵³ Det er verdt å merke seg at den engelske formuleringen oppstiller et krav om «legitimate interests», som i større grad peker henimot at interessen må være rettmessig og tillatt etter gjeldende lov.

³⁵⁴ WP29 (2014b) s. 24.

and more substantive analysis should be taken».³⁵⁵ WP29 ramser opp en ikke-uttømmende liste over situasjoner som gjerne vil reise spørsmål om berettiget interesse, og inkluderer blant annet utøvelsen av retten til ytrings- og informasjonsfrihet, konvensjonell direkte markedsføring og andre former for markedsføring eller reklame, samt uoppfordret ikke-kommersielle buskap, for eksempel i forbindelse med politiske kampanjer.³⁵⁶ Det er grunn til å se vilkåret i sammenheng med kravet til «berettiget formål» etter art. 5 nr. 1 bokstav a, som belyst i kapittel 4.4.1. Interesetermen kan tenkes å peke henimot den bakenforliggende årsaken til at man ønsker å oppnå formålet. En forutsetning for at en interesse skal være «berettiget» er at den er i overensstemmelse med andre krav som stilles i forordningen, menneskerettighetspakten og annet lovverk.

Etter at man potensielt har identifisert en berettiget interesse, er spørsmålet om behandlingen er «nødvendig for formål» knyttet til disse interessene. EU-domstolen har lagt til grunn at nødvendighetskravet er oppfylt dersom den berettigede interessen ikke med rimelighet kan oppnås effektivt med andre og mindre inngripende midler.³⁵⁷ Domstolen har vektlagt om det har vært forsøkt tiltak som ville gitt mindre behandling av personopplysninger, men at disse ikke har gitt ønsket effekt.³⁵⁸ For det tredje må interessen i behandlingen veie tyngre enn den registrertes interesser, grunnleggende rettigheter og friheter. Jo mer *aktverdig* behandlingsansvarliges interesse er, desto tyngre vil den veie.³⁵⁹ Ordlyden i bestemmelsen tilsier imidlertid at posisjonen til den registrerte er gitt et utstrakt vern. Den registrertes interesser beskyttes i tillegg til den registrertes grunnleggende rettigheter og friheter («eller»), og det oppstilles ikke noe krav om at interessen må være berettiget. Enhver interesse den registrerte måtte ha omfattes av ordlyden.

WP29 har lagt til grunn at vurderingen vil bero på følgende kriterier: «(a) assessing the controller's legitimate interests, (b) impact on the data subjects, (c) provisional balance and (d) additional safeguards applied by the controller to prevent any undue impact on the data subjects».³⁶⁰ Personvernrådet har gitt retningslinjer for interesseavveiningen i situasjoner som gjelder kameraovervåking, som også er egnet til å gi generell veiledning.³⁶¹ Her fremheves det at det avgjørende kriteriet for balanseringsøvelsen er hvilken «intensity of intervention» den aktuelle behandlingen har for «the rights and freedoms of the individual».³⁶² Det presiseres videre at inngrepsintensiteten blant annet kan bero på informasjonens innhold, omfang, utstrekning, antall

³⁵⁵ WP29 (2014b) s. 24.

³⁵⁶ Ibid. s. 25.

³⁵⁷ Sak C-708/18 Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA avsnitt 47.

³⁵⁸ Ibid. avsnitt 49.

³⁵⁹ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav f.

³⁶⁰ WP29 (2014b) s. 33.

³⁶¹ Personvernrådet (2020a).

³⁶² Ibid. s. 10.

registrerte involvert, den konkrete situasjonen, interessene til gruppen registrerte, alternative midler, samt naturen og omfanget av de vurderingene behandlingen har gått ut på.³⁶³ EU-domstolen har lagt til grunn tilsvarende kriterier for vurderingen av et inngreps alvorlighet ved å peke på at vurderingen må omfatte «the nature of the personal data at issue, in particular of the potentially sensitive nature of those data, and of the nature and specific methods of processing the data at issue, in particular of the number of persons having access to those data and the methods of accessing them».³⁶⁴

Dette innebærer at interesseavveiningen vi gis anvisning om å foreta etter art. 6 nr. 1 bokstav f, ikke nødvendigvis vil være identisk med en tradisjonell forholdsmessighetsvurdering i snever forstand etter EU-retten. Som utgangspunkt vil imidlertid de to vurderingene sammenfalle.³⁶⁵ Det kan derfor i hovedsak vises til drøftelsen foretatt i kapittel 4.4.2 på dette punkt. Det er allikevel grunn til å poengtere at det kan få betydning at art. 6 nr. 1 bokstav f etter sin ordlyd ber rettsanvenderen uttrykkelig om å veie behandlingsansvarliges interesser mot «den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter». Anvisningen gir mindre rom for en bred helhetsvurdering av samtlige hensyn som gjør seg gjeldende, herunder kollektive og samfunnsmessige interesser. I tillegg har WP29 og Personvernrådet oppstilt kriterier for vurderingen som tar utgangspunkt i det konkrete individets interesser. Formålet er sannsynligvis å sikre ivaretagelsen av den behandlingsansvarliges ansvar, men kriteriene kan potensielt innebære at vurderingen blir noe annerledes enn forholdsmessighetsvurderingen under rettferdighetsprinsippet som drøftet i kapittel 4.4.2. Konklusjonen må være at det vil avhenge av de konkrete omstendighetene hvorvidt den behandlingsansvarlige kan ha rettslig grunnlag i art. 6 nr. 1 bokstav f. Det er imidlertid grunn til å poengtere at terskelen er høy. Det er ikke tilstrekkelig å ha en interesse, interessen må være kvalifisert.

4.5.3 Bortfall av rettslig grunnlag ved protest

Den registrerte har en ubetinget rett til å protestere mot behandling av sine personopplysninger «med henblikk på direkte markedsføring», samt ved «profilering i den grad dette er knyttet til direkte markedsføring», som nedfelt i art. 21 nr. 2. Protestretten kan gjøres gjeldende når som helst, og den registrerte skal gjøres uttrykkelig oppmerksom på retten.³⁶⁶ Den som retter «direkte markedsføring» skal respektere protesten uten videre, og opphøre behandlingen. Etter art. 17 nr. 1 bokstav c har den behandlingsansvarlige en plikt til å slette personopplysningene uten ugrunnet opphold dersom den registrerte protesterer i henhold til art. 21 nr. 2. Behandling av

³⁶³ Personvernrådet (2020a) s. 10.

³⁶⁴ Sak C-708/18 Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA avsnitt 57.

³⁶⁵ Kotschy (2020) s. 338.

³⁶⁶ Personvernforordningens fortalepunkt 70.

personopplysninger til bruk i politisk mikromålretting vil etter dette være ulovlig dersom den registrerte har protestert på behandlingen.

Spørsmålet er derfor om politisk mikromålretting er å anse som «direkte markedsføring» etter forordningen. Uttrykket er ikke legaldefinert i forordningen og fortaleteksten kaster heller ikke lys over begrepet. Ordlyden «direkte» tilsier at markedsføringen må rette seg mot en spesifikk person. Som poengtert i fotnote 23 vil markedsføringstermen ofte referere til formidling med kommersielt siktemål. Det kan følgelig spørres om markedsføringsbegrepet etter art. 21 nr. 2 reserveres for kommersielle tilfeller. Dette fremgår ikke av personvernforordningen. Koherenshensyn tilsier at det er grunn til å se hen til andre EU-rettslige legaldefinisjoner. I forordningen om digitale tjenester er termen «advertisement» uttrykkelig sagt å omfatte «information designed to promote the message of a legal or natural person, irrespective of whether to achieve commercial or non-commercial purposes».³⁶⁷ Dersom denne definisjonen legges til grunn vil også politisk mikromålretting uten kommersielt siktemål være omfattet. Det kan også trekkes frem at verken kommunikasjonsvern direktivets legaldefinisjonen av «direkte markedsføring» i art. 13, ei heller den kommende kommunikasjonsvernforordningens legaldefinisjonen art. 4 nr. 3 bokstav f, stenger for at markedsføringsbegrepet omfatter ikke-kommersielle aktiviteter.

Personvernforordningens formål om å ivareta grunnleggende rettigheter og friheter taler også for å anlegge et bredt markedsføringsbegrep. Det er etter min oppfatning tilstrekkelig belegg til å fremholde at politisk mikromålretting antageligvis kvalifiserer som «direkte markedsføring» etter art. 21 nr. 2. Det er for øvrig også mulig å protestere mot behandling av sine personopplysninger etter art. 21 nr. 1, men jeg vil avgrense mot å behandle denne adgangen.

4.6 Forbud – særlige kategorier av personopplysninger

4.6.1 De særlige kategoriene

Personvernforordningen sonderer mellom «særlige kategorier» av personopplysninger og andre personopplysninger.³⁶⁸ Skillet er av stor rettslig betydning, idet behandling av førstnevnte kategori som utgangspunkt er forbudt etter art. 9 nr. 1. Bestemmelsen oppgir uttømmende hvilke kategorier som kvalifiserer som «særlige». Det vises til «personopplysninger om rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning eller fagforeningsmedlemskap, samt behandling av genetiske opplysninger og biometriske opplysninger med det formål å entydig identifisere en fysisk person, helseopplysninger eller opplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering». For vår del er det særlig grunn til å merke seg at opplysninger om «politisk oppfatning» og «filosofisk overbevisning»

³⁶⁷ Forordningen om digitale tjenester art. 3 bokstav r.

³⁶⁸ De «særlige» kategoriene omtales som «sensitive» opplysninger i personvernforordningens fortaletpunkt 51.

er omfattet. Personvernforordningen legaldefinerer ikke uttrykkene.³⁶⁹ I mangel på rettslige holdepunkter er det nærliggende å legge til grunn et politikkbegrep i samsvar med den språklige forståelsen av termen beskrevet i kapittel 2.2.1.

Behandling av særlige kategorier av personopplysninger er som utgangspunkt forbudt, såfremt ikke ett av de strenge unntaksvilkårene i art. 9 nr. 2 bokstav a–j er oppfylt.³⁷⁰ Bakgrunnen for at vilkårene er strenge, er at kategoriene anses å omfatte personopplysninger av sensitiv karakter som det kan være særlig inngripende for den enkelte at behandles. Det er snakk om kategorier av personopplysninger som gjerne anses mer intime, private og beskyttelsesverdige. Dette poenget understrekes i fortalepunkt 51, der det fremheves at personopplysninger som «av natur er særlig sensitive med hensyn til grunnleggende rettigheter og friheter, fortjener et særskilt vern». Tanken er at behandling av sensitive personopplysninger representerer en betydelig menneskerettslig risiko. Sensitivitetsprinsippets rasjonale henger tett sammen med forordningens overordnede krav om forholdsmessighet. Jo mer inngripende tiltak det er snakk om, desto strengere vurdering vil tiltaket underlegges.

Det har blitt fremholdt at «singling out relatively fixed sub-sets of personal data for special protection breaks with the otherwise common assumption in the field that the sensitivity of data is essentially context-dependent».³⁷¹ Her er det etter min oppfatning grunn til å bemerke at art. 9 nr. 1 som utgangspunkt *vil* kreve en kontekstuell vurdering, siden det må vurderes konkret om en opplysning er av politisk art eller ei. Det vil riktignok være tilfeller der det ikke er et behov for noen inngående drøftelse på dette punkt. Dersom for eksempel Greenpeace ønsker å rette en reklame til deg som følge av at du har oppgitt at du er medlem av MDG på Facebook, må det anses som forholdsvis klart at det vil behandles en opplysning om «politisk oppfatning».³⁷² Andre tilfeller vil kreve en bredere drøftelse. Vurderingen vil like fullt, i begge tilfeller, være kontekstuell.

³⁶⁹ Det er grunn til å merke seg at den norske ordlyden muligens er noe bredere enn den engelske, idet det vises til «oppfatninger» av politisk art, og ikke «meninger». En homogen fortolkning av forordningen tilsier at forskjellen ikke bør være av materiell betydning.

³⁷⁰ Behandling av «særlige kategorier» av personopplysninger fordrer både et rettslig grunnlag etter art. 6 nr. 1 og at ett av unntaksvilkårene i art. 9 nr. 2 er oppfylt.

³⁷¹ Bygrave (2014) s. 165.

³⁷² Personvernrådet benytter i sine retningslinjer et lignende eksempel, og slår fast at «[i]nsofar as the environmental organisation requests the social media provider to target users based on their political opinion, both controllers contribute to the processing of special categories of data as defined by Art. 9 GDPR», som «in principle [are] prohibited», se Personvernrådet (2021b) avsnitt 120.

4.6.2 Opplysninger som indirekte avslører

Listen over kategorier i art. 9 nr. 1 omfatter ikke kun de personopplysningene som direkte faller innunder kategoriene, men også *indirekte* indikasjoner.³⁷³ Ordlyden i den engelske versjonen av forordningens art. 9 nr. 1 er tydeligere på dette punkt enn den norske. Den norske versjonen viser til personopplysninger «om» kategoriene, mens den engelske versjonen slår fast at personopplysninger «revealing» politisk oppfatning mv. faller innunder forbudet. Det er etter dette tilstrekkelig at personopplysningen er *egnet til å avsløre* hvilken politisk oppfatning du for eksempel har.

At indirekte slutninger om særlige kategorier personopplysninger også er omfattet etter art. 9 nr. 1, ble for alvor slått fast i EU-domstolens avgjørelse i sak C-184/20 *OT og Vyriausioji*. Saken gjaldt en litauisk lov mot korrupsjon som påla mottakere av offentlige midler å sende inn erklæringer med informasjon om dem og deres interesser, herunder navnet på deres «spouse, cohabitee or partner».³⁷⁴ Denne informasjonen ble deretter offentliggjort på nett. Spørsmålet for EU-domstolen var blant annet om informasjonen omfattet sensitive personopplysninger etter art. 9 nr. 1. Innledningsvis slår domstolen fast at de aktuelle personopplysningene «are not, inherently, sensitive data» etter forordningen, men at domstolen legger til grunn at det er mulig «to deduce from the name-specific data relating to the spouse, cohabitee or partner of the declarant certain information concerning the sex life or sexual orientation of the declarant and his or her spouse, cohabitee or partner».³⁷⁵ Problemstillingen domstolen drøfter i det videre er «whether data that are capable of revealing the sexual orientation of a natural person by means of an intellectual operation involving comparison or deduction fall within the special categories of personal data» etter art. 9 nr. 1.³⁷⁶

Domstolen starter drøftelsen med å legge til grunn at det ved tolkningen av bestemmelsen etter EU-rettslig praksis er «necessary to consider [...] not only its wording but also its context and the objectives of the legislation of which it forms part».³⁷⁷ Ordlyden «revealing» tilsier etter domstolens oppfatning at også «data revealing information of that nature indirectly, following an intellectual operation involving deduction or cross-referencing».³⁷⁸ En bred tolkning av uttrykkene «special categories of personal data» og «sensitive data» er videre i samsvar med formålet med forordningen om å «ensure a high level of protection of the fundamental rights and freedoms of natural persons».³⁷⁹ En tolkning av bestemmelsen som ikke inkluderer indirekte

³⁷³ Georgieva (2020) s. 373.

³⁷⁴ Sak C-184/20 OT og Vyriausioji avsnitt 29.

³⁷⁵ Ibid. avsnitt 119.

³⁷⁶ Ibid. avsnitt 120.

³⁷⁷ Ibid. avsnitt 121.

³⁷⁸ Ibid. avsnitt 123.

³⁷⁹ Ibid. avsnitt 125.

personopplysninger, vil etter domstolens oppfatning ikke være i samsvar med dette formålet, fordi «the particular sensitivity of the data processed, is liable to constitute [...] a particularly serious interference with the fundamental rights to respect for private life and to the protection of personal data», som garantert i menneskerettighetspakten art. 7 og 8. Domstolen konkluderer med at bestemmelsen av den grunn «cannot be interpreted as meaning that the processing of personal data that are liable indirectly to reveal sensitive information concerning a natural person is excluded from the strengthened protection regime prescribed by those provisions, if the effectiveness of that regime and the protection of fundamental rights and freedoms of natural persons that it is intended to ensure are not to be compromised».³⁸⁰

EU-domstolens konklusjon i den konkrete saken ble etter dette at det var snakk om behandling av særlige kategorier av personopplysninger etter personvernforordningens art. 9 nr. 1, siden det var mulig å slutte informasjon om et individs seksuell liv og seksuelle orientering utfra navnet på deres partner. Avgjørelsen innebærer at den behandlingsansvarlige til enhver tid må vurdere personopplysningene de behandler kontekstuell, for å vurdere om personopplysningene er egnet til å avsløre sensitiv informasjon.

Domstolen drøfter når indirekte slutninger gjennom en «intellectual operation» er å anse som særlige kategorier av personopplysninger etter art. 9 nr. 1. Kriteriet «intellectual operation» er egnet til å lede tanken dit hen at operasjonen må involvere menneskelig tankevirksomhet. Spørsmålet er derfor om «intellectual operation» innebærer at det kun er den menneskelige slutnings-evne rettssetningen gjelder, eller om også slutninger som algoritmer kan foreta, er omfattet. Saken EU-domstolen behandlet omhandlet ikke en slutning basert på en algoritmisk analyse av et stort kildeomfang, men baserte seg på at det fra den aktuelle opplysningen var mulig å slutte hvilken seksuell orientering personen hadde. Det var altså opplysningen i seg selv som var egnet til å si noe indirekte av sensitiv karakter.

Den leksikalske definisjonen av *intellektuell* er at termen viser til noe «som hører til tenkning, erkjennelse og resonnering».³⁸¹ Algoritmer kan sies å basere seg på resonnering, noe termen kunstig *intelligens* også spiller på. En *operasjon* vil også kunne omfatte en datamaskins handlinger og beregninger. Det er derfor mulig å inkludere matematiske beregninger under ordlyden «intellectual operation». En slik forståelse ivaretar i større grad forordningens formål om å sikre individets rettigheter og friheter. Det vil ofte være snakk om sammenstilling og analyse av opplysninger foretatt av kunstig intelligente systemer. Flere av bestemmelsene i forordningen er begrunnet i den teknologiske utviklingen og den økte globaliseringen.³⁸² Det er imidlertid etter

³⁸⁰ Sak C-184/20 OT og Vyriausioji avsnitt 127.

³⁸¹ Det Norske Akademis Ordbok (u.å.g).

³⁸² Personvernforordningens fortalepunkt 6.

mitt syn grunn til å skille algoritmiske slutninger ut som en egen kategori, noe som vil være temaet for neste punkt.

4.6.3 Utlede opplysninger om særlige kategorier

Slik jeg ser det, er det grunn til å sondre mellom *indirekte* opplysninger om særlige kategorier på den ene siden, og *utledede* opplysninger om særlige kategorier på den andre. Førstnevnte gruppe er opplysninger som i seg selv er egnet til å si noe indirekte av sensitiv karakter, mens det for sistnevnte gruppe forutsettes at det har skjedd en forutgående analyse som har generert en sensitiv personopplysning. Som redegjort for i kapittel 4.3.1, kan utledede opplysninger blant annet genereres gjennom profilering. For denne gruppen er ikke nødvendigvis opplysningsgrunnlaget i seg selv egnet til å si noe om en sensitiv kategori, men *resultatet* av analysen er det.

Kravet om at opplysningen *faktisk er generert*, er den viktigste begrunnelsen for å skille mellom indirekte og utledede personopplysninger om sensitive kategorier. Sondringen tydeliggjør at ikke enhver opplysning som potensielt kan inngå i en automatisert behandling som foretar indirekte slutninger om særlige kategorier, er omfattet – *enhver* opplysning vil kunne benyttes på denne måten. Det er mulig å argumentere for at man i vurderingen av om en konkret opplysning potensielt vil kunne brukes til å utlede en sensitiv personopplysning, bør trekke på kriteriene lagt til grunn for forståelsen av vilkåret «identifiserbar» i definisjonen av «personopplysning» i forordningens art. 4 nr. 1, og innfortolke et krav om at man må foreta en vurdering av hvilke «midler som det med rimelighet kan tenkes at den behandlingsansvarlige eller en annen person kan ta i bruk». ³⁸³ Dette er imidlertid et lite egnet vurderingstema, i og med at bruken av kunstig intelligente systemer ofte vil være lett tilgjengelig, lite kostbart og lite tidkrevende. I motsetning til hva som er tilfellet for vurderingen av om personen er «identifiserbar», kan det ikke oppstilles noen *målestokk for sannhet*. En indirekte slutning behøver ikke å være korrekt for at vilkåret skal være oppfylt.

Av denne grunn bør det oppstilles et krav om at den utledede personopplysningen er generert. Dette er i samsvar med en uttalelse fra Personvernrådet der det legges til grunn at behandling av informasjon om at en person for eksempel har besøkt en kirke eller et tempel, eller kommet med en religiøs uttalelse, «will generally not in and of itself be considered as processing of special categories of data». ³⁸⁴ Det vil derimot kunne stille seg annerledes «if these data are combined with other data». Personvernrådet fremhever videre at dersom den som målretter et budskap «uses observed data to categorise users as having certain religious, philosophical or

³⁸³ Personvernforordningens fortalepunkt 26.

³⁸⁴ Personvernrådet (2021b) avsnitt 122.

political beliefs – regardless of whether the categorization is correct/true or not – this categorization of the user must obviously be seen as processing of special category of personal data in this context».³⁸⁵ Uttalelsen tilsier at enhver kategorisering knyttet til noen av kategoriene i art. 9 nr. 1 vil være behandling av sensitive personopplysninger. Det spiller ingen rolle om kategoriseringen er korrekt. En feilaktig slutning kan være like belastende for den den gjelder som en korrekt opplysning, og potensielt enda mer belastende – et poeng riktighetsprinsippet i art. 5 nr. 1 bokstav d understreker.

En ren kombinasjon av opplysninger vil ikke uten videre generere sensitive personopplysninger. Uttalelsen fra Personvernrådet forutsetter at sammenstillingen av opplysninger benyttes på en måte som kan knyttes til kategoriene i art. 9 nr. 1. Utlede personopplysninger vil som hovedregel være generert gjennom profilering, men ikke nødvendigvis.³⁸⁶ Profilering vil imidlertid alltid generere en utledet personopplysning, i og med at profileringen innebærer å foreta en vurdering av en fysisk persons personlige aspekter, og forutsetter at den automatiserte behandlingen genererer et visst resultat. Dette er i tråd med Personvernrådets standpunkt om at «profiling can create special category of data by inference from data which is not special category of data in its own right, but becomes so when combined with other data».³⁸⁷ I en rapport om Cambridge Analytica-skandalen slo Storbritannias Information Commissioner's Office (ICO) uttrykkelig fast at siden Cambridge Analytica «used the information collected to make predictions about data subject's political affiliations and opinions, it is clear that the data should be considered sensitive personal data».³⁸⁸

I en sak mot det østerrikske postvesenet Österreichische Post AG la den østerrikske førsteinstansdomstolen Landesgericht Feldkirch til grunn at slutninger om politisk oppfatning til bruk i mikromålretting er personopplysninger omfattet av art. 9 nr. 1.³⁸⁹ Saken gjaldt postvesenets salg av slike opplysninger. Opplysningene de solgte omfattet navn- og adresselister, men også opplysninger som i stor grad baserte seg på statistikk og prediksjon basert på offentlig tilgjengelig informasjon, herunder opplysninger om personers sannsynlige politiske oppfatning. Disse opplysningene hadde postvesenet generert ved hjelp av stemmetall i hvert valgdistrikt i Østerrike, alder og tilsvarende. Saken ble anlagt for retten i form av et erstatningssøksmål fra en av de registrerte, og innebar at domstolen måtte ta stilling til hvorvidt prediksjoner om en persons

³⁸⁵ Personvernrådet (2021b) avsnitt 123.

³⁸⁶ Ibid. avsnitt 83. Vi vil ha å gjøre med utlede personopplysninger som ikke har blitt til gjennom profilering, dersom analysen som har generert opplysningen ikke er basert på personopplysninger og en vurdering av en persons personlige aspekter.

³⁸⁷ Ibid. avsnitt 121.

³⁸⁸ ICO (2018) s. 36. På dette tidspunktet var fremdeles Storbritannia med i EU.

³⁸⁹ Saken har senere nådd EU-domstolen, men ikke om dette spørsmålet, se sak C-300/21 Österreichische Post.

politiske oppfatning i seg selv utgjør en sensitiv personopplysning etter personvernforordningens art. 9 nr. 1. Domstolen fremhevet at selv om opplysningene hadde sin opprinnelse i anonyme spørreundersøkelser, og med det var resultatet av generell statistikk, var de like fullt opplysninger om identifiserte personer, siden statistikken hadde blitt knyttet opp mot enkeltpersoner. Domstolen la til grunn at det var klart at slutningene om partitilhørighet var vurderinger om personenes politiske oppfatning. Avgjørelsen ble på dette punkt opprettholdt av BVwG, den øverste føderale administrative domstolen i Østerrike.³⁹⁰

En annen av de registrerte Österreichische Post AG hadde behandlet personopplysningene til, anla også søksmål. Saksøkeren hadde av Österreichische Post AGs systemer blitt vurdert som en sannsynligvis var interessert i Freiheitliche Partei Österreichs (FPÖ), som er et nasjonal-konservativt ytre-høyre parti. Saksøkeren hadde fått kjennskap til dette gjennom et informasjonskrav i tråd med personvernforordningens art. 15, og krevde både (i) dom om at den saksøkte måtte avstå fra å behandle personopplysninger om hans predikerte politiske oppfatninger og (ii) erstatning som følge av at han anså antagelsen som en skamfull fornærmelse høyt skadelig for hans eget omdømme. Den saksøkte hadde ikke gitt opplysningene om saksøkeren til en tredjepart. Saksøkeren vant i to instanser frem for det første kravet, men ikke for erstatningskravet.³⁹¹ Begge instanser mente det var snakk om behandling av særlige kategorier personopplysninger, og understreket formålet om å beskytte sensitive personopplysninger som følge av den risikoen for grunnleggende rettigheter og friheter behandling av slike opplysninger kan representere. Saken er godt egnet til å demonstrere at politisk profilering kan være inngripende for den enkelte, også dersom informasjonen ikke videreselges eller brukes.

Det er grunn til å merke seg at organisasjonen None of Your Business («noyb») den 21. mars 2023 klaget inn en rekke tyske politiske partier til det tyske datatilsynet for brudd på art. 9 nr. 1 og art. 5 nr. 1 bokstav a, som følge av partienes bruk av Facebooks verktøy for å rette markedsføring mot spesifikke segmenter av befolkningen.³⁹² Et eksempel på en reklame selskapet har klaget inn er en reklame for partiet *Die Linke*, som tilsynelatende ble rettet mot kvinner mellom 6 og 53 år, med en interesse for *Bündnis 90/Die Grüne*. Dette kan tilsi et større fokus på lovligheten av generering av utledede opplysninger om særlige kategorier i tiden som kommer.

Konklusjonen er at en *utledet* personopplysning om en særlig kategori etter art. 9 nr. 1 vil falle innunder bestemmelsens virkeområde. Det betyr at behandling av utledede opplysninger om

³⁹⁰ GDPRhub (2021).

³⁹¹ Denne saken nådde også EU-domstolen i form av et spørsmål om tolkningen av art. 15 nr. 1 bokstav c, se sak C-154/21 Österreichische Post.

³⁹² None of Your Business (2023b).

politisk oppfatning som utgangspunkt vil være forbudt. Det spiller ingen rolle om opplysningen er sann eller ikke. Opplysningen om at du er plassert i kategorien *sannsynlig FrP-velger* er en personopplysning om deg uavhengig av hvor du i realiteten står politisk. Selve genereringen, samt den videre bruken, vil kvalifisere som «behandling» i personvernforordningens forstand.³⁹³

4.6.4 Kontekstuell sensitivitet

Personvernrådet har lagt til grunn at vi kan stå overfor en behandling av sensitive personopplysninger, selv om opplysningene som behandles i utgangspunktet ikke er sensitive, som følge av «the context in which the data are processed or the purposes for which they are being used».³⁹⁴ Selv om det i behandlingen kun benyttes alminnelige personopplysninger, vil altså den konkrete behandlingsteksten eller det konkrete behandlingsformålet kunne tilsi at behandlingen allikevel faller innunder art. 9 nr. 1. En slik adgang kan i noen grad sies å lette den kritikken som er fremsatt om at utskillelsen av enkelte kategorier opplysninger bryter med personopplysningsrettens utgangspunkt om at en personopplysnings sensitivitet beror på en kontekstuell vurdering.³⁹⁵ Det vil etter dette ikke *kun* bero på de konkrete opplysningene som benyttes og genereres hvorvidt den konkrete behandlingen faller innunder art. 9 nr. 1 eller ei, men også en bredere helhetsvurdering av om den konkrete behandlingen er sensitiv. Et eksempel kan være behandling av opplysninger om konkrete svakheter og personlighetstrekk, eller opplysninger «that can be organized and processed to infer the mental states of a person, including their cognitive, affective, and conative status».³⁹⁶

Dette innebærer i realiteten at *enhver* personopplysning potensielt kan kategoriseres som sensitiv, avhengig av den konkrete konteksten behandlingen skjer i. Spørsmålet må løses med utgangspunkt i den konkrete saken. En kontekst vil for eksempel kunne tenkes å være sensitiv dersom behandlingen griper inn i grunnleggende rettigheter, utnytter sårbarheter, retter seg mot et stort antall mennesker eller dersom det behandles en omfattende mengde opplysninger.³⁹⁷ Et formål vil kunne tenkes å være sensitivt dersom behandlingen kan innebære en risiko for den enkeltes rettigheter og friheter, samfunnsmessige risikoer eller der formålet knytter seg tett opp til noen av de sensitive kategoriene personopplysninger. Det finnes imidlertid få rettskilder som belyser *kontekstuell sensitivitet* som kategori, slik at kategoriens rekkevidde er uavklart.

³⁹³ Personvernforordningen art. 4 nr. 2.

³⁹⁴ Personvernrådet (2021b) avsnitt 122.

³⁹⁵ Bygrave (2014) s. 165. Se kapittel 4.6.1.

³⁹⁶ Ienca (2022) s. 4.

³⁹⁷ At behandling av store mengder informasjon representerer en særlig risiko for den enkelte understrekes i fortalepункт 91, der det vises til «behandlingaktiviteter i stor skala der formålet er å behandle en betydelig mengde personopplysninger [...] som kan påvirke et stort antall registrerte og innebære en høy risiko».

4.6.5 Kategorier av personopplysninger til bruk i politisk mikromålretting

Spørsmålet er så om politisk mikromålretting innebærer en behandling av «særlige kategorier» av personopplysninger, herunder personopplysninger om politisk oppfatning. Etter min oppfatning kan spørsmålet som den klare hovedregel besvares bekreftende. Dette innebærer at behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting som utgangspunkt vil være forbudt etter personvernforordningen art. 9 nr. 1.

For det første vil det behandles personopplysninger om politisk oppfatning dersom den politiske mikromålrettingen er basert på uttrykkelige personopplysninger om politisk oppfatning. Eksempelet trukket frem tidligere³⁹⁸ kan benyttes igjen; dersom Greenpeace retter politisk markedsføring mot deg på bakgrunn av at du uttrykkelig har oppgitt på Facebook at du er medlem i MDG, vil det behandles personopplysninger om politisk oppfatning.

For det andre vil det behandles personopplysninger om politisk oppfatning dersom den politiske mikromålrettingen er basert på personopplysninger som *indirekte* er egnet til å avsløre politisk oppfatning. Det er grunn til å minne om at denne kategorien ikke omfatter genererte resultater av en dataanalyse, idet slike opplysninger er det jeg betegner som *utledede* opplysninger, som vil behandles i neste avsnitt. De indirekte opplysningene må *i seg selv* være egnet til å avsløre noe om den registrertes politiske oppfatning. Et eksempel på dette kan være at Senterpartiet retter politisk markedsføring mot alle melkebønder, eller at KrF retter politisk markedsføring mot alle medlemmene i et kristent trossamfunn.³⁹⁹

For det tredje vil det behandles personopplysninger om politisk oppfatning dersom den politiske mikromålrettingen er basert på *utledede* personopplysninger om politisk oppfatning, generert gjennom dataanalyse. Dersom den politiske mikromålrettingen ikke baserer seg på direkte eller indirekte opplysninger om politisk oppfatning, vil den som utgangspunkt basere seg på generering av en utledet opplysning. Bakgrunnen for det er at et sentralt element i det begrepet om politisk mikromålretting jeg opererer med, nettopp er at målrettingen er basert på en forutgående behandling av informasjon. Hele poenget er som tidligere nevnt at rettingen av et politisk budskap *ikke skjer vilkårlig* – den skjer på bakgrunn av en informasjonsbehandling. Som den klare hovedregel vil den utledede personopplysningen som genereres være en prediksjon om noe knyttet til den enkeltes politiske oppfatning, nettopp fordi formålet med politisk mikromålretting som verktøy er å sende treffsikre politiske budskap. Et eksempel på dette kan for eksempel være at algoritmen på bakgrunn av en analyse av stordata slutter at det at du liker alle Facebook-postene til Bjørnar Moxnes, er i starten av 20-årene, bor på østkanten i Oslo og hører på Honningbarna på Spotify, tilsier at du er en *sannsynlig Rødt-velger*. Slutningen behøver som

³⁹⁸ Se kapittel 4.6.1 og 2.3, samt fotnote 219.

³⁹⁹ Her vil i så fall KrF også behandle en «særlig kategori» som følge av opplysningen om den registrertes religion.

tidligere fremholdt ikke å stemme, og det stilles tilsynelatende ingen kvalitetskrav til datagrunnlaget slutningen er basert på, for at slutningen skal kvalifisere som en «opplysning» i forordningens forstand.

For det fjerde kan det også tenkes tilfeller av politisk mikromålretting som er basert på behandling av personopplysninger om personlige egenskaper ved deg, som ikke nødvendigvis sier noe om politisk oppfatning. Dette vil for eksempel være tilfellet der den politiske mikromålrettingen er basert på hvorvidt du har en ekstrovert eller introvert personlighetstype, slik den ene nederlandske studien presentert i kapittel 2.3 baserte seg på. I denne studien konkluderte som nevnt forskere med at personer med ekstrovert personlighet i større grad lar seg påvirke av politisk mikromålretting av positive budskap, mens introverte personer i større grad lar seg påvirke av negative budskap. Greenpeace kan for eksempel rette én reklame til ekstroverte («se hvor positivt utslag plastaksjonene langs Oslofjorden har fått for livet i fjorden!»), og en annen reklame til introverte («om få år vil disse øyene ligge under vann, og menneskene som bor der være både hjem- og statsløse»). Jeg vurderer det slik at denne formen for behandling av personopplysninger vil kunne falle innunder art. 9 nr. 1 som følge av behandlingens kontekstuelle sensitivitet. Det vil si at den konkrete behandlingssammenheng eller det konkrete behandlingsformålet tilsier at behandlingen er å anse som sensitiv. Vurderingen må foretas konkret. Konklusjonen er imidlertid usikker gitt at det foreløpig er få rettskilder å utlede retningslinjer for vurderingen fra.

I forlengelsen av drøftelsen av kontekstuell sensitivitet er det grunn til å nevne at selve mikromålrettingen i seg selv, teknisk sett, vil generere en ny personopplysning. Dette kan tilsi at det er grunn til å hevde at denne personopplysningen alene vil være en personopplysning om politisk oppfatning, slik at det kan slås fast med sikkerhet at politisk mikromålretting alltid vil innebære behandling av personopplysninger om politisk oppfatning. En slik konklusjon vil innebære at art. 9 nr. 1 også nedfeller et forbud mot visse behandlingsformål. Jeg vil la konklusjonen stå åpen på dette punkt.

Behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting vil etter dette som den klare hovedregel innebære en behandling av personopplysninger om politisk oppfatning, som er definert som en særlig kategori etter art. 9 nr. 1. Det betyr at behandlingen som utgangspunkt vil være forbudt. For at behandlingen allikevel skal være lovlig, må ett av unntaksvilkårene i art. 9 nr. 2 være oppfylt.

4.7 Unntak – særlige kategorier av personopplysninger

4.7.1 Alternative unntaksgrunnlag

Forordningens art. 9 nr. 2 oppstiller i bokstav a–j flere unntaksgrunnlag for behandling av særlige kategorier av personopplysninger etter første ledd. Vilkårene er strenge, og vurderingen av

vilkårenes oppfyllelse må foretas konkret. Fremstillingen vil fokusere på unntaket ved «uttrykkelig samtykke» etter bokstav a, samt unntaket i bokstav g om behandling som er «nødvendig av hensyn til viktige allmenne interesser».

Det kan kort trekkes frem at bokstav d oppstiller et unntak for behandling som «utføres av en stiftelse, sammenslutning eller et annet ideelt organ hvis mål er av politisk [...] art, som ledd i organets berettigede aktiviteter». En forutsetning for behandling etter dette unntaket er imidlertid at behandlingen «gjelder organets medlemmer eller tidligere medlemmer eller personer som på grunn av organets mål har regelmessig kontakt med det». Selv om unntaket kan aktualiseres i forbindelse med politisk mikromålretting, er det snakk om et såpass snevert unntak at jeg ikke anser det som hensiktsmessig å redegjøre nærmere for. Det er heller ikke slik virksomhet som utgjør kjernen av fenomenets problematiske natur.

Unntaket i bokstav e vil jeg også avgrense mot å behandle, selv om det kan tenkes aktualisert. For at unntaket skal komme til anvendelse må behandlingen gjelde personopplysninger det er «åpenbart at den registrerte har offentliggjort», som vil si at den registrerte må ha opptrådt med en forventning om at den aktuelle behandlingen ville bli resultatet av at opplysningene ble gjort allminnelig tilgjengelig og kjent.⁴⁰⁰ Unntaket er med andre ord snevert.

4.7.2 Uttrykkelig samtykke

Personvernforordningen gir unntak fra forbudet dersom den registrerte har gitt et «uttrykkelig samtykke». Det er grunn til å si noen ord om forordningens samtykkebegrep før jeg belyser unntakets kvalifiserende krav. Legaldefinisjonen av «samtykke» i art. 4 nr. 11 slår fast at termen sikter til «enhver frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende».⁴⁰¹ Definisjonen kan sies å oppstille fire kumulative vilkår for at det skal foreligge et samtykke. Forordningens art. 7 presiserer at anmodningen om samtykke må fremlegges på en måte som gjør at den «tydelig kan skilles» fra andre forhold erklæringen måtte gjelde, i en «forståelig og lett tilgjengelig form» på et «klart og enkelt

⁴⁰⁰ Det kan kanskje tenkes at tilfeller der vedkommende aktivt har flagget sin politiske tilhørighet vil kunne oppfylle vilkåret.

⁴⁰¹ Forordningens øvrige regler vil også gjelde for behandling av personopplysninger med grunnlag i samtykke. Dette kan sies å fremgå forutsetningsvis av art. 7 nr. 2 siste punktum, der det fremgår at samtykkeerklæringer i strid med forordningen ikke er bindende, se Skullerud (2022) kommentar til art. 6 nr. 1 bokstav a.

språk». ⁴⁰² Poenget er at den registrerte skal settes i stand til å overskue konsekvensene av å gi et samtykke. ⁴⁰³

EU-domstolen har slått fast at det kreves en aktiv adferd fra den som samtykker sin side. ⁴⁰⁴ Personvernrådets avgjørelse om kontraktsrettslig nødvendighet, redegjort for i kapittel 4.5.1, belyser også forordningens samtykkebegrep. Personvernrådet fremhever at vurderingen av om det foreligger et frivillig samtykke vil ta opp i seg «the existence of a clear imbalance of power between the data subject and the controller, any requirement for consent to the processing of personal data other than those strictly necessary for the provision of the services in question, the need for consent to be specific for each purpose of processing and the need to prevent the withdrawal of consent from being detrimental to users who withdraw it». ⁴⁰⁵ Maktskjevheten mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte, samt betydningen det vil ha for den registrerte om han eller hun trekker sitt samtykke, og med det ikke får benyttet tjenesten, spiller altså inn i vurderingen. Informasjonsassymetri vil ofte være den generelle tendensen i møte mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte.

Ordlyden «uttrykkelig» stiller ytterligere kvalifiserende krav til at det skal foreligge et gyldig samtykke etter bestemmelsen. Samtykket må være så klart og bestemt at det ikke hersker tvil om hva det er samtykket til. Kravene er strengere enn etter samtykkevilkåret i art. 6 nr. 1, selv om også dette vilkåret er strengt forstått. Det kan settes spørsmålstegn ved om det i det hele tatt er mulig å samtykke uttrykkelig til generering av utledede personopplysninger, når den enkelte ikke har mulighet til å overskue hvilken informasjon som kan utledes av informasjonen de gir fra seg. Ved bruk av profilering kan det produseres «unforeseeably deep insights about the personality traits of data subjects», som leder til «tension with the ideal of informed consent». ⁴⁰⁶ Det er også på det rene at informasjon som innhentes gjennom fingeravtrykksteknologi o.l., som trukket frem i kapittel 2.2.2, ikke vil kunne basere seg på uttrykkelige samtykker idet innhentingene gjerne skjer uten at den registrerte er klar over det.

Hovedregelen vil etter dette være at unntaket om uttrykkelig samtykke er uegnet for politisk mikromålretting. Det er mulig å tenke seg situasjoner som vil oppfylle unntaksvilkåret, for eksempel dersom du gir et uttrykkelig samtykke til at et politisk parti eller en organisasjon skal

⁴⁰² Personvernforordningen art. 7 nr. 2. Kravene må ses i sammenheng med vilkåret om at viljestyringen må være «informert».

⁴⁰³ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 6 nr. 1 bokstav a. Dette kan ses i sammenheng med at viljestyringen må være «spesifikk».

⁴⁰⁴ Sak C-673/17 Planet49 avsnitt 54.

⁴⁰⁵ Personvernrådet (2022) avsnitt 128.

⁴⁰⁶ Wiedemann (2022) s. 6.

kunne rette et budskap til deg. Premissene for et slikt samtykke må imidlertid være klokkeklare, og rette seg mot et spesifikt angitt formål.⁴⁰⁷ Et samtykke til å motta informasjon fra et politisk parti, er noe ganske annet enn et samtykke til at partiet benytter informasjon om deg for å kunne rette treffsikre budskap. For eksempel er det vanskelig å se for seg at man kan samtykke til at man mottar politiske budskap tilpasset ens personlighetstype, se kapittel 2.3.

4.7.3 Nødvendig av viktige allmenne interesser

Etter bestemmelsen bokstav g kan det også gjøres unntak fra behandlingsforbudet dersom behandlingen er «nødvendig av hensyn til viktige allmenne interesser», som har hjemmel i nasjonal rett. Hjemmelen må «stå i et rimelig forhold til det mål som søkes oppnådd, være forenlig med det grunnleggende innholdet i retten til vern av personopplysninger og sikre egnede og særlige tiltak for å verne den registrertes grunnleggende rettigheter og friheter». Ordlyden gir etter dette anvisning om å foreta en forholdsmessighetsvurdering mellom allmennhetens interesse i behandlingen og risikoen behandlingen medfører for den registrerte.

I norsk rett har vi inntatt en forskriftshjemmel i personopplysningsloven § 7. I forarbeidene til loven oppgis det at bestemmelsen skal tolkes snevert, slik at adgangen til å gi tillatelse som den «klare hovedregel» begrenser seg til tilfeller der det ikke er tilstrekkelig tid til å forberede og vedta lovgivning eller forskrifter, eller den konkrete behandlingssituasjonen er så unik at det ikke er naturlig.⁴⁰⁸ Situasjoner behandlet under personopplysningsloven av 2000 § 9 tredje ledd er egnet til å belyse at det er snakk om en snever adgang til behandling for de helt særlige tilfellene. Forskriftshjemmelen ble for eksempel benyttet for å gi helsevesenet adgang til å behandle personopplysninger i forbindelse med tsunamien i Thailand i 2004, samt for at 22. juli-kommisjonen skulle kunne behandle personopplysninger i granskningsarbeidet etter terroren.⁴⁰⁹ Den tilsvarende bestemmelsen i personvernforordningen er ansett å stille enda høyere krav til unntaksadgangen.⁴¹⁰ Personopplysningsloven § 7 gir ikke i seg selv hjemmel for politisk mikromålretting, og det er heller ikke gitt noen forskriftshjemmel. Det betyr at personvernforordning art. 9 nr. 2 bokstav g ikke gir grunnlag for å behandle særlige kategorier av personopplysninger i politisk mikromålretting per mai 2023. Det er allikevel grunn til å drøfte unntaksvilkårene i bestemmelsen noe nærmere.

Ordlyden «nødvendig av viktige allmenne interesser» tilsier at behandlingen må være det minst inngripende tiltaket som sikrer oppfyllelse av formålet, og at kun allmenne interesser av en viss betydning vil kunne begrunne et unntak. Den engelske versjonen legger til grunn at de aktuelle

⁴⁰⁷ Samtykkekravet må ses i sammenheng med prinsippene i personvernforordningen art. 5 nr. 1, se særlig bokstav a.

⁴⁰⁸ Prop. 56 LS (2017–2018) s. 48.

⁴⁰⁹ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 9 nr. 2 bokstav g.

⁴¹⁰ Prop. 56 LS (2017–2018) s. 48.

hensynene må være «substantial», som på norsk kan oversettes med «betydelige». Ordlyden gir etter dette anvisning om en svært høy terskel for oppfyllelse. I samme retning taler bestemmelsens natur som et unntak fra et generelt forbud. Unntaket kan betegnes som en «slags sikkerhetsventil, som tillater behandling av særlige kategorier personopplysninger i tilfeller som ikke er dekket av de øvrige unntakene i art. 9 nr. 2, men der det likevel er et klart samfunnsmessig behov for behandlingen».⁴¹¹ Fortalepunkt 46 trekker frem at viktige allmenne interesser kan foreligge «når behandlingen er nødvendig av humanitære årsaker, herunder for å overvåke epidemier og spredning av dem, eller i humanitære nødssituasjoner, særlig i forbindelse med naturkatastrofer og menneskeskapt katastrofer».

I fortalepunkt 56 slås det fast at «[d]ersom det i forbindelse med valgaktiviteter i en medlemsstat, for å sikre at det demokratiske systemet fungerer, kreves at politiske partier samler inn personopplysninger om fysiske personers politiske oppfatninger, kan behandling av slike opplysninger være tillatt av hensyn til allmennhetens interesse, forutsatt at det foreligger nødvendige garantier». Det er ikke tydelig hva slags aktiviteter fortalepunktet sikter til. Ordlyden «i forbindelse med valgaktiviteter i en medlemsstat» kan leses som at det kun refereres til perioden partiet driver valgkamp. De fleste politiske partier vil imidlertid hevde at de er «engaged in a perpetual process of campaigning in modern politics».⁴¹² Fortalepunktet fremhever videre at behandling av personopplysninger kan være tillatt «av hensyn til allmennhetens interesse». Det kan settes spørsmålsteget ved om «the mobilization of a party's supporterts during an election» er i allmennhetens interesse.⁴¹³ Politisk mikromålretting er et verktøy for formidling av politiske ytringer, som i utgangspunktet nyter et særlig vern etter ytringsfriheten, se kapittel 3.3.2. Behandling av personopplysninger i forbindelse med politisk mikromålretting kan etter dette anses å være begrunnet i en «viktig allmenn interesse». Som fremhevet en rekke ganger i avhandlingen allerede, vil imidlertid vurderingen avhenge av den konkrete situasjonen. Det er grunn til å trekke på hensynene belyst i kapittel 4.4.2, om at formidling av en politisk ytring gjennom politisk mikromålretting vil kunne innebære at tilgangen til annen informasjon begrenses. Den politiske ytringen vil nyte et svakere vern dersom ytringen ikke er egnet til å fremme ytringsfrihetens formål, og det er flere menneskerettslige aspekter som taler mot behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting, se kapittel 3.2. I tillegg gagnar det ikke nødvendigvis samfunnsdebatten at aktører har adgang til å styre informasjonsflyten gjennom politisk mikromålretting, se særlig kapittel 3.3.3 og 3.4.2.

Etter min oppfatning vil vilkårene i art. 9 nr. 2 bokstav g sjelden være oppfylt for behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting. Denne konklusjonen virker å samsvare med

⁴¹¹ Skullerud (2022) kommentar til personvernforordningen art. 9 nr. 2 bokstav g.

⁴¹² Bennett (2016) s. 267.

⁴¹³ *Loc. cit.*

oppfatningen til EUs datatilsyn, som i sin kritikk av EU-kommisjonens forordningsforslag om politisk reklame og målretting fremhever at det er «unlikely that the other exceptions to the general prohibition on the processing of special categories of data [...] would be applicable to targeting [...] techniques that involve the processing of personal data for disseminating political advertising».⁴¹⁴ Bakgrunnen for uttalelsen er at EU-kommisjonen har foreslått et forbud mot politisk mikromålretting, men gjort unntak for tilfeller der art. 9 nr. 2 bokstav a eller d er oppfylt. Dette forordningsforslaget drøfter jeg i kapittel 5.3.

Konklusjonen er etter dette at unntaksvilkårene i art. 9 nr. 2 som utgangspunkt ikke vil være oppfylt for behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting. Den overordnede konklusjonen er etter dette at politisk mikromålretting som den klare hovedregel vil være forbudt etter art. 9 nr. 1.

4.8 Avgjørelser som utelukkende er basert på automatisert behandling

4.8.1 Bestemmelsens anvendelsesområde

Det er grunn til å knytte noen kommentarer til vernet mot helautomatiserte avgjørelser etter personvernforordningen. Forordningens art. 22 nr. 1 slår fast at den registrerte har en «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».

I teorien har det blitt diskutert om bestemmelsen oppstiller et forbud eller en rettighet.⁴¹⁵ Forskjellen er stor mellom alternativet der den behandlingsansvarlige har en plikt, uavhengig av om den registrerte protesterer eller ikke, og alternativet der den registrerte aktivt må påberope seg rettigheten for atplikten skal inntre. Bestemmelsen er formulert på en flertydig måte, og bestemmelsens natur må avklares av EU-domstolen, som er den eneste domstolen som er kompetent til å avgi autoritative tolkningsuttalelser om EU-rett.⁴¹⁶ En slik avklaring er ventet å komme med avgjørelsen *Schufa Holding*, der generaladvokaten i saken avga sitt forslag til avgjørelse 16. mars 2023.⁴¹⁷ Generaladvokaten legger til grunn at bestemmelsen «fastsetter et

⁴¹⁴ EUs datatilsyn (2022) avsnitt 28.

⁴¹⁵ Bygrave (2020b) s. 530. Se også Tosoni (2021). Det kan virke som om Tosoni innfortolker samme typen kravsmekanisme i art. 22 nr. 1 som i art. 21, uten at jeg får tak på hvilket rettskildemessig belegg han har for det. Etter hans oppfatning gir art. 22 nr. 1 uttrykk for den Hohfeldianske rettighetsposisjonen *frihet*, mens det slik jeg ser det er mer naturlig å forstå bestemmelsen som uttrykk for en Hohfeldiansk *immunitet*, som suppleres av en *plikt*.

⁴¹⁶ Tosoni (2021) s. 18.

⁴¹⁷ Generaladvokatens uttalelser har som tidligere nevnt liten rettskildemessig vekt, men kan fungere som et støt-teargument i argumentasjonen, jf. Fredriksen (2022) s. 355.

generelt forbud mot beslutninger af ovennævnte art», uten å begrunne standpunktet nærmere.⁴¹⁸ Dette alternativet må sies å ivareta den registrertes grunnleggende rettigheter og friheter i størst grad. Jeg vil i det videre legge til grunn at bestemmelsen oppstiller et forbud.

For at bestemmelsen skal komme til anvendelse, må det for det første foreligge en «avgjørelse» i forordningens forstand. Ordlyden tilsier at det må være snakk om en beslutning som er bestemmende for den det gjelder. Begrepet er imidlertid forstått vidt. I teorien er det lagt til grunn at det er tilstrekkelig «that a particular attitude or stance is taken towards a person and that attitude/stance has a degree of binding effect in the sense that it must – or, at the very least, is likely to – be acted upon».⁴¹⁹ En slik holdning eller et slikt standpunkt kan for eksempel manifestere seg «as a specific choice amongst a set of variables», og det stilles ingen formkrav, såfremt avgjørelsen er formalisert i den forstand at den kan «be distinguished from other stages that prepare, support, complement or head off decision-making».⁴²⁰ Generaladvokaten i *Schufa Holding* fremholder på tilsvarende vis at avgjørelsesbegrepet er bredt, og at det «vil kunne omfatte flere handlinger, som kan berøre den registrerede på mange måder».⁴²¹ Det presiseres at «[k]valificeringen af en ‘avgørelse’ som en stillingtagen truffet over for den registrerede, kræver efter min opfattelse en undersøgelse fra sag til sag under hensytagen til de særlige omstændigheder og alvoren af virkningerne på den berørte persons retlige, økonomiske og sociale status».⁴²² Generaladvokaten reiser spørsmål om det er den *forutgående profileringen*, eller *anvendelsen av resultatet fra profileringen*, som er den relevante «avgjørelsen» i den aktuelle saken, og trekker frem at det slik generadvokaten ser det er «umuligt at besvare dette spørsmål kategorisk, idet kvalificeringen afhænger af omstændighederne i hver enkelt sag».⁴²³ I den foreliggende saken mente generaladvokaten at den konkrete profileringen kvalifiserte som en «avgjørelse», med vekt på at resultatet fra profileringen fikk «avgjørende betydning» i beslutningsprosessen.⁴²⁴ Det kan etter dette virke som om avgjørelsesvilkåret må ses i sammenheng med de øvrige vilkårene i bestemmelsen. At profileringen i seg selv kan kvalifisere som en avgjørelse i forordningens forstand kan overskriften til art. 22 også ses som en tegn på, idet bestemmelsen taler om «avgjørelser, herunder profilering». Som følge av den nære sammenhengen mellom bestemmelsens vilkår, vil jeg presentere de øvrige vilkårene før jeg drøfter forholdet til politisk mikromålretting.

⁴¹⁸ Sak C-634/21 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat P. Pikamäe i *Schufa Holding* avsnitt 31 (original kursivering).

⁴¹⁹ Bygrave (2020b) s. 532.

⁴²⁰ *Loc. cit.*

⁴²¹ Sak C-634/21 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat P. Pikamäe i *Schufa Holding* avsnitt 38.

⁴²² *Ibid.* avsnitt 39.

⁴²³ *Ibid.* avsnitt 40.

⁴²⁴ *Ibid.* avsnitt 43.

For det andre stilles det krav om at avgjørelsen «utelukkende baserer seg på» automatisert behandling, herunder profilering. Ordlyden tilsier at avgjørelsen ikke må involvere mennesker. I teorien virker det å være enighet om at behandling med en grad av menneskelig involvering vil kunne være omfattet, for eksempel «if someone routinely applies automatically generated profiles to individuals without any influence on the result, this would still be a decision based solely on automated processing».⁴²⁵ For at det skal være snakk om menneskelig involvering må den-nes overblikk over avgjørelsen være av betydning, og den må være utført av noen med myndighet og kompetanse til å endre avgjørelsen.⁴²⁶

Det tredje og siste vilkåret fordrer at avgjørelsen har «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Det er vilkåret om at vedkommende må påvirkes i «betydelig grad» som er aktuelt å vurdere i vår sak. Ordlyden «betydelig» tilsier at det oppstilles en høy terskel for oppfyllelse. Henvisningen til «rettsvirkning» gjennom termen «tilsvarende» peker også mot at avgjørelsen må være av kvalifisert betydning for vedkommende. WP29 har i sine retningslinjer lagt til grunn at vilkåret er oppfylt dersom avgjørelsen har potensiale til å «significantly affect the circumstances, behaviour or choices of the individual concerned».⁴²⁷ Det er interessant å merke seg at det avgjørende er om avgjørelsen har en virkning på individet, og at det ikke kreves at avgjørelsen forårsaker eller utløser noe konkret. Dersom systemet for eksempel styrer fremstillingen av de valgene individet har tilgjengelig, kan tilfellet tenkes å falle innunder bestemmelsen, uansett om den endelige beslutningen i hvert fall tilsynelatende er overlatt til individet.⁴²⁸ Det må foretas en konkret vurdering der en rekke faktorer kan spille inn, som individets forventninger og ønsker, om individet spores på tvers av ulike nettsider, enheter og tjenester, samt om behandlingen utnytter den registrertes sårbarheter. Ordlyden i bestemmelsen stiller uttrykkelig enkeltindividet i sentrum for drøftelsen. Vurderingstemaet er om avgjørelsen påvirker det enkeltindividet avgjørelsen retter seg mot. Bestemmelsen gir med dette lite rom til å trekke inn eventuell påvirkning på et kollektivt og samfunnsmessig plan, noe som blant annet illustrerer en «irreconcilable tension between [GDPR] as a creature of the individual rights paradigm, and the inevitable conclusion that algorithmic decision-making leads to group harms».⁴²⁹

⁴²⁵ WP29 (2018) s 21.

⁴²⁶ *Loc. cit.*

⁴²⁷ *Ibid.* s. 21–22.

⁴²⁸ Veale (2018) s. 401.

⁴²⁹ *Ibid.* s. 402.

Spørsmålet er om mottakeren av politisk mikromålretting er gjenstand for en «avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling, herunder profilering, som [...] i betydelig grad påvirker vedkommende».

Politisk mikromålretting involverer «profilering» etter den definisjonen av politisk mikromålretting jeg opererer med, se kapittel 4.3.2. Formålet med den politiske mikromålrettingen er å vurdere visse personlige aspekter hos den enkelte, for å målrette effektive politiske budskap. For at bestemmelsen skal komme til anvendelse må den politiske mikromålrettingen «utelukkende» være basert på det resultatet profileringen genererer. Det betyr at avgjørelser som tar inn over seg andre elementer enn analysen, vil falle utenfor bestemmelsens virkeområde. Dette innebærer for eksempel at dersom KrF retter et politisk budskap til Bjørg Hansen basert på alder og adresse, som eksemplifisert i kapittel 4.3.2, vil ikke denne situasjonen være omfattet av art. 22 nr. 1. Bakgrunnen for det er at avgjørelsen ikke «utelukkende» er basert på databehandlingen, idet hovedgrunnen til at Bjørg Hansen mottar budskapet er basert på KrFs antagelser om at for eksempel eldre folk i visse landsdeler har større sannsynlighet for å stemme på deres parti.

Den politiske mikromålrettingen vil ofte basere seg på parametere bestemt av mennesker, som i eksempelet over. Det er på det rene at vi kobler en rekke politiske standpunkter til ulike karakteristikk ved en befolkning, som alder, adresse, kjønn og yrke. Dersom parametere for den politiske mikromålrettingen derimot ikke er basert på menneskelige antagelser, men utelukkende på algoritmisk analyse, vil «utelukkende»-vilkåret være oppfylt. Dette vil for eksempel være tilfellet der et kunstig intelligent system analyserer store mengder informasjon, og trekker linjer og sammenhenger den menneskelige *oppdragsgiveren* ikke har sett. Systemets måloppnåelse vil her være knyttet til *resultatet* om størst mulig påvirkning, engasjement etc., og ikke angitte parametere for selektering. Det er denne formen for politisk mikromålretting som skiller seg betydelig fra tradisjonell og målrettet politisk formidling. Denne formen for behandling vil også presumtvt involvere behandling av flere personopplysninger, og i større grad foregå i det skjulte. Det vil være lettere for den enkelte å forstå hvorfor hun eller han mottar budskap basert på mer tradisjonelle parametere for selektering, mens et kunstig intelligent systems mer innfløkte utvalg av parametere vil kunne være umulig for den det gjelder å forstå bakgrunnen for. For denne gruppen vil «avgjørelsen» om retting av politisk mikromålretting være identisk med selve resultatet fra profileringen, idet denne «utelukkende» er basert på profileringen og ikke menneskedefinerte parametere.

Det er vanskelig å gi en generell konklusjon om hvorvidt politisk mikromålretting «i betydelig grad» vil påvirke den aktuelle personen. Det er grunn til å anta at svaret i svært mange tilfeller her vil være at fenomenet ikke vil påvirke den enkelte i særlig grad, som også fremhevet i blant annet kapittel 4.3.2 og 4.4.2. Bestemmelsen tilsier at det må foreligge en større inngripen enn

belastningen ved behandlingen av personopplysninger utgjør i seg selv. Det vil som tidligere fremhevet være svært individuelt om den enkelte opplever den politiske mikromålrettingen som krenkende. Dersom konsekvensen av den politiske mikromålrettingen er at noen mottar en politisk reklame fra et politisk parti, eventuelt ikke mottar en slik reklame, vil dette antageligvis ikke oppleves som at påvirker den enkelte i særlig grad. Et annet sentralt aspekt her er at et enkeltbudskap nok ikke vil ha spesielt stor påvirkning, selv om en større mengde budskap kan ha det.⁴³⁰ Den konkrete påvirkningen vil avhenge av en rekke faktorer, og fordrer en sammenfatt og helhetlig vurdering. Som utgangspunkt er det muligens mest nærliggende å konkludere med at den politiske mikromålrettingen ikke vil oppfylle vilkåret om «betydelig» påvirkning overfor den enkelte. Konklusjonen er etter dette at art. 22 som hovedregel ikke vil sette skranker for politisk mikromålretting.

Her er det imidlertid grunn til å fremheve samfunnsvernets grunnleggende betydning for ivaretagelsen av individuelle rettigheter, som var tema for kapittel 3.3. Politisk mikromålretting er et fenomen som retter seg mot enkeltindivider, men som potensielt kan ha stor samfunnsmessig betydning. Forordningen skal tolkes i lys av dens formål om å ivareta grunnleggende rettigheter og friheter, som igjen skal tolkes i lys av rettighetenes formål om å ivareta et demokratisk samfunn. Ordlyden i art. 22 angir allikevel at det avgjørende for om bestemmelsen kommer til anvendelse er om vedkommende avgjørelsen retter seg mot blir «betydelig» påvirket, som gir mindre rom for å trekke på grunnleggende betraktninger om kollektive og samfunnsmessige interesser.

4.8.2 Unntak som gir kompetanse

Art. 22 nr. 2 gir kompetanse til å fatte avgjørelser i henhold til art. 22 nr. 1 dersom vilkårene for det er oppfylt. For vår del er det helt sentralt at art. 22 nr. 4 innebærer at avgjørelsene nevnt i nr. 2 ikke skal bygge på særlige kategorier av personopplysninger som nevnt i art. 9 nr. 1, såfremt ikke art. 9 nr. 2 bokstav a eller g får anvendelse. Som konkludert med i kapittel 4.7 vil som den klare hovedregel ikke politisk mikromålretting oppfylle disse unntaksvilkårene. Det vil etter denne konklusjonen ikke være mulig å gi kompetanse etter art. 22 nr. 2 for politisk mikromålretting.

4.9 Sammenfatning og kritikk

Konklusjonen min er at behandling av personopplysninger til bruk i politisk mikromålretting som det klare utgangspunkt vil være forbudt etter personvernforordningen, som følge av mangel på rettslig grunnlag og forbudet mot behandling av særlige kategorier av personopplysninger. Den tydeligste skranken som oppstilles for politisk mikromålretting etter forordningen er slik

⁴³⁰ Her er det grunn til å poengtere at den ene nederlandske studien presentert i kapittel 2.3 riktignok konkluderte med at ett mikromålrettet budskap var tilstrekkelig til å påvirke en beslutning.

jeg ser det art. 9 nr. 1. Dersom jeg hadde konkludert annerledes på dette punkt, ville det ikke eksistert like tydelige skranker for utøvelsen av fenomenet. I en slik situasjon ville i større grad vurderingen stått og falt på bestemmelser som etter sin ordlyd er svært individrettede, som art. 6 nr. 1 bokstav f og art. 22 nr. 1 og 2, samt på en vurdering av om den politiske mikromålrettingen er i henhold til blant annet rettferdighetsprinsippet etter art. 5 nr. 1 bokstav a. Det er ikke klart om forordningen beskytter mot behandling av personopplysninger til politisk mikromålretting etter ordlyden i disse bestemmelsene. Bakgrunnen for det er at det ofte vil være snakk om inngrep som er av minimal betydning for enkeltindividet, men som kan ha stor samfunnsmessig betydning i form av maktskjevheter, manipulasjon og overvåkning, som igjen er egnet til å skade den offentlige samtalen og den demokratiske kulturen.

Forordningen ønsker riktignok å ivareta systemiske risikoer og samfunnshensyn, noe for eksempel art. 35 om risikovurderinger belyser. Bestemmelsene som oppstiller konkrete skranker setter allikevel hensynet til individet i sentrum for vurderingen, slik som for eksempel i art. 6 nr. 1 bokstav f og art. 22 nr. 1. Til tross for at forordningens uttalte formål om å ivareta menneskerettighetene henger tett sammen med ivaretagelsene av grunnleggende strukturer ved vår samfunnsorden, belyser ordlyden i de operasjonaliserbare bestemmelsene i personvernforordningen jevnt over ikke dette i særlig grad. Der personvernforordningen viser til «allmenne interesser» er det først og fremst som begrunnelse *for* behandling, for eksempel i art. 9 nr. 2 bokstav g. Poenget mitt er at allmenne interesser også ofte vil tale *mot* behandling av personopplysninger, og at dette burde kunne komme klarere til uttrykk i forordningens bestemmelser. Forordningen bygger på en presumsjon om at det kun er individuelle interesser som kan begrense behandlingen av personopplysninger. I lys av drøftelsen i kapittel 3.3.2 er det etter min oppfatning grunn til å fremholde at denne presumsjonen er unyansert.

Det er samtidig et poeng at overordede konsekvensorienterte vurderinger av samfunnsmessige hensyn fordrer en mulighet til å overskue et helhetlig bilde, noe den enkelte behandlingsansvarlige sjelden vil ha. Bidraget til hver enkelt aktør vil dessuten ikke nødvendigvis være så stort – det kan være at de problematiske aspektene ved behandlingen først inntreder idet man foretar en vurdering på et aggregert nivå. Det kreves etter min oppfatning en bredere gjennomgang av digitaliseringens og automatiseringens betydning for grunnleggende rettigheter, friheter og samfunnsstrukturer. En utfordring er selvfølgelig at påvirkning kan være vanskelig å bevise, og mekanismene kan være vanskelige å få innsikt i.

Det er i tillegg grunn til å fremheve at personvernforordningens terminologi er i ferd med å utdateres. Med dagens «exploding generation and aggregation of data, as well as advances in

data analytics» er det godt mulig at «literally any data can be plausibly argued to be personal». ⁴³¹ EU-domstolen har forholdt seg pragmatisk til forståelsen av personopplysningsvilkåret, noe særlig drøftelsen av vilkåret om identifiserbarhet vitner om. Det er gode grunner for en slik tilnærming, for dersom «all data has a potential to impact people and is therefore personal, all data should trigger some sort of protection against possible negative impacts». ⁴³² Den teknologiske utviklingen har gjort det lite fruktbart å operere med et skille mellom personopplysninger og andre opplysninger, og dette vil bare forsterke seg i tiden som kommer. Bruken av stordata og kunstig intelligente systemer innebærer videre at *enhver* opplysning potensielt kan brukes til å generere en utledet personopplysning i en særlig kategori, noe som tilsier at også sondringen mellom *sensitive* personopplysninger og andre personopplysninger vil utdateres med tiden. Lovgivningen bør i stedet, etter mitt syn, ta utgangspunkt i «information-induced harms», som vil si at enhver informasjonsbehandling bør utløse en plikt til å foreta en bred vurdering av «any individual or public negative consequences of information processing». ⁴³³

5 Rettslige skranker i kommende og foreslått lovgivning fra EU og Europarådet

5.1 Innledning

Det er flere rettsakter på trappene fra EU som er relevante for avhandlingens tema. Myndighetene søker å møte utfordringene i kjølvannet av digitaliseringen med flere reguleringsinitiativer, som vil stå sentralt for vurderingen av de rettslige skrankene for politisk mikromålretting fremover. I de neste kapitlene vil jeg drøfte utvalgte bestemmelser fra denne lovgivningen. Bakgrunnen for at jeg tillater meg å behandle ikrafttrådt og foreslått lovgivning i samme kapittel, er at ingen av rettsaktene foreløpig er besluttet innlemmet i EØS-avtalens vedlegg.

5.2 Forordningen om digitale tjenester

5.2.1 Bakgrunn

EUs forordning om digitale tjenester 2022/2065 ble vedtatt 19. oktober 2022. Teksten ble publisert i Den Europeiske Unions Tidende 27. oktober 2022, og trådte i henhold til forordningens art. 93 nr. 1 i kraft 20 dager etter publisering. ⁴³⁴ Reguleringen vil i all hovedsak gjelde fra 15 måneder etter ikrafttredelse, som vil si fra 17. februar 2024. Rettsakten er ansett EØS-relevant, og er for tiden til vurdering i EØS/EFTA-landene. Formålet med rettsakten er etter dens art. 1 nr. 1 «to contribute to the proper functioning of the internal market for intermediary services

⁴³¹ Purtova (2018) s. 41.

⁴³² Ibid. s. 42.

⁴³³ Ibid. s. 80.

⁴³⁴ Forordningen erstatter direktiv 2000/31/EF (e-handelsdirektivet).

by setting out harmonised rules for a safe, predictable and trusted online environment that facilitates innovation and in which fundamental rights enshrined in the Charter, including the principle of consumer protection, are effectively protected». Den digitale transformasjonen har «resulted in new risks and challenges for individual recipients of the relevant service, companies and society as a whole», som har gjort at medlemsstatene innfører og vurderer nasjonal lovgivning for å bekjempe «illegal content, online disinformation or other societal risks». ⁴³⁵ Dette er bakgrunnen for at EU har ansett det nødvendig med harmoniserende lovgivning på feltet. Forordningen omfatter alle tilbydere av digitale tjenester, ikke bare de store tilbyderne, selv om forpliktelsenes omfang avhenger av den enkelte tilbyders størrelsesorden. ⁴³⁶

Regelverket omfatter flere bestemmelser som stiller krav til tilbydere av digitale tjenester, som for eksempel krav om innholdsmoderering, åpenhet, rapportering og utforming. Fokuset i det følgende vil være art. 26, som gjelder «[a]dvertising on online platforms». ⁴³⁷ Art. 26 nr. 1 og 2 pålegger den digitale tilbyderen en plikt til å sikre at markedsføring på plattformen er transparent, gjennom ulike tiltak. Art. 26 nr. 3 nedfeller et forbud mot *visse former* for markedsføring basert på profilering, og det er dette forbudet som er temaet i det følgende.

5.2.2 Markedsføring basert på profilering

Art. 26 nr. 3 slår fast at «[p]roviders of online platforms shall not present advertisements to recipients of the service based on profiling as defined in Article 4, point (4), of Regulation (EU) 2016/679 using special categories of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679». Pliktsubjektene etter forbudet er tilbydere av digitale plattformer, som sosiale medier, nettmarkedsplasser og delingsøkonomiplattformer med videre. ⁴³⁸ Rettighetssubjektene er tjenestemottakerne, som vil si «any natural or legal person who uses an intermediary service, in particular for the purposes of seeking information or making it accessible». ⁴³⁹ Med «advertisement» siktes det til enhver «information designed to promote the message of a legal or natural person, irrespective of whether to achieve commercial or non-commercial purposes, and presented by an online platform on its online interface against remuneration specifically for promoting that information». ⁴⁴⁰ Fremming av budskap vil altså være omfattet av markedsføringsbegrepet uavhengig av om formålet er kommersielt eller ikke-kommersielt. Politisk mikromålretting faller derfor innunder begrepet.

⁴³⁵ Se forordningen om digitale tjenesters foralepunkt 1 og 2.

⁴³⁶ Se Kommunal- og distriktsdepartementet (2021).

⁴³⁷ Lov om visse sider av elektrisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester (ehandelsloven) omfatter ingen lignende regulering.

⁴³⁸ Forordningen om digitale tjenester art. 3 bokstav i.

⁴³⁹ Ibid. art. 3 bokstav b.

⁴⁴⁰ Ibid. art. 3 bokstav r.

For å rammes av forbudet må markedsføringen være «based on profiling», som definert i personvernforordningen art. 4 nr. 4. Ordlyden tilsier at ett eller flere av valgene som er tatt i forbindelse med uformingen eller utsendingen av markedsføringen, for eksempel knyttet til mottakergruppe eller innhold, må være basert på en form for «automatisert behandling av personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person». I kapittel 4.3.1 redegjorde jeg nærmere for profileringsbegrepet i personvernforordningen. Her konkluderte jeg med at dersom man gjennom en viss grad av automatisering, og bruk av én eller flere personopplysninger, slutter noe om en persons personlige aspekter, er det snakk om profilering. Som tidligere fremhevet, vil profileringsbegrepet typisk omfatte statistisk *deduksjon*, «using data from various sources to infer something about an individual, based on qualities of other who appear statistically similar». ⁴⁴¹ Ren statistisk *induksjon* derimot, uten formål om å vurdere den enkeltes personlige egenskaper, faller utenfor. Det er imidlertid grunn til å merke seg at dersom et datagrunnlag innsamlet gjennom statistisk induksjon benyttes som grunnlag for å dedusere på et senere tidspunkt, vil det være snakk om profilering. ⁴⁴²

Forbudet retter seg mot «profiling [...] using special categories of data». Formuleringen er flertydig. Ordlyden kan tilsi at det datagrunnlaget som anvendes ved profileringen må inneholde én eller flere særlige kategorier av personopplysninger. En slik tolkning vil imidlertid innebære at profilering som *genererer* en personopplysning i en særlig kategori, ikke er omfattet. Forordningens formål om å sikre en effektiv beskyttelse av grunnleggende rettigheter og friheter, taler etter min oppfatning for at bestemmelsen bør tolkes slik at også markedsføring basert på særlige kategorier personopplysninger *generert* gjennom profilering er omfattet av forbudet. Bakgrunnen for det er at profilering ved bruk av kunstig intelligente systemer kan presentere finmaskede analyser, som ofte vil kunne avsløre personlige aspekter om hver enkelt av oss. Dette tilsier at genereringen av utledet informasjon i seg selv representerer en betydelig menneskerettslig risiko, fordi utledningene svekker den enkeltes *kognitive suverenitet*, se kapittel 3.2.2. ⁴⁴³ Den enkelte kan vanskelig samtykke til bruken av slike utledede personopplysninger, idet det vil være vanskelig å forutse resultatene systemet produserer. ⁴⁴⁴ Risikoen for at de utledede opplysningene ikke stemmer, er også stor. ⁴⁴⁵

Forbudet begrunnes i at det kan ha særlige alvorlige konsekvenser om tjenestemottakere presenteres for markedsføring «based on targeting techniques optimised to match their interests and

⁴⁴¹ WP29 (2018) s. 7.

⁴⁴² Se fotnote 322 for en forklaring av *induksjon* og *deduksjon*.

⁴⁴³ Se Bygrave (2022) s. 173–174.

⁴⁴⁴ Se kapittel 2.2.2.

⁴⁴⁵ Se personvernforordningen art. 5 nr. 1 bokstav d.

potentially appeal to their vulnerabilities».⁴⁴⁶ Det fremheves også at «manipulative techniques can negatively impact entire groups and amplify societal harms, for example by contributing to disinformation campaigns or by discriminating against certain groups».⁴⁴⁷ Digitale plattformer karakteriseres som «particularly sensitive environments for such practices», noe som innebærer at plattformene «present a higher societal risk».⁴⁴⁸ Begrunnelsen for forbudet tilsier at bestemmelsen er ment å omfatte bruken av enhver manipulerende og diskriminerende mikromålretting. Etter min oppfatning bør forbudet i art. 26 nr. 3 tolkes slik at enhver retting av markedsføring basert på profilering, som enten tar i bruk eller genererer særlige kategorier personopplysninger, er forbudt. Konklusjonen i kapittel 4.6.5 tilsier etter dette at politisk mikromålretting som hovedregel vil være forbudt etter forordningen om digitale tjenester art. 26 nr. 3. Forbudet er imidlertid begrenset til kun å omfatte tilbydere av digitale plattformer.

5.2.3 Supplerende plikter for de største aktørene

Det er også grunn til å nevne at tilbydere av de største digitale plattformene og søketjenestene gis supplerende plikter i forordningens del 5. Pliktsubjektene er aktører som i gjennomsnitt har 45 millioner aktive tjenestemottakere eller mer per måned.⁴⁴⁹ Art. 34 pålegger tilbydere å identifisere, analysere og nøye vurdere «any systemic risks [...] stemming from the design or functioning of their service and its related systems, including algorithmic systems, or from the use made of their services».⁴⁵⁰ Etter bokstav b skal risikovurderingen omfatte en vurdering av faktiske eller sannsynlige negative konsekvenser for utøvelsen av grunnleggende rettigheter. Bokstav c presiserer at risikovurderingen skal hensynta faktiske og sannsynlige negative effekter «on civic discourse and electoral processes, and public security». Art. 35 slår fast at tilbydere har en plikt til å begrense risiko tjenesten kan representere. Tilbydere skal i tillegg underlegges uavhengig revisjon for egen regning etter art. 37.⁴⁵¹

5.2.4 Kritikk

Det er grunn til å sette spørsmålsteget ved om forordningen om digitale tjenester art. 26 nr. 3 i for stor grad lener seg på terminologien i personvernforordningen, som jeg etter drøftelsen i kapittel 4.9 mener det er grunn til å bevege seg bort fra. Tanken bak å videreføre terminologien er antageligvis basert på koherenshensyn, og betraktninger om å gjøre EU-rettsordenen enklere og mer operativ. Kritikken fremsatt i kapittel 4.9 kan imidlertid tilsi at EU burde innta et mer

⁴⁴⁶ Forordningen om digitale tjenesters fortalepunkt 69.

⁴⁴⁷ *Loc. cit.*

⁴⁴⁸ *Loc. cit.*

⁴⁴⁹ Forordningen om digitale tjenester art. 33 nr. 1. EU-kommisjonen fremla en liste over omfattede aktører 25. april 2023, se EU-kommisjonen (2023a).

⁴⁵⁰ Forordningen om digitale tjenester art. 34 nr. 1.

⁴⁵¹ EU-kommisjonen publiserte et utkast til regler om revisjonsprosessen 5. mai 2023, se EU-kommisjonen (2023b).

langsiktig perspektiv, og oppstille vilkår som i større grad vil stå seg i møte med den teknologiske utviklingen. Det er også usikkert hvorvidt bruken av utledede personopplysninger, generert ved profilering, er omfattet av forbudet i art. 26 nr. 3. Dersom denne typen opplysninger ikke er omfattet, evner ikke forbudet å ta opp i seg at mikromålretting også kan utgjøre en risiko der det er snakk om sammenstilling av i utgangspunktet lite sensitive opplysninger. Kanskje er det til og med grunn til å hevde at det er i slike situasjoner at risikoen er *størst*. Mikromålrettingen vil her være mindre transparent, fordi parametrene for mikromålrettingen er vanskeligere å forstå, noe som igjen gjør mikromålrettingen vanskeligere å avdekke. Det er også grunn til å fremheve at det i teorien har blitt fremholdt at forordningen «seems outdated at the moment of its enactment», fordi kunstig intelligente systemer som opererer uten menneskelig definerte mål⁴⁵² faller utenfor forordningens virkeområde.⁴⁵³ Kritikken er egnet til å belyse tempoet i teknologiutviklingen.⁴⁵⁴

Det avgjørende vurderingstemaet for om markedsføringen rammes av forbudet, retter seg mot den forutgående behandlingen av personopplysninger, og ikke mot selve innholdet av markedsføringen. Etter min oppfatning hadde det vært mer treffsikkert om forbudet i stedet rettet seg mot problematiske aspekter ved mikromålrettingen. Forbudet søker å ramme risiko ved retting av informasjon på bakgrunn av dataanalyse, men slik forbudet er utformet i den endelige versjonen av forordningen, vil det avgjørende være hvilke opplysninger som er inkludert i dataanalysen. Dette er ikke nødvendigvis en god måte å treffe virksomheten man ønsker å forby. Flere land tok i utformingen av forordningen om digitale tjenester til orde for at det burde nedfelles et generelt forbud mot markedsføring basert på profilering. Et slikt forbud tar utgangspunkt i at en slik bruk av dataanalyse i seg selv overskrider terskelen for hva vi kan akseptere av risiko overfor den enkelte og samfunnet.

For det andre er det grunn til å stille spørsmål ved om det er hensiktsmessig å legge vurderingene av systemisk risiko til den enkelte tilbyder, slik forordningen gjør for de største digitale tjenestene. Hvilken grad av risiko vi som samfunn kan og bør akseptere fordrer komplekse vurderinger, som i stor grad vil være av politisk art. Etter min oppfatning bør lovgiver sette tydeligere grenser for virksomhet som representerer en uakseptabel risiko, i stedet for å pålegge tilbyderne å foreta risikovurderinger og -begrensninger.

⁴⁵² EU-parlamentets komitéutkast omtaler et slikt system som en «foundation model», legaldefinert som «an AI model that is trained on broad data at scale, is designed for generality of output, and can be adapted to a wide range of distinctive tasks», se A9-0188/2023 endring 168.

⁴⁵³ Hacker (2023) s. 16.

⁴⁵⁴ Microsoft lanserte ChatGPT i november 2022, jf. Sundar (2023), altså kun noen uker etter vedtakelsen av forordningen om digitale tjenester.

5.3 Forordningsforslaget om politisk markedsføring og målretting

5.3.1 Bakgrunn

EU-kommisjonen lanserte i desember 2020 en «Democracy Action Plan», begrunnet i behovet for å «empower citizens and build more resilient democracies across the EU», som trukket frem i kapittel 3.3.1.⁴⁵⁵ En del av handlingsplanen knytter seg til vedtakelsen av en forordning om politisk markedsføring og målretting 2021/0381, som ble foreslått av EU-kommisjonen 25. november 2021.⁴⁵⁶ EU-parlamentets «Committee on the Internal Market and Consumer Protection» (IMCO) fremsatte 24. januar 2023 en rapport med endringsforslag til forordningsforslaget, som ble stemt over i EU-parlamentet 2. februar 2023. Trilogforhandlingene er i gang våren 2023. Formannskapet i Rådet i EU, som for tiden holdes av Sverige, har uttrykt et ønske om å nå frem til en konklusjon i juni 2023. EUs motivasjon for en rask prosess begrunnes i at regelverket helst bør være ferdig utformet før valget til EU-parlamentet våren 2024.⁴⁵⁷

Tradisjonelt har EU vist tilbakeholdenhet i utformingen av standarder for politisk markedsføring, og det har blitt lagt til grunn at det er snakk om et anliggende som bør adresseres på nasjonalt nivå.⁴⁵⁸ EMD har fremhevet fraværet av europeisk konsensus på området ved å påpeke at «[s]uch is the lack of consensus' in the regulation of political advertising, the Council of Europe's Committee of Ministers declined to recommend a common position on the issue».⁴⁵⁹ Det påpekes at dette skyldes «the wealth of differences in historical development, cultural diversity, political thought and, consequently, democratic vision of those States».⁴⁶⁰ En forordning om politisk markedsføring og målretting vil gjøre dette området om til EU-rett. Det vil si at det ikke lenger vil være nasjonalstatenes domene å regulere, slik det tidligere har vært.⁴⁶¹

EU-kommisjonen har, gjennom sin Democracy Action Plan, uttrykt en ambisjon om å ta det europeiske prosjektet lenger enn «the realization of a Digital Single Market», ved at reguleringen også skal styrke EUs demokratier.⁴⁶² Det har blitt fremholdt at «what we are observing here is potentially a not-so-subtle re-interpretation of the very concept of the Internal Market from a neoliberal project to a more comprehensive understanding of the internal market as a

⁴⁵⁵ EU-kommisjonen (2020).

⁴⁵⁶ Se COM/2021/731.

⁴⁵⁷ Killeen (2023).

⁴⁵⁸ Drunen (2022) s. 189.

⁴⁵⁹ Animal Defenders International mot Storbritannia avsnitt 123.

⁴⁶⁰ *Loc. cit.*

⁴⁶¹ Som nevnt i kapittel 3.4.2 er det interessant å merke seg at forordningen vil kunne danne grunnlag for en europeisk konsensus, som igjen kan minimere nasjonalstatens skjønnsmargin i reguleringen av politisk markedsføring og målretting etter EMK.

⁴⁶² Drunen (2022) s. 193.

tool to bring about a more resilient European Democracy».⁴⁶³ Forordningsforslaget om politisk reklame og målretting kan ses som «a prime example of how much the European integration project can then reach into core aspects of national sovereignty», som tydelig demonstrerer «how the data-driven integration of the economic, cultural and political also affects a shift of regulatory activity from the national to the European level, even in areas that so far were at the heart of national competences, such as political campaigning and organization of the democratic process».⁴⁶⁴ Det digitale skiftet gjør det vanskeligere å forstå det indre marked som et rent økonomisk prosjekt, idet digitaliseringen gjør det mer utfordrende å se hvor grensene for hva som faller innunder EU-retten går.

Fremstillingen i det følgende vil fokusere på forordningsforslagets bestemmelser knyttet til politisk mikromålretting. Først vil jeg presentere EU-kommisjonens forslag, deretter vil jeg kommentere relevante aspekter ved endringsforslaget fremsatt av EU-parlamentet.

5.3.2 Målrettet politisk markedsføring

Utgangspunktet i EU-kommisjonens forordningsforslaget art. 12 nr. 1 er at «[t]argeting [...] techniques that involve the processing of personal data referred to in Article 9(1) of Regulation (EU) 2016/679 [...] in the context of political advertising are prohibited». Det gjøres imidlertid unntak fra dette utgangspunktet i «the situations referred to in Article 9(2)(a) and (d) of Regulation (EU) 2016/679 [...]» i nr. 2. Det betyr at forbudet ikke vil gjelde dersom den registrerte har gitt «uttrykkelig samtykke» til behandlingen etter personvernforordningen art. 9 nr. 2 bokstav a, eller dersom behandlingen utføres av et ideelt organ overfor sine medlemmer etter personvernforordningen art. 9 nr. 2 bokstav d. I motsetning til forbudet i forordningen om digitale tjenester art. 26 nr. 3 oppstilles det ikke et krav om at det må foreligge «profilering».

Med uttrykket «political advertising» siktes det etter EU-parlamentets endringsforslag til «the preparation, placement, promotion, publication, *delivery* or dissemination, by any means, of a message [...] which is liable to influence *voting behaviour* or the outcome of an election, referendum or a legislative or regulatory process».⁴⁶⁵ Kursiveringen markerer endringene i EU-kommisjonens forslag. Med «targeting techniques» menes «techniques that are used by *sponsors, political advertising publishers or providers of advertising services* to tailor a political advertisement only to a specific person or group of persons or to *exclude them by processing personal data, in particular through the collection of their data*».⁴⁶⁶ Definisjonene etter endringsforslaget er etter dette mer detaljert angitt enn EU-kommisjonens forslag.

⁴⁶³ Drunen (2022) s. 193.

⁴⁶⁴ Ibid. s. 193–194.

⁴⁶⁵ P9_TA(2023)0027 endring 114 og 115. Definisjonen inneholder ytterligere presiseringen som jeg vil avgrense mot å behandle.

⁴⁶⁶ Ibid. endring 127.

EU-parlamentet foreslår en større endring av art. 12. Endringsforslaget nedfeller et forbud mot politisk mikromålretting som strekker seg en god del lengre enn EU-kommisjonens opprinnelige forslag. For det første oppstilles det et totalforbud mot bruk av teknikker for «targeting» som involverer behandling av særlige kategorier av personopplysninger. For det andre slås det fast at «[t]argeting [...] techniques that involve the processing of personal data that is not special categories of personal data within the meaning of Article 9 of Regulation (EU) 2016/679 [...] in the context of political advertising services shall be strictly limited to the situations provided for in this Article».⁴⁶⁷

Det er interessant å merke seg at forslaget blant annet legger til grunn at målretting som involverer behandling av personopplysninger «shall be restricted to personal data explicitly provided by the data subject with his or her consent as defined in Article 4(11) of Regulation (EU) 2016/679 given solely for the purpose of online political advertising».⁴⁶⁸ Det presiseres at «personal data provided by the data subject by virtue of using a service or device, including provided content, shall not be considered as provided personal data and therefore shall not be used by the provider for the purpose of targeting and delivering political advertising».⁴⁶⁹ Dette innebærer at det kun er mulig å samtykke til bruk av personopplysninger den registrerte har gitt eksplisitt, noe som vil si at det *ikke* er mulig å samtykke til at observerte og utledede opplysninger benyttes til politisk mikromålretting.⁴⁷⁰ Endringsforslaget slår også uttrykkelig fast at «[r]efusing to give consent shall not be more difficult or time-consuming to the data subject than giving consent», og at den som ikke samtykker også skal «be given other fair and reasonable options to access information society services».⁴⁷¹

Forslaget setter også begrensninger for fenomenet i form av antall kategorier av personopplysninger som kan kombineres i analysen, ved at analysen ikke kan basere seg på «more than four categories of personal data, including the location of the data subject».⁴⁷² Dersom målrettingen skjer på bakgrunn av en kombinasjon av to eller flere kategorier av opplysninger, utenfor et valg eller en folkeavstemning, skal gruppen markedsføringen rettes mot «comprise at least 0,4% of the population of the Member State but at minimum 50 000 citizens».⁴⁷³ Det settes med andre ord grenser for hvor *mikromålrett* et budskap kan være.

⁴⁶⁷ P9_TA(2023)0027 endring 202.

⁴⁶⁸ Ibid. endring 207.

⁴⁶⁹ Ibid. endring 208.

⁴⁷⁰ Se kapittel 2.2.2 for en forklaring av ulike former for opplysninger.

⁴⁷¹ P9_TA(2023)0027 endring 207.

⁴⁷² *Loc. cit.*

⁴⁷³ *Loc. cit.*

5.3.3 Kritikk

Selv om ikke forordningsforslaget benytter uttrykket *politisk mikromålretting* for å beskrive fenomenet, utgjør det samme fenomenet utgangspunktet for dannelsen av forordningsforslagets begrep om ‘targeting political advertisement’. Det er allikevel grunn til å merke seg noen forskjeller ved dette begrepet og begrepet jeg legger til grunn, ‘politisk mikromålretting’. Legaldefinisjonene i forordningsforslagene, både EU-kommisjonens og EU-parlamentets versjoner, anvender et snevrere begrep. Bakgrunnen for det er at jeg har lagt til grunn et bredt mikromålrettingsbegrep, som presentert i kapittel 2.2. Forordningsforslagene oppstiller derimot et krav om at markedsføringen må være «liable to influence» velgermassen i et valg eller en lovgivningsprosess, for at markedsføringen i det hele tatt skal falle innunder forordningens virkeområde.⁴⁷⁴ Det er imidlertid grunn til å tro at terskelen for innvirkning vil settes lavt, for å fremme forordningens formål. Legaldefinisjonens opplisting av pliktsubjektene snevrer også inn ‘targeting political advertisement’ sammenlignet med avhandlingens begrep om politisk mikromålretting. Jeg vil allikevel holde meg til uttrykket *politisk mikromålretting* i det følgende.

Forordningsforslagene definerer «targeting techniques» som retting av budskap mot «a specific person or group of persons». Definisjonen understreker på denne måten at retting av politisk markedsføring basert på en forutgående dataanalyse, kan ha like problematiske sider der rettingen skjer mot en gruppe, som der den skjer mot et enkeltindivid. En dataanalyse som tar sikte på å produsere et grunnlag for tilpasset markedsføring, vil typisk basere seg på statistisk deduksjon. Definisjonen gir etter dette et godt grunnlag for å drøfte fenomenet.

Slik jeg ser det, er EU-parlamentets endringsforslag i større grad enn EU-kommisjonens forslag, egnet til å oppnå formålene bak reguleringen om å bidra til en økt beskyttelse av grunnleggende menneskerettigheter og en styrking av de europeiske demokratiene. EU-kommisjonens forslag til art. 12 gir ikke noe særlig vern utover det som allerede følger av personvernforordningen, idet utgangspunktet etter personvernforordningen også er at behandling av personopplysninger til bruk i politisk mikromålretting som utgangspunkt vil være forbudt.⁴⁷⁵ Rettstekniske hensyn tilsier at bestemmelsen med det er unødvendig kompliserende for rettsanvenderen. Forslaget er allikevel muligens egnet til å rette fokus mot politisk mikromålrettings problematiske sider, og tydeliggjøre hovedregelen. EUs datatilsyn har uttalt at bestemmelsen «does not appear to offer any additional protection in comparison to existing Union legislation on data protection».⁴⁷⁶ Etter tilsynets oppfatning er det «unlikely that the other exceptions to the general prohibition on the processing of special categories of data [...] would be applicable to targeting

⁴⁷⁴ Drunen (2022) s. 192.

⁴⁷⁵ Se drøftelsen i kapittel 4.

⁴⁷⁶ EUs datatilsyn (2022) avsnitt 26 og 28.

[...] techniques that involve the processing of personal data for disseminating political advertising», som nevnt i kapittel 4.7.3.⁴⁷⁷ For at formålet om et økt individ- og samfunnsvern skal oppnås, må regelverket gi et bedre vern enn det som allerede følger av eksisterende lovgivning.

Som konkludert med i kapittel 4.6.5, vil politisk mikromålretting som den klare hovedregel involvere behandling av særlige kategorier av personopplysninger. Når dette er realiteten, bør ikke spørsmålet om hva slags personopplysninger datagrunnlaget består av, plasseres i sentrum for drøftelsen, slik forslaget gjør. Etter min oppfatning bør forbudet mot politisk mikromålretting utformes generelt. Dette vil ikke nødvendigvis innebære at veldig mange flere tilfeller av politisk mikromålretting faller innunder forbudet, men forbudet vil komme tydeligere til uttrykk, noe som vil gjøre det enklere å håndheve forbudet. Det er også grunn til å bemerke at definisjonen av «targeted political advertising» omfatter både retting mot grupper og spesifikke personer. Slik jeg ser det, følges ikke gruppedimensjonen definisjonen belyser, tilstrekkelig opp i det konkrete forbudet i art. 12. Her oppstilles – i likhet med i forordningen om digitale tjenester – personopplysningsbegrepet og personopplysningenes sensitivitet som avgjørende vilkår for forbudets anvendelse. Selv om forskjellsbehandling overfor grupper gjerne vil basere seg på kategoriene som nevnt i art. 9 nr. 1, behøver ikke dette være tilfelle. Ved bruk av maskinlæring kan for eksempel systemet kategorisere befolkningen i grupper basert på kriterier vi ikke nødvendigvis har innsikt i. Systemet danner med det grunnlag for en ny form for gruppediskriminering, som er vanskeligere å avdekke og beskytte seg mot.

EU-parlamentet nedlegger et totalforbud mot politisk mikromålretting som anvender særlige kategorier av personopplysninger, mens det oppstilles et forbud med snevre unntaksadganger for politisk mikromålretting som kun anvender alminnelige personopplysninger. Unntaksvilkårene er strengere og mer konkret utformet enn unntakene i personvernforordningen art. 9 nr. 2. I kapittel 4.6.5 konkluderte jeg med at politisk mikromålretting som den klare hovedregel vil innebære en behandling av særlige kategorier av personopplysninger, og reiste spørsmål ved om ikke ethvert tilfelle av politisk mikromålretting vil falle innunder art. 9 nr. 1. Det betyr at det som utgangspunkt ikke vil eksistere noen unntaksadgang etter forordningsforslaget heller, idet vi stort sett vil være innefor den første kategorien av tilfeller. Jeg synes det er vanskelig å se for meg hvilke situasjoner som vil falle innunder den andre kategorien av tilfeller, siden selve poenget med målrettingen vil være å sende *treffsikre* politiske budskap. Da må det nødvendigvis slutes noe om mottakerens politiske oppfatning. EUs datatilsyn har tatt til orde for det bør gis «a full ban of microtargeting for political purposes, i.e. selecting the messages and/or intended

⁴⁷⁷ EUs datatilsyn (2022) avsnitt 28.

audiences of political advertising according to the perceived characteristics, interests or preferences of the individual concerned». ⁴⁷⁸ Etter mitt syn vil et totalforbud være å foretrekke, idet et totalforbud er bedre egnet til å fremme forordningens formål om å ivareta grunnleggende menneskerettslige og demokratiske verdier, samt at det retts teknisk er lite heldig at det oppstilles unntaksadganger som i realiteten ikke er spesielt anvendelige. ⁴⁷⁹

5.4 Forordningsforslaget om kunstig intelligens

5.4.1 Bakgrunn

EU-kommisjonen fremla et forslag til forordning om harmonisering av regler om kunstig intelligens 21. april 2021. De ansvarlige komiteene i EU-parlamentet vedtok 11. mai 2023 et utkast til endringsforslag, som er ventet å stemmes over i EU-parlamentet i midten av juni 2023. ⁴⁸⁰ Forordningsforslaget bygger på en risikobasert tilnærming, der det skilles mellom fire risikokategorier: uakseptabel, høy, begrenset og minimal risiko. Det er flere bestemmelser i forordningsforslaget som kan ses i relasjon til avhandlingens tema, men av plasshensyn lar det seg ikke gjøre å presentere mer enn en overordnet redegjørelse for utvalgte bestemmelser i forslaget. Fokuset i det følgende vil være bestemmelsene om valgpåvirkning og demokrati i EU-parlamentets komitéutkast, samt forslagene til forbud mot manipulasjon ved bruk av kunstig intelligente systemer.

EU-kommisjonen og EU-parlamentets komitéutkast definerer et *kunstig intelligent system* («artificial intelligence system») på ulike måter. EU-kommisjonens definisjon refererer til en programvare som er utviklet «with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with». ⁴⁸¹ EU-parlamentets komitéutkast definerer et kunstig intelligent system som «a machine-based system that is designed to operate with varying levels of autonomy and that can, for explicit or implicit objectives, generate output such as predictions, recommendations, or decisions influencing physical or virtual environments». ⁴⁸² Sistnevnte definisjon søker å ta opp i seg at systemer også kan operere uten menneskelig definerte mål. ⁴⁸³ Det er denne definisjonen jeg har lagt til grunn i avhandlingen, se kapittel 2.2.2.

⁴⁷⁸ EUs datatilsyn (2022) avsnitt 34.

⁴⁷⁹ Se drøftelsen i kapittel 3.4.2 om myndighetenes menneskerettslige adgang til å nedlegge generelle forbud.

⁴⁸⁰ Se A9-0188/2023 og Bertuzzi (2023b). Se også EU-parlamentet (2023).

⁴⁸¹ COM/2021/206 art. 3 nr. 1 I Annex I nevnes følgende teknikker: maskinlæring, logikk- og kunnskapsbaserte tilnærminger, statistiske tilnærminger, Bayesiansk estimering, samt metoder for søk- og optimalisering.

⁴⁸² A9-0188/2023 endring 165. Definisjonen er i tråd med OECDs definisjon, se Bertuzzi (2023a).

⁴⁸³ Se fotnote 452.

5.4.2 Valgpåvirkning og demokrati

EU-parlamentets komitéutkast slår fast at kunstig intelligente systemer «intended to be used for influencing the outcome of an election or referendum or the voting behaviour of natural persons in the exercise of their vote in elections or referenda» skal klassifiseres som høyrisiko.⁴⁸⁴ Det stilles ikke krav om faktisk påvirkning, det er tilstrekkelig at systemet har som formål å påvirke. I fortalen fremheves det at bestemmelsen søker å adressere risiko ved utilbørlig ekstern påvirkning på individers rett til å stemme ved valg etter EUs menneskerettighetspakt art. 39, samt beskytte mot uforholdsmessig påvirkning på demokratiske prosesser, demokratiet og rettsstaten.⁴⁸⁵ Det trekkes også frem at de største aktørenes anbefalingssystemer må overholde en rekke regler nedfelt i forordningen, begrunnet i at disse digitale plattformene kan brukes på måter som «strongly influences safety online, the shaping of public opinion and discourse, election and democratic processes and societal concerns».⁴⁸⁶ Forordningen om digitale tjenesters angivelse av de største aktørene gjelder tilsvarende her, se kapittel 5.2.3. Den foreslåtte bestemmelsen må ses i sammenheng med det menneskerettslige og demokratiske verdigrunnlaget jeg redegjorde for i kapittel 3. Bestemmelsen søker blant annet å ivareta den frie meningsdannelsen og et fritt offentlig ordskifte.

En sentral begrunnelse bak forordningsforslaget om kunstig intelligens er behovet for å sikre og fremme *demokratiet*.⁴⁸⁷ Kunstig intelligente systemer kan representere en risiko for både substansielle rettigheter og den demokratiske prosessen. Demokratibegrunnelsen fremgår særlig tydelig av EU-parlamentets komitéutkast, som generelt kan sies å være mer samfunnsorientert enn EU-kommisjonens forslag.⁴⁸⁸ Demokratihensynet trekkes blant annet frem i komitéutkastets formålsangivelse i art. 1 nr. 1,⁴⁸⁹ prinsippbestemmelsen i art. 4a nr. 1 bokstav f⁴⁹⁰ og forpliktelsene som pålegges tilbydere etter art. 28b nr. 2 bokstav a.⁴⁹¹

5.4.3 Manipulasjon ved bruk av kunstig intelligente systemer

Som fremhevet i kapittel 2.3 kan politisk mikromålretting brukes for å manipulere mottakeren. Det er derfor grunn til å kommentere forordningsforslagets uttrykkelige forbud mot visse former for manipulerende bruk av kunstig intelligente systemer. Bruken av kunstig intelligente systemer kan intensivere risikoen for manipulasjon, blant annet fordi systemene kan være egnet

⁴⁸⁴ A9-0188/2023 endring 739.

⁴⁸⁵ Ibid. endring 72.

⁴⁸⁶ Ibid. endring 73.

⁴⁸⁷ Ibid. endring 140.

⁴⁸⁸ Ordet «democracy» uttrykkes 25 ganger i EU-parlamentets komitéutkast, mens EU-kommisjonen nevner ordet to ganger.

⁴⁸⁹ A9-0188/2023 endring 140.

⁴⁹⁰ Ibid. endring 213.

⁴⁹¹ Ibid. endring 399.

til å avdekke og utnytte personers sårbarheter.⁴⁹² Teknologien gir «novel and powerful tools for manipulative, exploitative and social control practices».⁴⁹³ Det presiseres at slike teknikker er særlig skadelige og bør forbys, fordi «they contradict Union values of respect for human dignity, freedom, equality, democracy and the rule of law and Union fundamental rights».⁴⁹⁴ Et sentralt formål med forbudet er etter dette å fremme verdiene redegjort for i kapittel 3.

I henhold til EU-kommisjonens forordningsforslag art. 5 nr. 1 bokstav a er bruken av et kunstig intelligent system «that deploys subliminal techniques beyond a person's consciousness in order to materially distort a person's behaviour in a manner that causes or is likely to cause that person or another person physical or psychological harm» et eksempel på en praksis som forbys. Det presiseres ikke nærmere hva som menes med «subliminal techniques». Den leksikalske definisjonen av *subliminal persepsjon* viser til stimuli som er så svak eller kortvarig at den ligger under terskelen for vanlig bevisst oppfattelse, men allikevel påvirker oss.⁴⁹⁵ Fenomenet er omdiskutert.⁴⁹⁶ De færreste kunstig intelligente systemer vil etter denne leksikalske definisjonen basere seg på subliminale teknikker. Det kunstig intelligente systemet må videre ha som formål «to materially distort» en persons oppførsel. Ordlyden tilsier at formålet må være å endre personens oppførsel i betydelig grad. Koherenshensyn tilsier at det kan ses hen til direktivet om urimelig handelspraksis 2005/29/EF, der «to materially distort» etter legaldefinisjonen i art. 2 bokstav e forstås som det å bruke praksiser som «appreciably impair the consumer's ability to make an informed decision», som fører til at personen tar en avgjørelse personen ellers ikke ville tatt. Dette tilsier at teknikken merkbart må redusere personens evne til å treffe en informert beslutning.

Etter bokstav b i EU-kommisjonens forordningsforslag er også kunstig intelligente systemer som utnytter noen av sårbarhetene til en spesifikk gruppe av personer på bakgrunn av alder, fysisk eller mental funksjonsnedsettelse, «in order to materially distort the behaviour of a person pertaining to that group in a manner that causes or is likely to cause that person or another person physical or psychological harm». Bestemmelsen anvender flere av de samme vilkårene som over, slik at ordlyden også her oppstiller en høy terskel for anvendelse. I tillegg kan det poengteres at det kun er *tre* sårbare kategorier som faller innunder bestemmelsens anvendelsesområde.

⁴⁹² Uuk (2022) s. 2.

⁴⁹³ COM/2021/206 fortalepunkt 15.

⁴⁹⁴ *Loc. cit.* Se drøftelsen av disse rettslige størrelsene i kapittel 3.

⁴⁹⁵ Svartdal (u.å.).

⁴⁹⁶ Ionescu (2016) s. 230. Se også Uuk (2022) s. 4.

EU-parlamentets komitéutkast utvider rekkevidden av forbudet i bokstav a ved å inkludere «purposefully manipulative or deceptive techniques, with the objective to or the effect of materially distorting [...] behaviour» som et alternativ til subliminale teknikker.⁴⁹⁷ Ordlyden tilsier at teknikken må være ment å påvirke noen på en fordekt eller utspekulert måte, enten med formål om å endre oppførselen til mottakeren i betydelig grad, eller ha som konsekvens at en slik endring forekommer. Bokstav a gjelder ikke bare manipulasjon og villedelse som retter seg mot enkeltindivider, men også *grupper*, mens bokstav b ikke bare adresserer sårbarhetene til spesifikke grupper, men også utnyttelse av sårbare *enkeltpersoner*. Endringsforslaget utvider antall mulige sårbare situasjoner som faller innunder bestemmelsen ved å inkludere utnyttelse av «characteristics of such individual's or group of persons' known or predicted personality traits or social or economic situations».⁴⁹⁸ En annen forskjell fra EU-kommisjonens forslag er at EU-parlamentets komitéutkast erstatter «physical or psychological harm» med «significant harm».

Politisk mikromålretting vil som det klare utgangspunkt basere seg på bruken av kunstig intelligente systemer, som fremholdt i kapittel 2.2.2. Det vil imidlertid avhenge av den konkrete situasjonen om den politiske mikromålrettingen rammes av de foreslåtte forbudene eller ikke. De ulike forslagene vil dessuten ramme fenomenet på ulike måter. Poenget i dette kapittelet har vært å presentere enkelte aspekter ved reguleringsforslagene som ligger på bordet per mai 2023, og ikke foreta noen inngående drøftelse i relasjon til politisk mikromålretting.

5.4.4 Kritikk

Flere har tatt til orde for at EU-kommisjonens forordningsforslag ikke beskytter individet og samfunnet mot risikoen manipulasjon ved bruk av kunstig intelligente systemer kan representere i tilstrekkelig grad. European Digital Rights (EDRi) har for eksempel kritisert EU-kommisjonens formulering av art. 5 for å ikke hensynta at manipulasjonen ofte vil rette seg mot grupper, og ikke spesifikke individer.⁴⁹⁹ EU-kommisjonens forordningsforslag har også blitt kritisert for å ikke ta den digitale asymmetrien mellom forbruker og selskap i betraktning. Asymmetrien innebærer at enhver bruker av tjenesten er sårbar for manipulasjon, ikke bare de spesifikke gruppene bestemmelsen nevner i bokstav b.⁵⁰⁰ Det har blitt fremhevet at «[p]sychometric differences can be used to create simple predictive models of how certain groups of people will respond to a particular stimulus, and thus these predictable individual differences can be exploited».⁵⁰¹ I denne konteksten handler sårbarhet om avvikende karaktertrekk som kan utnyttes,

⁴⁹⁷ A9-0188/2023 endring 215.

⁴⁹⁸ Ibid. endring 216.

⁴⁹⁹ EDRi (2021) s. 8.

⁵⁰⁰ BEUC (2021) s. 13.

⁵⁰¹ Franklin (2022) s. 2. Psykometri omhandler teorier og teknikker for måling av psykologiske fenomener, se Malt (2018).

og slike sårbarheter adresserer ikke EU-kommisjonens forslag. Etter min oppfatning er EU-parlamentets komitéutkastets inkludering av grupper og enkeltindivider i både bokstav a og b, i større grad egnet til å ramme den problematiske virksomheten man ønsker å forby. Etter utkastet kan potensielt *enhver* person regnes som sårbar. Det avgjørende er om personens faktiske eller predikerte karakteristikk utnyttes.

Ordlyden «in order to materially distort» i EU-kommisjonens forslag har også møtt kritikk, idet kunstig intelligente systemer kan være manipulative uten en bakenforliggende intensjon om det.⁵⁰² I EU-parlamentets komitéutkast er ordlyden «with the objective or to the effect of materially distorting». Den manipulerende eller villedende teknikken må være intendert («purposefully»), men bruken av systemet behøver ikke å ha som formål at personens oppførsel endres i betydelig grad. Komitéutkast møter etter dette kritikken til en viss grad.

Det europeiske forbrukerrådet (BEUC) har fremhevet at EU-kommisjonens formuleringer innebærer at kunstig intelligens som manipulerer på en måte som forårsaker «societal harm» ikke er omfattet.⁵⁰³ EU-parlamentets komitéutkast adresserer heller ikke «societal harm» eksplisitt i bestemmelsen, selv om samfunnshensyn trekkes frem flere andre steder i utkastet, som for eksempel i fortalepunkt 4.⁵⁰⁴ Det er et poeng at «[t]he potential harm that can ensue – whether it is election interference, hate-mongering, or societal polarisation – is not limited to the individual who is directly manipulated, but indirectly affects the interests of society at large».⁵⁰⁵ EU-kommisjonens forordningsforslag har blitt kritisert for at det «remains imbued by concerns relating almost exclusively to individual harm, and seems to overlook the need for protection against AI’s societal harms».⁵⁰⁶ Som fremhevet i kapittel 5.4.2 søker EU-parlamentets komitéutkast i større grad å adressere samfunnshensyn og demokratisk risiko.

EU-parlamentet er ventet å votere over posisjonen til forslaget under sesjonen 12.–15. juni 2023.⁵⁰⁷ Deretter kan trilogforhandlingene starte.

5.5 Europarådets nullutkast til en konvensjon om kunstig intelligens

Europarådet jobber for tiden med en konvensjon om kunstig intelligens. Et nullutkast av konvensjonsteksten har blitt lekket på internett.⁵⁰⁸ Nullutkastet slår fast at konvensjonens formål er

⁵⁰² BEUC (2021) s. 11.

⁵⁰³ *Loc. cit.*

⁵⁰⁴ A9-0188/2023 endring 15.

⁵⁰⁵ Smuha (2021) s. 6.

⁵⁰⁶ *Ibid.* s. 22–23.

⁵⁰⁷ EU-parlamentet (2023).

⁵⁰⁸ CAI(2023)01.

å etablere «certain fundamental principles and rules aimed at ensuring that design, development and application of artificial intelligence systems is fully consistent with respect for human rights, the functioning of democracy and the observance of rule of law».⁵⁰⁹ Utkastet oppstiller blant annet en plikt til sikre at all forskning, design, utvikling og bruk av kunstig intelligente systemer eller kombinasjoner av slike systemer «is compatible with core values of democratic societies», samt «not aimed at undermining or curtailing fundamental rights and freedoms, the functioning of democracy or the observance of rule of law».⁵¹⁰

I likhet med EUs forordningsforslag om kunstig intelligens baserer nullutkastet til Europarådet seg på en risikobasert tilnærming til lovligheten av et kunstig intelligent system. Medlemslandene skal utvikle metoder for å identifisere, analysere og evaluere de kunstig intelligente systemenes menneskerettslige, demokratiske og rettsstatlige risiko og påvirkningspotensiale.⁵¹¹ Nullutkastet slår fast at medlemslandene skal «provide for the possibility of imposing a full or partial moratorium or ban in respect of artificial intelligence systems, [...] deemed to present unacceptable levels of risk of interfering with the enjoyment of human rights, the functioning of democracy, and the observance of the rule of law».⁵¹² En forutsetning for regulering er imidlertid at det identifiseres en slik uakseptabel menneskerettlig, demokratisk eller rettsstatlig risiko, og at «after careful examination, there are no other measures available for mitigating that risk».⁵¹³ For kunstig intelligente systemer som representerer «significant levels of risk» skal medlemsstaten gjennomføre tiltak med formål om å minimere, og så langt det er mulig forhindre, enhver ulovlig krenkelse av blant annet menneskerettighetene og demokratiske institusjoner og prosesser som kunstig intelligente systemer kan forårsake.⁵¹⁴ Det fremheves også at medlemslandene skal ivareta individenes frihet, integritet og autonomi «and in particular the ability to reach informed decisions free from undue influence, manipulation or detrimental effects which adversely affect the right to freedom of expression and assembly, democratic participation and the exercise of other relevant human rights and fundamental freedoms resulting from the inappropriate application of artificial intelligence systems».⁵¹⁵ Medlemslandene skal også sikre at interesserte parter, grupper og individer har lik og rettferdig tilgang til den offentlige debatt og en inkluderende demokratisk prosess.

Europarådets tilnærming til regulering av kunstig intelligens er etter mitt syn egnet til å verne mot samfunnsmessig risiko, og det er positivt at demokrati og rettssikkerhet er inkludert i en

⁵⁰⁹ Ibid. art. 1 nr. 1.

⁵¹⁰ Ibid. art. 5 nr. 1.

⁵¹¹ Ibid. art. 11 nr. 1.

⁵¹² Ibid. art. 13 nr. 1 første punktum.

⁵¹³ Ibid. art. 13 nr. 1 annet punktum.

⁵¹⁴ Ibid. art. 15 bokstav a.

⁵¹⁵ Ibid. art. 15 bokstav b.

rekke av konvensjonens bestemmelser. Det skal nevnes at det foreløpige nullutkastet til Europarådet oppstiller få uttrykkelig skranker, og medlemslandene gis et utstrakt handlingsrom. Flere av forpliktelsene nullutkastet oppstiller gjelder antageligvis allerede etter den europeiske menneskerettskonvensjonen. Europarådet består av en rekke ulike medlemsland, med ulike demokratiske kulturer, og det vil bli spennende å se hvilke forpliktelser konvensjonen i sin endelige versjon vil oppstille.

6 Konklusjon

Etter min oppfatning illustrerer gjennomgangen av regelverkene at enkeltindividet ikke nødvendigvis bør stilles i sentrum for de krav som kan stilles til myndighetene som følge av utfordringer den digitale omveltningen fører med seg. Ofte vil det være snakk om trusler som representerer minimale direkte inngrep i den enkeltes grunnleggende rettigheter, men som på et samfunnsmessig plan kan ha stor betydning. Politisk mikromålretting kan tjene som et eksempel på dette. Observasjonen kan tilsi at lovgivningen i større grad bør være samfunnsorientert enn individorientert, idet lovgivningen med det vil gi et større rom for at man som rettsanvender kan trekke på et mangfold av hensyn. Den risikobaserte tilnærmingen som forordningsforslaget om kunstig intelligens anlegger, og som også Europarådets nullutkast legger til grunn, er etter min oppfatning en egnet tilnærming i møte med utfordringer som gjør seg gjeldende på et strukturelt nivå. Avhandlingens hovedkonklusjon er derfor at lovgivningen bør være utformet på en måte som gjør at rettsanvenderen kan vurdere konsekvenser og risiko for samfunnet, og ikke kun den konkrete situasjonen til det enkelte individet som får sine personopplysninger behandlet.

Konklusjonen kan ses i sammenheng med uttalelsene i NOU 2022: 11 *Ditt personvern – vårt felles ansvar* om at det er «et grunnleggende problem at det er vanskelig å ta stilling til konsekvenser av egne handlinger som rammer et abstrakt kollektiv, eller som bidrar til skadevirkninger for andre en gang i fremtiden».⁵¹⁶ Til forskjell fra konsekvenser som rammer individer eller kollektiver, vil «societal harm [...] often manifest itself at a subsequent stage only».⁵¹⁷ Konsekvensene av for eksempel politisk mikromålretting gjennom kunstig intelligente systemer, vil vise seg på lengre sikt og ikke i perioden umiddelbart etter mikromålrettingen. Det er vanskeligere å få øye på en aktivitets skadepotensiale, samt årsakssammenhengen mellom aktiviteten og skaden, dersom skaden først manifesterer seg etter at det har gått en viss tid. Den kumulative effekten av flere systemer, gjør det dessuten vanskelig for den enkelte aktør å vurdere konsekvensene av *sin* aktivitet. Det har blitt satt spørsmålsteget ved om politisk mikromålretting har potensiale til å sette vår demokratiske kultur under press, og antagelsene tilsier etter mitt syn at det er grunn til å utrede konsekvensene og effektene av fenomenet nærmere. Før det

⁵¹⁶ NOU 2022: 11 s. 32.

⁵¹⁷ Smuha (2021) s. 10.

foreligger et tilstrekkelig informasjonsgrunnlag, kan det fremheves at «føre-var-prinsippet» har en sentral plass i europeisk reguleringsteori. Prinsippet innebærer at lovgiver anbefales å innta en risikoavers holdning der det er usikkerhet om «the potentially damaging long-term consequences».⁵¹⁸ Dette tilsier at lovgiver kan regulere politisk mikromålretting, selv om konsekvensene er usikre.

I tillegg til at samfunnsperspektivet må stå sentralt i *regelverksutformingen*, er det også viktig å løfte frem samfunnsperspektivets betydning i *rettsanvendelsen*. Rettsanvenderen må ha den nære sammenhengen mellom menneskerettighetene og ivaretagelsen av et demokratisk samfunn in mente ved tolkningen av retten. Menneskerettighetenes underliggende rasjonale om å ivareta et demokratisk samfunn tilsier at størrelsene ikke kan ses løsrevet fra hverandre. Privatlivsvernet henger tett sammen med tanke- og meningsfriheten, som igjen henger tett sammen med informasjons- og ytringsfriheten. En privat sfære er derfor en forutsetning for en velfungerende offentlig sfære. Dersom demokratihensynet underkommuniseres ved tolkningen av andre rettigheter enn ytringsfriheten, risikerer man å miste av synet at privatlivsvernet, og en fri tanke og meningsdannelse, er et grunnleggende premiss for en demokratisk samfunnsdebatt. Privatlivsvernet styrker demokratiet ved å gi grobunn for samfunnets intellektuelle utvikling, og vernets demokratibegrunnelse må derfor stå sentralt for vurderingen av nødvendighet i et demokratisk samfunn.

Jeg vil også fremheve at vi etter min oppfatning bør bevege oss vekk fra den individbaserte terminologien i personvernforordningen, der personopplysningsbegrepet spiller en avgjørende rolle, og heller la en mer overordnet risikovurdering stå i sentrum av drøftelsen. Vi bør «abandon the concept of personal data as a cornerstone of data protection altogether, and seek remedies for ‘information-induced harms’ – understood broadly as any individual or public negative consequences of information processing».⁵¹⁹ Bakgrunnen for at dette er nødvendig er ikke bare at tilnærmingen i større grad er egnet til å belyse samfunnshensyn, som fremholdt ovenfor, men også at selve personopplysningsbegrepet er i ferd med å utdateres, se kapittel 4.9. Den raske teknologiutviklingen tilsier at lovgiver «should [...] strive to shift its strategy from technology-specific regulation – which will often be outdated before eventually enacted – toward more technology-neutral regulation wherever possible».⁵²⁰ Forordningen om digitale tjenester er for eksempel sagt å skape et regulatorisk smutthull ved å ikke inkludere kunstig intelligente systemer som opererer uten menneskelig definerte mål, se kapittel 5.2.4.⁵²¹ Etter mitt syn er disse reguleringstekniske betraktningene egnet til å demonstrere viktigheten av å løfte

⁵¹⁸ Haines (2017) s. 182.

⁵¹⁹ Purtova (2018) s. 79–80.

⁵²⁰ Hacker (2023) s. 21.

⁵²¹ Ibid. s. 2.

blikket i lovgivningsprosessen, slik at vurderingene tar utgangspunkt i de overordende verdiene redegjort for i kapittel 3. Lovgivningen bør være teknologinøytral, verdibasert og gi rom for dynamiske tolkninger. Det er skadelige *aktiviteter* vi bør søke å ramme når vi regulerer, og ikke skadelige *verktøy*.

Etter mitt syn er det ingen grunn til at Norge skal vente med å utforske og utvikle et metodisk og rettslig rammeverk for vurderingen av kunstig intelligente systemers menneskerettslige og demokratiske risiko. Staten har et nasjonalt handlingsrom til å vedta generell lovgivning som begrenser individuelle rettigheter med formål om å ivareta den demokratiske samfunnsdebatten.⁵²² Digitaliseringen og automatiseringen, herunder utviklingen av kunstig intelligente systemer, reiser en rekke problemstillinger som bør forskes videre på. Teknologien har også et stort demokratisk potensiale, og mulighetene de digitale verktøyene gir bør også undersøkes. For å avslutte i samme ordelag som Personvernkomisjonen: Vi må ha en offentlig samtale om en nasjonal personvernpolitikk.⁵²³ At konklusjonen her biter seg selv i halen – *vi må ha en offentlig samtale om den offentlige samtale* – understreker bare viktigheten av en velfungerende offentlig sfære i et demokratisk samfunn.

⁵²² Nasjonalstaten har også et handlingsrom innefor EUs personvernforordning, selv om forordningen som utgangspunktet er maksimumsharmoniserende. Forordningsteksten åpner for skjønn i gjennomføringen av vernet, noe som belyses i en nylig avsagt avgjørelse fra EU-domstolen på personvernfeltet i sak C-319/20 Meta Platforms Ireland Limited.

⁵²³ NOU 2022: 11 s. 11.

Kilderegister

Litteratur

- Aall (2018) Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. 5.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2018.
- Adriaans (2020) Adriaans, Pieter. «Information.» *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta red., (18.08.2020). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2020/entries/information/> hentet 07.01.2023.
- Amnesty (2019) Amnesty. «‘The Great Hack’: Cambridge Analytica is just the tip of the iceberg.» (24.07.2019) <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2019/07/the-great-hack-facebook-cambridge-analytica/> hentet 10.12.2022.
- Arnesen (2015) Arnesen, Finn og Are Stenvik. *Internasjonalisering og juridisk metode – Særlig om EØS-rettens betydning i norsk rett*. (2.utg.). Oslo: Universitetsforlaget, 2015.
- Arnesen (2022) Arnesen, Sveinung og Mikael Poul Johannesson. *Demokratiske algoritmer*. Rapport ved NORCE Norwegian Research Centre nr. 18. 2022. <https://norceresearch.brage.unit.no/norceresearch-xmlui/bitstream/handle/11250/2995353/NORCE%2bHelse%2bog%2bsamfunn%252C%2brapport%2b18-2022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Bayer (2020) Bayer, Judit. «Double harm to voters: data-driven microtargeting and democratic public discourse.» *Internet Policy Review* vol. 9, nr. 1 (2020). <https://doi.org/10.14763/2020.1.1460>
- Bekkedal (2021) Bekkedal, Tarjei. «EMDs avgjørelse i Holship-kampen om det rettslige hegemoniet i Europa.» *Lov og Rett* vol. 60, nr. 7 (2021) s. 391–392. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2021-07-02>
- Bennett (2016) Bennett, Colin J. «Voter databases, micro-targeting, and data protection law: can political parties campaign in Europe as they do in North America?» *International Data Privacy Law* vol. 6, nr. 4 (2016) s. 261–275. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipw021>

- Bernt (1998) Bernt, Jan Fridthjof, David R. Doublet. *Vitenskapsfilosofi for jurister – en innføring*. Bergen: Fagbokforlaget, 1998.
- Bertuzzi (2023a) Bertuzzi, Luca. «EU lawmakers set to settle on OECD definition for Artificial Intelligence.» (09.03.2023) <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-lawmakers-set-to-settle-on-oecd-definition-for-artificial-intelligence/> hentet 13.04.2023.
- Bertuzzi (2023b) Bertuzzi, Luca. «MEPs seal the deal on Artificial Intelligence Act.» (27.04.2023) <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/meps-seal-the-deal-on-artificial-intelligence-act/> hentet 02.05.2023.
- BEUC (2021) The European Consumer Organisation (BEUC). *Regulating AI to Protect the Consumer – Position Paper on the AI Act*. 07.10.2021. Ref: BEUC-X-2021-088. https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2021-088_regulating_ai_to_protect_the_consumer.pdf
- Bobev (2022) Bobev, Tervel. «Track or Treat – Personal Data Protection and Behavioural Targeting in Web Advertising.» *CompLex, Senter for rettsinformatikk ved Universitet i Oslo* (2022). https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/om/publikasjoner/complex/2022/complex_1_22_web.pdf
- Bruce (2021) Bruce, Ingvild. «Preventive Use of Surveillance Measures for the Protection of National Security – A normative and comparative study of Dutch, Norwegian and Swedish law.» *Series of dissertations submitted to the Faculty of Law, University of Oslo*, nr. 167 (2021).
- Bygrave (2014) Bygrave, Lee A. *Data Privacy Law: An International Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 2014. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199675555.001.0001>
- Bygrave (2020a) Bygrave, Lee A. og Luca Tsoni. «Article 4(1). Personal Data». I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 103–115.

- Bygrave (2020b) Bygrave, Lee A. «Article 22. Automated individual decision-making, including profiling». I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 522–542.
- Bygrave (2022) Bygrave, Lee A. «Machine Learning, Cognitive Sovereignty and Data Protection Rights with Respect to Automated Decisions.» I *The Cambridge Handbook of Information Technology, Life Sciences and Human Rights*. Marcello Ienca, Oreste Pollicino, Laura Liguori mfl. red., Cambridge: Cambridge University Press, 2022, s. 166–188.
<https://doi.org/10.1017/9781108775038.016>
- Cadwalladr (2018) Cadwalladr, Carole og Emma Graham-Harrison. «Revealed: 50 million Facebook profiles harvested for Cambridge Analytica in major data breach.» (17.03.2018) <https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/cambridge-analytica-facebook-influence-us-election> hentet 10.12.2022.
- Cambridge Dictionary (u.å.) Cambridge Dictionary. «data.» (u.å.). <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/data> hentet 07.01.2023.
- Casagran (2022) Casagran, Cristina Blasi. «Analysing Political Micro-Targeting from a GDPR Perspective.» *Working Papers, Forum Transregionale Studien* 4 (2022). <https://doi.org/10.25360/01-2022-00052>
- Chambers (2018) Chambers, Simone. «The Philosophic Origins of Deliberative Ideals.» I *The Oxford Handbook of Deliberative Democracy*. Andre Bächtiger, John S. Dryzek, Jane Mansbridge mfl. red., Oxford University Press, 2018, s. 55–69. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198747369.013.1>
- Cohen (2021) Cohen, Joshua og Archon Fung. «Democracy and the Digital Public Sphere.» I *Digital Technology and Democratic Theory*. Lucy Bernholz, Héléne Landemore og Rob Reich red., University of Chicago Press, 2021, s. 23–61. <https://doi.org/10.7208/chicago/9780226748603.003.0002>

- Committee of Ministers (2019) Committee of Ministers, Council of Europe. *Declaration on the manipulative capabilities of algorithmic processes*. Dokumentnr.: Decl(13/02/2019)1, 13.02.2019. https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168092dd4b
- Conover (2011) Conover, Michael D., Jacob Ratkiewicz, Alessandro Flammini mfl. «Predicting the Political Alignment of Twitter Users.» *Center for Complex Networks and Systems Research* (2011). <https://doi.org/10.1109/PASSAT/SocialCom.2011.34>
- Davis (2020) Davis, Peter. «Facial Detection and Smart Billboards: Analysing the ‘Identified’ Criterion of Personal Data in the GDPR.» *European Data Protection Law Review* vol. 6, nr. 3 (2020) s. 365–377. <https://doi.org/10.21552/edpl/2020/3/7>
- Datatilsynet (u.å.) Datatilsynet. *Ordliste*. u.å. <https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/ordliste/> hentet 07.02.2023.
- Datatilsynet (2015) Datatilsynet. *Det store datakapløpet*. Oslo: 03.11.2015. <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/dokumenter-pdferskjema-ol/rettigheter-og-plikter/rapporter/kommersialisering-norsk-endig.pdf>
- Datatilsynet (2019a) Datatilsynet. *På parti med teknologien – Digital målretting av politiske budskap i Norge*. Oslo: 20.06.2019. <https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/dokumenter-pdferskjema-ol/rettigheter-og-plikter/rapporter/pa-parti-med-teknologien.pdf>
- Datatilsynet (2019b) Datatilsynet. *Cookies og informasjonskapsler*. 10.10.2019. <https://www.datatilsynet.no/personvern-pa-ulike-omrader/internett-og-apper/cookies/> hentet 14.02.2023.
- Datatilsynet (2019c) Datatilsynet. *Irettesettelse for behandling av personopplysninger i strid med personvernforordningen – Høyre – behandling av personopplysninger i valgkamp*. 24.06.2019. <https://www.datatilsynet.no/contentassets/07e82393fcd4b5fa486830178c9f9a5/irettesettelse-hoyre.pdf>

- Datatilsynet (2023) Datatilsynet. *Administrative fine – SATS ASA*, dokumentnr.: 20/02422-9. 06.02.2023. <https://www.datatilsynet.no/contentassets/f974410ee2e142c99cfc208cbae7634e/administrative-fine---sats-asa.pdf>
- de Montjoye (2013) de Montjoye, Yves-Alexandre, César A. Hidalgo, Michel Verleysen mfl. «Unique in the Crowd: The privacy bounds of human mobility.» *Scientific Reports* vol. 3, nr. 1 (2013) s. 1–5. <https://doi.org/10.1038/srep01376>
- de Terwangne (2020) de Terwagne, Cécile. «Article 5. Principles relating to processing of personal data.» I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 309–320.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.a) Det norske akademis ordbok. «reklame.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/reklame> hentet 23.02.2023.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.b) Det norske akademis ordbok. «politikk.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/politikk> hentet 07.01.2023.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.c) Det norske akademis ordbok. «algoritme.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/algoritme> hentet 07.01.2023.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.d) Det norske akademis ordbok. «integritet.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/integritet> hentet 14.11.2022.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.e) Det norske akademis ordbok. «data.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/data> hentet 07.01.2023.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.f) Det norske akademis ordbok. «evaluere» og «vurdere.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/vurdere>, <https://naob.no/ordbok/evaluere> hentet 17.02.2023.
- Det Norske Akademis Ordbok (u.å.g) Det norske akademis ordbok. «intellektuell.» (u.å.) <https://naob.no/ordbok/intellektuell> hentet 21.02.2023.

- Dobber (2023) Dobber, Tom, Damian Trilling, Natali Helberger mfl. «Effects of an issue-based microtargeting campaign: A small-scale field experiment in a multi-party setting.» *The Information Society* vol. 39, nr. 1 (2023) s. 35–44. <https://doi.org/10.1080/01972243.2022.2134240>
- Drunen (2022) Drunen, Max Zeno van, Natalie Helberger og Ronan Ó Fathaigh. «The beginning of EU political advertising law: unifying democratic visions through the internal market.» *International Journal of Law and Information Technology* vol. 30, nr. 2 (2022) s. 181–199. <https://doi.org/10.1093/ijlit/eaac017>
- Eady (2023) Eady, Gregory, Tom Paskhalis, Jan Zilinsky mfl. «Exposure to the Russian Internet Research Agency foreign influence campaign on Twitter in the 2016 US election and its relationship to attitudes and voting behaviour.» *Nature Communications* vol. 14, nr. 62 (2023). <https://doi.org/10.1038/s41467-022-35576-9>
- Eckhoff (1971) Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. Oslo: Tanum, 1971.
- EDRi (2021) European Digital Rights. «European Commission adoption consultation: Artificial Intelligence Act.» (03.08.2021) <https://edri.org/wp-content/uploads/2021/08/European-Digital-Rights-EDRi-submission-to-European-Commission-adoption-consultation-on-the-Artificial-Intelligence-Act-August-2021.pdf>
- Eggen (2002) Eggen, Kyrre. *Ytringsfrihet*. Oslo: Cappelen Akademiske Forlag, 2002.
- Ekspertgruppen for digital læringsanalyse (2023) Jensen, Helle. «NOU leveres 6. juni.» (12.04.2023) <https://laringsanalyse.no/nyheter/nou-overleveres-6-juni/> hentet 03.05.2023.
- Electronic Privacy Information Center (2023) Electronic Privacy Information Center ved Grant Fergusson, Tom McBrien, Caitriona Fitzgerald mfl. *Generating Harms: Generative AI's Impact & Paths Forward*. 2023. <https://epic.org/wp-content/uploads/2023/05/EPIC-Generative-AI-White-Paper-May2023.pdf>

- Eng (2014) Eng, Svein. *Rettsfilosofi*. 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2014.
- Eriksen (2016) Eriksen, Christoffer C. *Kritikk*. Oslo: Universitetsforlaget, 2016.
- EU-kommisjonen (2020) EU-kommisjonen. *European Democracy Action Plan: making EU democracies stronger*. Dokumentnr.: IP/20/2250. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2250
- EU-kommisjonen (2023a) EU-kommisjonen. «Digital Services Act: Commission designates first set of Very Large Online Platforms and Search Engines.» [pressemelding] (25.04.2023) https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413
- EU-kommisjonen (2023b) EU-kommisjonen. «DRAFT Commission Delegated Regulation [...] supplementing Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council, by laying down rules on the performance of audits for very large online platforms and very large online search engines.» (05.05.2023) https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13626-Digital-Services-Act-conducting-independent-audits_en
- EU-parlamentet (2023) EU-parlamentet. «AI Act: a step closer to the first rules on Artificial Intelligence.» (11.05.2023) [pressemelding] <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence> hentet 19.05.2023.
- EUs datatilsyn (2022) Det europeiske datatilsynet. *Opinion 2/2022 on the Proposal for Regulation on the transparency and targeting of political advertising*. 20.01.2022. https://edps.europa.eu/system/files/2022-01/edps_opinion_political_ads_en.pdf
- Fimreite (2020) Fimreite, Anne Lise og Elisabeth Ivarsflaten. «‘Den store demokrati-debatten’ – da og nå.» *Tidsskrift for samfunnsforskning* vol. 61, nr. 1 (2020) s. 30–37. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-291X-2020-01-03>
- Fink (2019) Fink, Udo. «Social media in election campaigns: Free speech or a danger for democracy?» I *Big Data, Political Campaigning and the*

- Law: Democracy and Privacy in the Age of Micro-Targeting*. Normann Witzleb, Moira Paterson og Janice Richardson red., Milton: Routledge, 2019, s. 99–113.
- Floridi (2005) Floridi, Luciano. «Is Information Meaningful Data?» *Philosophy and Phenomenological Research* vol. LXX, nr. 2 (2005) s. 351–370.
- Forbrukerrådet (2020) Forbrukerrådet. *Out of Control: How consumers are exploited by the online advertising industry*. 14.01.2020. <https://fil.forbrukerradet.no/wp-content/uploads/2020/01/2020-01-14-out-of-control-final-version.pdf>
- Franklin (2022) Frankin, Matija, Hal Ashton, Rebecca Gorman mfl. «Missing Mechanisms of Manipulation in the EU AI Act.» (2022) <https://doi.org/10.32473/flairs.v35i.130723>
- Fredman (2008) Fredman, Sandra. *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*. Oxford University Press, 2008. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199272761.002.0003>
- Fredriksen (2019) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. «EU-rett som norsk rettskilde». I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 386–419.
- Fredriksen (2022) Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen. *EØS-rett*. 4.utg., Bergen: Fagbokforlaget, 2022.
- Frøberg (2014) Frøberg, Thomas. *Rettslig prinsippargumentasjon*. 1.utg., Oslo: Gyldendal, 2014.
- GDPRhub (2021) GDPRhub. «BVwG - W258 2217446-1.» (2021) [https://gdprhub.eu/index.php?title=BVwG - W258 2217446-1](https://gdprhub.eu/index.php?title=BVwG_-_W258_2217446-1)
- Georgieva (2020) Georgieva, Ludmila og Christopher Kuner. «Article 9. Processing of special categories of personal data». I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 365–384.

- Gerards (2019) Gerards, Janneke. *General Principles of the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
<https://doi.org/10.1017/9781108652926>
- Habermas (1996) Habermas, Jürgen. *Between Facts and Norms – Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Oversatt av William Rehg. Cambridge: The MIT Press, 1996.
- Habermas (1999) Habermas, Jürgen. *Die Einbeziehung des Anderen Studien zur politischen Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1999.
- Habermas (2008) Habermas, Jürgen. *Between Naturalism and Religion*. Oversatt av Ciaran Cronin. Cambridge: Polity Press, 2008.
- Habermas (2022) Habermas, Jürgen. «Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere.» *Theory, Culture and Society* vol. 39, nr. 4 (2022) s. 145–171.
<https://doi.org/10.1177/02632764221112341>
- Hacker (2023) Hacker, Philipp, Andreas Engel og Marco Mauer. «Regulating Chat-GPT and other Large Generative AI Model.» (12.05.2023)
<https://doi.org/10.48550/arXiv.2302.02337>
- Haines (2017) Haines, Fiona. «Regulation and Risk». I *Regulatory Theory: Foundations and Applications*. Peter Drahos red., Australian National University Press, 2017, s. 181–196.
- Harbo (2021) Harbo, Tor-Inge. «Forholdsmessighet». *Jussens Venner* vol. 56, nr. 5 (2021) s. 315–368. <https://doi.org/10.18261/issn.1504-3126-2021-05-01>
- Hijmans (2020) Hijmans, Hielke. «Article 1. Subject-matter and objectives». I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 48–59.

- Hovlid (2015) Hovlid, Ellen Lexerød. *Vern av privatlivets fred*. 1.utg., Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2015.
- Hughes (2015) Hughes, Kirsty. «The social value of privacy, the value of privacy to society and human rights discourse.» I *Social Dimensions of Privacy – Interdisciplinary Perspectives*. Beate Roessler, Dorota Mokrosinska red., Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 225–243.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107280557.013>
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2012.
- ICO (2018) Information Commissioner’s Office. *Investigation into the use of data analytics in political campaigns*. 06.11.2018. <https://ico.org.uk/media/action-weve-taken/2260271/investigation-into-the-use-of-data-analytics-in-political-campaigns-final-20181105.pdf>
- Ienca (2022) Ienca, Marcello og Gianclaudio Malgieri. «Mental data protection and the GDPR.» *Journal of Law and the Biosciences* (2022) s. 1–19.
<https://doi.org/10.1093/jlb/ljac006>
- Ionescu (2016) Ionescu, Mihai Radu. «Subliminal perception of complex visual stimuli.» *Romanian Journal of Ophthalmology* vol. 60, nr. 4 (2016) s. 226–230.
- Jacobsen (2009) Jacobsen, Jørn. *Fragment til forståing av den rettsstatlege strafferetten*. Bergen: Fagbokforlaget, 2009.
- Jarbekk (2021) Jarbekk, Eva. «Karnov lovkommentar til personopplysningsloven.» I *Lovdata Pro* (2021) hentet 02.05.2023.
- Kierulf (2018) Kierulf, Anine. *Judicial Review in Norway*. Cambridge University Press, 2018. <https://doi.org/10.1017/9781108617727>
- Kierulf (2021) Kierulf, Anine. *Hva er ytringsfrihet*. Oslo: Universitetsforlaget, 2021.

- Killeen (2023) Killeen, Molly. «EU Parliament adopts position on political advertising regulation.» (02.02.2023) <https://www.euractiv.com/section/platforms/news/eu-parliament-adopts-position-on-political-advertising-regulation/> hentet 08.04.2023.
- Koops (2017) Koops, Bert-Jaap, Bryce Clayton Newell, Tjerk Timan mfl. «A Typology of Privacy.» *University of Pennsylvania Journal of International Law* vol. 38, no. 2 (2017) s. 483-575.
- Korolova (2018) Korolova, Aleksandra og Vinod Sharma. «Cross-App Tracking via Nearby Bluetooth Devices.» *CODASPY18* (2018) s. 43–52.
<https://doi.org/10.1145/3176258.3176313>
- Kotschy (2020) Kotschy, Waltraut. «Article 6. Lawfulness of processing.» I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 321–344.
- Krishnamurthy (2009) Krishnamurthy, Balachander og Craig E. Wills. «Privacy Diffusion on the Web: A Longitudinal Perspective.» *Proceedings of the '09 World Wide Web Conference* (2009) s. 541–550.
<https://doi.org/10.1145/1526709.1526782>
- Kuner (2020) Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey. «Background and Evolution of the EU General Data Protection Regulation (GDPR)». I *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey red., Oxford: Oxford University Press, 2020, s. 1–47.
- Lenaerts (2014) Lenaerts, Koen og Jose A. Gutierrez-Fons. «To Say What the Law of the EU Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice.» *Columbia Journal of European Law* vol. 20, nr. 2 (2014) s. 3–48.
- Letsas (2013) Letsas, George. «The ECHR as a living instrument: its meaning and legitimacy.» I *Constituting Europe – The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*. Andreas Følles-

- dal, Birgit Peters og Geir Ulfstein red., Cambridge: Cambridge University Press, 2013, s. 106–141.
<https://doi.org/10.1017/CBO9781139169295.005>
- Malt (2018) Malt, Ulrik og Per Aslaksen. «psykometri.» (04.09.2018)
<https://sml.snl.no/psykometri> hentet 14.05.2023.
- Marshall (2009) Marshall, Jill. *Personal Freedom through Human Rights Law? Autonomy, Identity and Integrity under the European Convention on Human Rights*. Leiden: Brill Nijhoff, 2009.
- Mayer-Schönberger (2013) Mayer-Schönberger, Viktor og Kenneth Cukier. *Big data: A revolution that will transform how we live, work, and think*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2013.
- Mestad (2019) Mestad, Ola. «Rettens kilder og anvendelse.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 77–113.
- Meta (2023) Meta. «How Meta Uses Legal Bases for Processing Ads in the EU.» (30.03.2023) <https://about.fb.com/news/2023/01/how-meta-uses-legal-bases-for-processing-ads-in-the-eu/> hentet 11.05.2023.
- Myndigheten för psykologiskt försvar (2023a) Myndigheten för psykologiskt försvar. «Uppdraget.» <https://www.mpf.se/vart-uppdrag/> hentet 22.04.2023.
- Myndigheten för psykologiskt försvar (2023b) Myndigheten för psykologiskt försvar ved Ola Svenonius, Sofia Olsson, Miranda Michélsen Forsgren mfl. «Sa någon valfusk? Informationsmiljön på sociala medier i samband med valrörelsen 2022.» 2023. <https://foi.se/rapportsammanfattning?reportNo=FOI-R--5429--SE>
- None of Your Business (2023a) None of Your Business. «Meta (Facebook, Instagram) switching to ‘Legitimate Interest’ for Ads.» (2023) <https://noyb.eu/en/meta-facebook-instagram-switching-legitimate-interest-ads> hentet 11.05.2023.

None of Your Business (2023b)	None of Your Business. «Political microtargeting on Facebook: an election promise just for you!» (2023) https://noyb.eu/en/political-microtargeting-facebook-election-promise-just-you hentet 28.03.2023.
O’Connell (2020)	O’Connell, Rory. «Theories of Democracy.» I <i>Law, Democracy and the European Court of Human Rights</i> . Cambridge University Press, 2020, s. 1–32. https://doi.org/10.1017/9781139547246.004
OECD (u.å.)	OECD. «OECD AI Principles overview – AI terms & concepts.» https://oecd.ai/en/ai-principles hentet 16.05.2023.
Office of the Director of National Intelligence (2017)	Office of the Director of National Intelligence. <i>Assessing Russian Activities and Intentions in recent US Elections</i> . Washington D.C.: 06.01.2017.
Ohm (2010)	Ohm, Paul. «Broken promises of privacy: Responding to the surprising failure of anonymization.» <i>UCLA Law Review</i> vol. 57, nr. 6 (2010) s. 1701–1777.
Personvernrådet (u.å.)	Personvernrådet. «Who we are.» https://edpb.europa.eu/about-edpb/about-edpb/who-we-are_en hentet 13.03.2023.
Personvernrådet (2020a)	Personvernrådet. <i>Guidelines 3/2019 on processing of personal data through video devices</i> . 29.01.2020.
Personvernrådet (2020b)	Personvernrådet. <i>Guidelines 4/2019 on Article 25 Data Protection by Design and by Default</i> . 20.10.2020.
Personvernrådet (2021a)	Personvernrådet. <i>Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR</i> . 07.07.2021.
Personvernrådet (2021b)	Personvernrådet. <i>Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users</i> . 13.04.2021.
Personvernrådet (2021c)	Personvernrådet. <i>Binding decision 1/2021 on the dispute arisen on the draft decision of the Irish Supervisory Authority regarding WhatsApp Ireland under Article 65(1)(a) GDPR</i> . 28.07.2021.

- Personvernrådet (2022) *Binding Decision 3/2022 on the dispute submitted by the Irish SA on Meta Platforms Ireland Limited and its Facebook service (Art. 65 GDPR)*. 05.12.2022.
- Politiets sikkerhetstjeneste (2023) *Politiets sikkerhetstjeneste. Nasjonal trusselvurdering 2023*. Oslo: 13.02.2023.
- Purtova (2018) Purtova, Nadezhda. «The law of everything.: Broad concept of personal data and future of EU data protection law». *Law, Innovation and Technology* vol. 10, nr. 1 (2018) s. 40-81.
<https://doi.org/10.1080/17579961.2018.1452176>
- Richards (2015) Richards, Neil. *Intellectual privacy: Rethinking civil liberties in the digital age*. New York: Oxford University Press, 2015.
- Rose (2015) Rose, Karen, Scott Eldridge og Lyman Chapin. «The Internet of Things: An Overview – Understanding the Issues and Challenges of a More Connected World.» *Internet Society*, s. 1–53, 2015.
- Ross (1953) Ross, Alf. *Om Ret og Retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, 1953.
- Schabas (2015) Schabas, William A. *The European Convention on Human Rights: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Scheinin (1992) Scheinin, Martin. «Article 18.» I *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 1992, s. 263–274.
- Schyff (2005) Schyff, Gerhards van der. «The concept of democracy as an element of the European Convention.» *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* vol. 38, nr. 3 (2005) s. 355–372.
- Schwartz (2011) Schwartz, Paul M. og Daniel J. Solove. «The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information.» *New York University Law Review* vol. 86, nr. 6 (2011) s. 1814–1894.

- Schwartz (2014) Schwartz, Paul M. og Daniel J. Solove. «Reconciling Personal Information in the United States and European Union.» *California Law Review* vol. 102, nr. 4 (2014) s. 877–916.
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen og Ole-Andreas Rognstad mfl. *EØS-rett*. 3.utg., Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Shaheed (2021) Shaheed, Ahmed. *Interim report of the Special Rapporteur on freedom of religion or belief*. Dokumentnr.: A/76/380, 05.10.2021.
- Skullerud (2022) Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad mfl. «Personvernforordningen (GDPR): Kommentarutgave.» I *Juridika.no* (2022) hentet 2. mai 2023.
- Smits (2017) Smits, Jan M. «What Is Legal Doctrine? On The Aims and Methods of Legal-Dogmatic Research.» I *Rethinking Legal Scholarship: A Transatlantic Dialogue*. Rob van Gestel, Hans-W. Micklitz og Edward L. Rubin red., New York: Cambridge University Press, 2017, s. 205–398. <https://doi.org/10.1017/9781316442906>
- Smuha (2021) Smuha, Nathalie A. «Beyond the Individual: Governing AI’s societal harm.» *Internet Policy Review* vol. 10, nr. 3 (2021) s. 1–32. <https://doi.org/10.14763/2021.3.1574>
- Solheim (2019) Solheim, Stig H. «Rettsanvendelsesprosessen på EMK-rettens område.» I *Juridisk metode og tenkemåte*. Alf Petter Høgberg og Jørn Øyrehagen Sunde red., Oslo: Universitetsforlaget, 2019, s. 360–385.
- Solove (2008) Solove, Daniel J. *Understanding Privacy*. Harvard University Press, 2008.
- Solove (2015) Solove, Daniel J. «The Meaning and Value of Privacy.» I *Social Dimensions of Privacy – Interdisciplinary Perspectives*. Beate Roessler, Dorota Mokrosinska red., Cambridge: Cambridge University Press, 2015, s. 71–82. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107280557.005>
- Store norske leksikon (2019) Store norske leksikon. «deduksjon.» (01.11.2019) <https://snl.no/deduksjon> hentet 11.03.2023.

- Strand (2021) Strand, Vibeke Blaker og Kjetil Mujezionović Larsen. *Menneskerettigheter i et nøtteskall*. 2.utg., Oslo: Gyldendal, 2021.
- Stürner (2012) Stürner, Rolf. «Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik.» *JuristenZeitung* vol. 67, nr. 1 (2012) s. 10–24.
- Sundar (2023) Sundar, Sindhu. «If you still aren't sure what ChatGPT is, this is your guide to the viral chatbot that everyone is talking about.» *Business Insider* (01.03.2023) <https://www.businessinsider.com/everything-you-need-to-know-about-chat-gpt-2023-1?r=US&IR=T> hentet 25. mai 2023.
- Sundby (1974) Sundby, Nils Kristian. *Om normer*. Oslo: Universitetsforlaget, 1974.
- Susser (2019) Susser, Daniel, Beate Rossler og Helen Nissenbaum. «Technology, autonomy, and manipulation.» *Internet Policy Review* vol. 8, nr. 2 (2019). <https://doi.org/10.14763/2019.2.1410>
- Svardal (u.å.) Svartdal, Frode. «subliminal persepsjon.» (u.å.) https://snl.no/subliminal_persepsjon hentet 15.04.2023.
- Thorsen (2023) Thorsen, Dag Einar. «Politikk.» (19.01.2023) <https://snl.no/politikk> hentet 02.02.2023.
- Tosoni (2021) Tusoni, Luca. «The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation.» *International Privacy Law* vol. 11, nr. 2 (2021) s. 145–162. <https://doi.org/10.1093/idpl/ipaa024>
- Tranøy (2021) Tranøy, Knut Erik. «induksjon.» (02.12.2021). https://snl.no/induksjon_-_filosofi hentet 11.03.2023.
- Uuk (2022) Uuk, Risto. «Manipulation and the AI Act.» (18.01.2022) https://futureoflife.org/wp-content/uploads/2022/01/FLI-Manipulation_AI_Act.pdf hentet 15.04.2023.

- Veale (2018) Veale, Michael og Lilian Edwards. «Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling.» *Computer Law & Security* vol. 34 (2018) s. 398–404. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2017.12.002>
- Vermeulen (2006) Vermeulen, Ben. «Freedom of Thought, Conscience and Religion (Article 9).» I *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijf mfl. red., 4.utg., Intersentia, 2006, s. 751–772.
- Wiedemann (2022) Wiedemann, Klaus. «Profiling and (automated) decision-making under the GDPR: A two-step approach.» *The Computer Law and Security Review* vol. 45 (2022) s. 1–17.
- WP29 (2007) Working Party Article 29. *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*. Dokumentnr.: 01248/07/EN WP136. 20.06.2007.
- WP29 (2010) Working Party Article 29. *Opinion 2/2010 on online behavioural advertising*. Dokumentnr.: 00909/10/EN WP 171. 22.06.2010.
- WP29 (2011) Working Party Article 29. *Opinion 16/2011 on EASA/IAB Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*. Dokumentnr.: 02005/11/EN WP188. 08.12.2011.
- WP29 (2014a) Working Party Article 29. *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*. Dokumentnr.: 0829/14/EN. 10.04.2014.
- WP29 (2014b) Working Party Article 29. *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*. Dokumentnr.: 844/14/EN WP 217. 09.04.2014.
- WP29 (2018) Working Party Article 29. *Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*. Dokumentnr.: 17/EN WP251rev.01. 06.02.2018.
- Zand (2017) Zand, Joseph. «The Concept of Democracy and the European Convention on Human Rights.» *University of Baltimore Journal of International Law* vol. 5, nr. 2 (2017) s. 195–227.

- Zarouli (2022) Zarouli, Brahim, Tom Dobber, Guy De Pauw mfl. «Using a Personality-Profiling Algorithm to Investigate Political Microtargeting: Assessing the Persuasion Effects of Personality-Tailored Ads on Social Media.» *Communication Research* vol. 49, nr. 8 (2022) s. 1066–1091. <https://doi.org/10.1177/0093650220961965>
- Zuiderveen Borgesius (2014) Zuiderveen Borgesius, Frederik J. «Improving Privacy Protection in the area of Behavioural Targeting.» Amsterdam: Unversiteit van Amsterdam, 2014.
- Zuiderveen Borgesius (2016) Zuiderveen Borgesius, Frederik J. «Singling out people without knowing their names – Behavioural targeting, pseudonymous data, and the new Data Protection Regulation.» *Computer Law & Security Review* vol. 32, nr. 2 (2016) s. 256–271. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2015.12.013>
- Zuiderveen Borgesius (2018) Zuiderveen Borgesius, Frederik J, Judith Möller, Sanne Kruikemeier mfl.. «Online Political Microtargeting: Promises and Threats for Democracy.» *Utrecht Law Review* vol. 14, nr. 1 (2018) s. 82–96. <https://doi.org/10.18352/ulr.420>
- Zurn (2019) Zurn, Christopher F. «Private and Public Autonomy.» I *The Cambridge Habermas Lexicon*. Amy Allen og Eduardo Mendieta red., Cambridge University Press, 2019, s. 348–351.
- Zysset (2017) Zysset, Alain. *The ECHR and Human Rights Theory – Reconciling the Moral and the Political Conceptions*. Routledge, 2017.

Norske rettskilder

Lover

1814

Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

1992

Lov om kringkasting og audiovisuelle bestillingstjenester 4. desember 1992 nr. 127 (kringkastingsloven).

1999

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21. mai 1999 nr. 30 (menneskerettsloven).

2002	Lov om valg til Stortinget, fylkesting og kommunestyre (valgloven) 28. juni 2002 nr. 57.
2003	Lov om visse sider av elektrisk handel og andre informasjonssamfunnstjenester 23. mai 2003 nr. 35 (ehandelsloven)
2005	Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven).
2009	Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. 9. desember 2009 nr. 2 (markedsføringsloven).
2018	Lov om behandling av personopplysninger 15. juni 2018 nr. 38 (personopplysningsloven).
Forarbeider	
NOU 1999: 27	Justis- og politidepartementet. «Ytringsfrihed bør finde Sted» – <i>For- slag til ny Grunnlov § 100.</i>
NOU 2003: 19	Arbeids- og administrasjonsdepartementet. <i>Makt og demokrati – Slut- trapport fra Makt- og demokratiutredningen.</i>
NOU 2004: 25	Arbeids- og inkluderingsdepartementet. <i>Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.</i>
NOU 2020: 6	Kommunal- og moderniseringsdepartementet. <i>Frie og hemmelige valg – Ny valglov.</i>
NOU 2022: 9	Kultur- og likestillingsdepartementet. <i>En åpen og opplyst offentlig samtale – Ytringsfrihetskommisjonens utredning.</i>
NOU 2022: 11	Kommunal- og distriktsdepartementet. <i>Ditt personvern – vårt felles ansvar – Tid for en personvernpolitikk.</i>
Ot.prp. nr. 58 (1998–1999)	Om lov om endringer i lov 4. desember 1992 nr. 127 om kringkasting m.m.

- Ot.prp. nr. 8
(2007–2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.
- Dok. nr.16 (2011–
2012) Stortingets presidentskap. *Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i grunnloven avgitt 19. desember 2011.*
- Prop. 56 LS (2017–
2018) Justis- og beredskapsdepartementet. *Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen.*
- St.meld. nr. 18
(2008–2009) Kultur- og kirke departementet. *NRK-plakaten – dekning av valg.*
- Innst. 186 S (2013–
2014) Kontroll- og konstitusjonskomiteen. *Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H. Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovsfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV.*
- Justis- og bered-
skapsdepartementet
(2021) Justis- og beredskapsdepartementet. *Høringsnotat om endringer i straffeloven mv. – påvirkningsvirksomhet.* [Høringsnotat], 2021.
- Kommunal- og dis-
triktsdepartementet
(2021) Kommunal- og distriktsdepartementet. *Forordning om digitale tjenester (Digital Services Act – DSA).* [Posisjonsnotat], 2021.
<https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2021/feb/forordning-om-digitale-tjenester-digital-services-act-dsa/id2860429/>

Rettspraksis

- Rt. 1997 s. 1821
Rt. 2001 s. 1390
Rt. 2004 s. 1737
Rt. 2005 s. 883
Rt. 2014 s. 1105
Rt. 2015 s. 93

HR-2021-1435-A

HR-2023-604-A

EU- og EØS-rettslige kilder

Rettsakter

EØS-avtalen	<i>Avtalen om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS), Porto 3. mai 1992.</i>
EØS-avtalen, vedlegg XI nr. 5e	<i>EØS-avtalen – Vedlegg XI Elektronisk kommunikasjon, audiovisuelle tjenester og informasjonssamfunnstjenester.</i>
ODA	<i>Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol, 31. januar 1994. Dokumentnr.: OJ L 344/1 [ODA-avtalen].</i>
Direktiv 95/46/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.</i>
Direktiv 2000/31/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2000/31/EF av 8. juni 2000 om visse juridiske aspekter ved informasjonssamfunnstjenester, særlig elektronisk handel, i det indre marked [Direktivet om elektronisk handel].</i>
Traktat 2000/C 364/01	<i>Charter of Fundamental Rights of the European Union, 18. desember 2000.</i>
Direktiv 2002/58/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/58/EF av 12. juli 2002 om behandling av personopplysninger og personvern i sektoren for elektronisk kommunikasjon (direktivet om personvern og elektronisk kommunikasjon). [Datapersonverndirektivet – kommunikasjonsvern-direktivet].</i>
Direktiv 2005/29/EF	<i>Europaparlaments- og rådsdirektiv 2005/29/EF av 11. mai 2005 om foretaks urimelige handelspraksis overfor forbrukere på det indre marked [Direktivet om urimelig handelspraksis].</i>

Traktat 2007/C 306/01	<i>Traktaten om den europeiske unions virkemåte 13. desember 2007 (TEUV), Lisboa 13. desember 2007. Dokumentnr.: 12007L/TXT [Lisboatraktaten].</i>
Forordning 2016/679	<i>Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27.april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger [Personvernforordningen].</i>
Traktaten om den Europeiske Union (TEU)	<i>Traktaten om den Europæiske Union. Konsolideret udgave 2016 (EUT 2016/C 202/01).</i>
Forordning 2022/2065	<i>Europaparlamentets og Rådets forordning (EU) 2022/2065 av 19. oktober 2022 om et indre marked for digitale tjenester og om endring av direktiv 2000/31/EF [Forordning om digitale tjenester].</i>
Forarbeider	
COM/2017/10	EU-kommisjonen. <i>Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC.</i> Dokumentnr.: 52017PC0010 (10.01.2017). https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017PC0010&qid=1682938218489
COM/2021/206	EU-kommisjonen. <i>Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence.</i> Dokumentnr.: 52021PC0206 (21.04.2021). [Artificial Intelligence Act] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206
COM/2021/731	EU-kommisjonen. <i>Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising.</i> COM(2021) 731. Dokumentnr.: 52021PC0731 (25.11.2021).

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ce-lex%3A52021PC0731>

P9_TA(2023)0027 EU-parlamentet. *Amendments adopted by the European Parliament on 2 February 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the transparency and targeting of political advertising.* Dokumentnr.: P9_TA(2023)0027 (02.02.2023) https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0027_EN.html

A9-0188/2023 Benifei, Brando og Ioan-Drăgost Tudorache. *REPORT on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)).* Dokumentnr.: A9-0188/2023 (22.05.2023). https://88fe0205-a2ac-4895-ba2e-a260b7a7b33d.usrfi-les.com/ugd/88fe02_d1ead08db89d4b259552ec545415b1d4.pdf

Benifei (2023) Benifei, Brando og Ioan-Drăgost Tudorache. *DRAFT Compromise Amendments on the Draft Report Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on harmonised rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts (COM(2021)0206 – C9 0146/2021 – 2021/0106(COD)).* 16. mai 2023. <https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20230516RES90302/20230516RES90302.pdf>

Rettspraksis

Sak C-11/70 Internationales Handelsgesellschaft ECLI:EU:C:1970:114

Sak C-4/73 J. Nold ECLI:EU:C:1974:51

Sak C-314/85 Foto-Frost ECLI:EU:C:1987:452 [document 2]

Sak C-101/01 Bodil Lindqvist	ECLI:EU:C:2003:596
Sak E-2/02 Bellona	[EFTA]
Forente saker C-188/10 og C-189/10 Melki og Abdeli	ECLI:EU:C:2010:363
Forente saker C-92/09 og C-93/09 Volker und Markus Schecke	ECLI:EU:C:2010:662
Sak C-70/10 Scarlet Extended	ECLI:EU:C:2011:771
Forente saker C-293/12 og C-594/12 Digital Rights Ireland	ECLI:EU:C:2014:238
Forente saker C-141/12 og 372/12 YS and others	ECLI:EU:C:2014:2081
Uttalelse 2/13	ECLI:EU:C:2014:2454
Sak C-582/14 Patrick Breyer	ECLI:EU:C:2016:779
Sak C-558/15 Vieira de Azevedo	ECLI:EU:C:2016:957
Forente saker C-203/15 og 698/15 Tele2 Sverige	ECLI:EU:C:2016:970
Sak C-434/16 Peter Nowak	ECLI:EU:C:2017:994

Sak C-40/17 Fashion ID	ECLI:EU:C:2019:629
Sak C-673/17 Planet49	ECLI:EU:C:2019:801
Sak C-708/18 Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA	ECLI:EU:C:2019:1064
Forente saker E-11/19 og E-12/19 Adpublisher AG	[EFTA]
Sak C-319/20 Meta Platforms Ireland Limited	ECLI:EU:C:2022:322
Sak C-184/20 OT og Vyriausioji	ECLI:EU:C:2022:601
Sak C-300/21 Österreichische Post	ECLI:EU:C:2022:756
Sak C-154/21 Österreichische Post	ECLI:EU:C:2023:3
Sak C-634/21 Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe i Schufa Holding	ECLI:EU:C:2023:220
Sak C-60/22 UZ mot Tyskland	ECLI:EU:C:2023:373
Sak T-557/20 SRB mot EDPS	ECLI:EU:T:2023:219

Andre internasjonale kilder

Rettsakter og konvensjonsforslag

ETS nr. 1	<i>Vedtekter for Europarådet</i> , London 5. mai 1949. https://assembly.coe.int/nw/xml/rop/statut_ce_2015-en.pdf
EMK	<i>Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter</i> , Roma 4. november 1950.
SP	<i>De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter</i> , 16. desember 1966.
ØSK	<i>De forente nasjoners internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter</i> , 16. desember 1966.
Wien-konvensjonen	<i>Wien-konvensjonen om traktatretten</i> , 23. mai 1969.
ETS nr. 108	<i>Konvensjon om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger</i> , 28. januar 1981. [Konvensjon 108] https://rm.coe.int/1680078b37
ETS nr. 223	<i>Protokoll om endring av Europarådets konvensjon om personvern i forbindelse med elektronisk databehandling av personopplysninger</i> , 10. oktober 2018 [Konvensjon 108+]. https://rm.coe.int/16808ac918
CAI(2023)01	Europarådet, Committee on Artificial Intelligence. <i>Revised zero draft [framework] Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law</i> . Dokumentnr.: CAI(2023)01, 06.01.2023. https://rm.coe.int/cai-2023-01-revised-zero-draft-framework-convention-public/1680aa193f

Rettspraksis fra EMD

Golder mot Storbritannia	Golder mot Storbritannia [plenum], sak 4451/70, 21.02.1975.
X mot Island	X mot Island [avvisning], sak 6825/74, 18.05.1976.

Kjeldsen, Busk Madsen og Peder- sen mot Danmark	Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mot Danmark [kammer], sak 5095/71, 5920/72, 5926/72, 07.12.1976.
Tyrer mot Storbri- tannia	Tyrer mot Storbritannia [kammer], sak 5856/72, 25.04.1978.
Lingens mot Østerrike	Lingens mot Østerrike [plenum], sak 9815/82, 08.07.1986.
Oberschlik mot Østerrike	Oberschlik mot Østerrike [plenum], sak 11662/85, 23.05.1991.
Castells mot Spa- nia	Castells mot Spania [kammer], sak 11798/85, 23.04.1992.
Thorgeirson mot Island	Thorgeirson mot Island [kammer], sak 13778/88, 25.06.1992.
Kokkinakis mot Hellas	Kokkinakis mot Hellas [kammer], sak 14307/88, 25.05.1993.
Bowman mot Stor- britannia	Bowman mot Storbritannia [storkammer], sak 24839/94, 19.02.1998.
Stafford mot Stor- britannia	Stafford mot Storbritannia [storkammer], sak 46295/99, 28.05.2002.
Ždanoka mot Lat- via	Ždanoka mot Latvia [storkammer], sak 58278/00, 16.03.2006.
Kontrová mot Slo- vakia	Kontrová mot Slovakia [kammer], sak 7510/04, 31.05.2007.
Armoniené mot Li- tauen	Armoniené mot Litauen [kammer], sak 36919/02, 25.11.2008.

TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge	TV Vest og Rogaland Pensjonistparti mot Norge [kammer], sak 21132/05, 11.12.2008.
Paulić mot Kroatia Shimovolos mot Russland	Paulić mot Kroatia [kammer], sak 3572/06, 22.10.2009. Shimovolos mot Russland [kammer], sak 30194/09, 21.06.2011.
Palomo Sánchez mfl. mot Spania	Palomo Sánchez mfl. mot Spania [storkammer], sak 28955/06, 28957/06 og 28964/06, 12.09.2011.
Sukran Aydin mot Tyrkia	Sukran Aydin mot Tyrkia [kammer], sak 49197/06, 23196/07, 50242/08, 60912/08 og 14871/09, 22.01.2013.
Animal Defenders International mot Storbritannia	Animal Defenders International mot Storbritannia [storkammer], sak 48876/08, 22.04.2013.
Bârbulescu mot Romania	Bârbulescu mot Romania [storkammer], sak 61496/08, 05.09.2017.
Denisov mot Ukraina	Denisov mot Ukraina [storkammer], sak 76639/11, 25.09.2018.
Smiljanic mot Kroatia	Smiljanic mot Kroatia [kammer], sak 35983/14, 25.03.2021.
L.B. mot Ungarn	L.B. mot Ungarn [storkammer], sak 36345/16, 31.05.2021.
Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Transportarbeiderforbud (NTF) mot Norge	Landsorganisasjonen i Norge (LO) og Norsk Transportarbeiderforbud (NTF) mot Norge [kammer], sak 45487/17, 10.06.2021.
Sanchez mot Frankrike	Sanchez mot Frankrike [storkammer], sak 45581/15, 15.05.2023.

Praksis og uttalelser

Europarådet (1981) *Explanatory Report to the Protocol Amending the Convention for the Protection of Individuals with Regard to the Automatic Processing of Personal Data*. 28.01.1981. <https://rm.coe.int/16800ca434>

HRI/GEN/1/Rev.1 *Compilation of general comments and general recommendations adopted by human rights treaty bodies*. Dokumentnr. UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.1, 29.07.1994. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/189/63/PDF/G9418963.pdf?OpenElement>

C 303/17 *Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights*, dokumentnr.: 32007X1214(01), 14.12.2007. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007X1214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32007X1214(01))

CRC/C/GC/25 *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*. Dokumentnr.: CRC/C/GC/25, 02.03.2021. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/UN_CRC_General%20comment%20No.%2025%20%282021%29%20on%20children%20rights%20in%20relation%20to%20the%20digital%20environment_En.pdf