

UiO : **Det juridiske fakultet**

# Retten til ikke å være gjenstand for automatiserte avgjørelser

En undersøkelse av rekkevidden og innholdet i vilkårene i  
personvernforordningen artikkel 22 nr. 1.

Kandidatnummer: 644

Leveringsfrist: 25.04.22

Antall ord: 16 823



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING.....</b>	<b>1</b>
1.1	Tema, problemstillinger og aktualitet .....	1
1.2	Avgrensninger .....	2
1.3	Avklaring av sentrale begreper .....	3
1.3.1	Kunstig intelligens og maskinlæring .....	3
1.3.2	Den registrerte og personopplysninger .....	4
1.4	Rettskildebilde og metode.....	4
1.4.1	Personvernforordningen og EØS-rettslig metode.....	4
1.4.2	Fortale til personvernforordningen .....	5
1.4.3	Rettspraksis.....	6
1.4.4	Datatilsynet og andre lands tilsynsmyndigheter .....	6
1.4.5	The European Data Protection Board og Article 29 Working Party Guidelines	7
1.4.6	Forvaltningspraksis og regler laget for å oppfylle krav til rettslig grunnlag i artikkel 22 nr. 2.....	7
1.4.7	Juridisk litteratur .....	8
1.5	Den videre fremstillingen.....	8
<b>2</b>	<b>AUTOMATISERTE AVGJØRELSER OG PROFILERING – FUNKSJON, AKTUALITET OG RETTSLIGE UTFORDRINGER.....</b>	<b>9</b>
2.1	Automatiserte avgjørelser .....	9
2.2	Profilering .....	10
2.3	Sammenhengen mellom automatiserte avgjørelser og profilering .....	11
2.3.1	Helautomatiserte beslutningssystemer som er regelbaserte .....	12
2.3.2	Helautomatiserte beslutningssystemer som bruker profilering .....	13
2.4	Kunstig intelligens og maskinlæring – særlige personvernrettslige utfordringer .....	13
<b>3</b>	<b>PERSONVERNFORORDNINGEN ARTIKKEL 22 .....</b>	<b>15</b>
3.1	Oversikt over personvernforordningen artikkel 22 .....	15
3.1.1	Personvernforordningens øvrige regulering av automatiserte avgjørelser .....	15
3.2	Artikkel 22 – rettighet eller forbud .....	16
<b>4</b>	<b>«AVGJØRELSE» SOM HAR «RETTSVIRKNING FOR ELLER PÅ TILSVARENDE MÅTE I BETYDELIG GRAD PÅVIRKER VEDKOMMENDE» .....</b>	<b>16</b>
4.1	Rett til ikke å være gjenstand for en «avgjørelse» .....	16
4.2	Avgjørelse som har «rettsvirkning» .....	18

4.3	Avgjørelser som «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende» .....	20
4.3.1	Grensetilfelle – målrettet annonsering.....	23
4.3.2	Vurderingen av «betydelig» - potensiell eller faktisk .....	25
<b>5</b>	<b>«UTELUKKENDE [...] BASERT PÅ AUTOMATISERT BEHANDLING» .....</b>	<b>28</b>
5.1	Ordlyd og fortale .....	28
5.2	Grensedragning i lys av Artikkel 29-gruppens tolkning.....	28
5.3	Automatisert beslutningsstøtte .....	29
5.3.1	Automation bias.....	30
5.4	Gråsonetilfelle – manglende «innflytelse på resultatet» .....	32
5.5	«Reell innflytelse» på kunstig intelligens og maskinlæring .....	34
5.6	Betydningen av tidspunktet for menneskelig inngripen .....	35
5.7	Betydningen av variert grad av automatisering innad i datasystemet.....	38
5.8	Det reelle tidspunktet for avgjørelsen .....	40
5.9	Vilkåret «utelukkende» sett i sammenheng med hensyn bak og formål med forordningen.....	41
<b>6</b>	<b>OPPSUMMERENDE FUNN OG KRITISKE BETRAKTNINGER.....</b>	<b>42</b>
6.1	Utfordringer knyttet til uklar rekkevidde .....	42
6.2	Utfordringer knyttet til mangel på distinksjon mellom ulike systemer .....	43
<b>1</b>	<b>LITTERATURLISTE .....</b>	<b>44</b>
1.1	Litteratur.....	44
1.1.1	Artikler og bøker .....	44
1.1.2	Nettsider.....	46
1.2	Norske rettskilder .....	47
1.2.1	Norske lover og forskrifter .....	47
1.3	Internasjonale rettskilder .....	47
1.3.1	EU-rettsakter og forslag til EU-rettsakter.....	47
1.3.2	Rettsavgjørelser fra EU-domstolen .....	48
1.3.3	Øvrige kilder fra EU-organer .....	48

# 1 Innledning

## 1.1 Tema, problemstillinger og aktualitet

I Norge har automatiserte avgjørelser vært benyttet i lang tid. Husbanken behandlet lånesøknader gjennom automatiserte prosesser allerede på 1970-tallet,<sup>1</sup> og i dag benyttes automatiserte avgjørelser til behandling av blant annet låne- og stipendsøknader i Lånekassen, kredittsøknader i banker og automatisert behandling av søknader om statsborgerskap som hjemlet i statsborgerforskriften § 13A-3. Dette kan ses i sammenheng med at Norge er et land med høy grad av digitalisering,<sup>2</sup> der «etablerte, regelbaserte teknologier hvor mennesker har stor kontroll med hvordan systemet fungerer»<sup>3</sup> har åpnet for relativt tryggt bruk av automatiserte avgjørelsesprosesser.

Økt teknologisk utvikling av blant annet kunstig intelligens og maskinlæring medfører derimot økt variasjon i teknologien bak og transparensen til datasystemene som brukes til automatiserte avgjørelser.<sup>4</sup> Datasystemer benyttet til automatiserte avgjørelser har tradisjonelt vært begrenset til vilkårsstrukturen «HVIS – SÅ» der maskinen vurderer om enkelte målbare vilkår er oppfylt for deretter å ta en automatisert avgjørelse på bakgrunn av vurderingen.<sup>5</sup> Disse systemene tar logiske slutninger som er forståelige for de menneskelige saksbehandlerne, fordi de er basert på regelverk. Denne gjennomsiktigheten gjør det mulig for de menneskelige saksbehandlere som fører kontroll med systemet å forstå hvilke vilkår og vurderinger som ligger til grunn for avgjørelsen. Datasystemer som benytter for eksempel kunstig intelligens og maskinlæring har ofte kapasitet til å fatte langt mer komplekse avgjørelser, basert på en logikk som i større grad bærer likhetstrekk med mer skjønnsmessige vurderinger. Dette kan resultere i mindre transparente prosesser, som kan gjøre det vanskeligere for den menneskelige saksbehandleren som fører kontroll med systemet å forstå logikken bak avgjørelsen.

Det er bred enighet om at automatiserte avgjørelser kan gi økt effektivitet og ressursbesparelser.<sup>6</sup> Automatiserte avgjørelser kan blant annet medføre raskere og mer treffsikker saksbehandling. Likevel kan automatiserte avgjørelser også medføre visse utfordringer som særlig er aktuelt der avgjørelsesprosessen innebærer behandling av personopplysninger. Dette inkluderer utfordringer knyttet til manglende transparens, manglende forklaring av logikken bak avgjørelsen og manglende mulighet til konkret

---

<sup>1</sup> Weitzenboeck (2021) s. 1.

<sup>2</sup> De forente nasjoner (2020).

<sup>3</sup> Schartum (2021) s. 93.

<sup>4</sup> Se for eksempel Atikkkel 29-gruppens «Retningslinjer om automatiske individuelle avgjørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679», side 1. Dette er nærmere redegjort for under i punkt 1.3.4.

<sup>5</sup> Schartum (2021) s. 100.

<sup>6</sup> Artikkkel 29-gruppen (2018) s. 1.

skjønnsutøvelse av en menneskelig saksbehandler. Det finnes stor variasjon mellom automatiserte avgjørelsessystemer, både i form av ulik grad av påvirkning på personer og ulik type teknologi bak datasystemet. Dette medfører utfordringer med å regulere automatiserte avgjørelser på en måte som i tilstrekkelig grad omfatter både variasjonen av utfordringer og det ulike behovet for vern disse utfordringene reiser.<sup>7</sup>

Den mest sentrale rettslige reguleringen av automatiserte avgjørelser og profilering følger av personvernforordningen av 2016<sup>8</sup> (i det følgende «personvernforordningen» eller «forordningen») artikkel 22, som er gjort til norsk rett gjennom lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) jf. § 1. Ordlyden i artikkel 22 nr. 1 er:

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

Det følger av artikkel 22 nr. 1 at «den registrerte» har «rett» til «ikke å være gjenstand for en avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling». Regelen retter seg både mot helt automatiserte avgjørelser og profilering, og inneholder tre vilkår som må være oppfylt for at «den registrerte» skal ha denne «rett[en]».

I oppgaven vil jeg undersøke betydningen av at artikkel 22 nr. 1 ikke er begrenset til kun «avgjørelser» med «rettsvirkninger», men også gjelder «avgjørelser» som oppfyller det alternative vilkåret «[...] eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». I tillegg vil jeg undersøke hva det innebærer at kun avgjørelser som «utelukkende er basert på automatisert behandling» er omfattet av bestemmelsen. Dette vil gjøres gjennom en undersøkelse av bestemmelsens innhold og rekkevidde i lys av de tre vilkårene «avgjørelse», «rettsvirkning eller på tilsvarende måte i betydelig grad» og «utelukkende».

## 1.2 Avgrensninger

Artikkel 22 i forordningen inneholder fire ledd. Det første leddet hjemler, som vist over, en rett for «den registrerte» til å på visse vilkår ikke «være gjenstand for» automatiserte avgjørelser. Vilrårene som må være oppfylt for at denne retten skal aktualiseres er det sentrale for denne oppgaven, og det avgrenses derfor mot øvrige ledd i artikkel 22. Oppgaven er derfor begrenset til behandling av innholdet og rekkevidden i vilrårene «avgjørelse»

---

<sup>7</sup> Almada (2021) s. 1.

<sup>8</sup> Europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. April 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.

«basert utelukkende på automatisert behandling» som har en «rettsvirkning» eller «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende».

Oppgaven avgrenses også mot andre problemstillinger i tilknytning til personvernforordningen artikkel 22. Dette innebærer en avgrensning av oppgaven opp mot flere problemstillinger som krever for omfattende analyser til denne oppgavens omfang. Blant annet avgrenses det mot en redegjørelse av artikkel 22 i sin helhet, behandling av problemstillingen om hvorvidt bestemmelsen er å regne som en rettighet eller et forbud og unntaksvilkårene i artikkel 22 nr. 2.

I tillegg avgrenses det mot annen rettslig regulering av automatiserte avgjørelser og profilering, både i og utenfor EU/EØS-rettslig kontekst. Oppgaven vil heller ikke behandle problemstillinger som berører hvorvidt personvernforordningen harmonerer med Grunnloven, menneskerettighetene eller andre folkerettslige forpliktelser ettersom dette ikke anses å være sentralt for problemstillingene som reises i oppgaven.

Oppgavens sentrale begreper «automatiserte avgjørelser» og «profilering» er begreper som krever en viss analyse og tolkning for å avklares. Begrepene defineres og analyseres derfor i kapittel 2.

### **1.3 Avklaring av sentrale begreper**

#### **1.3.1 Kunstig intelligens og maskinlæring**

Kunstig intelligens er ikke legaldefinert i personvernforordningen. EU-kommisjonen har imidlertid fremsatt et forslag til regelverk om kunstig intelligens (AI act) som inneholder en definisjon av kunstig intelligens i artikkel 3.<sup>9</sup>

«Software, der er utviklet ved hjelp af en eller flere af de i bilag I anførte teknikker og tilgange, og som med henblik på et givet sæt mål, der er fastsat af mennesker, kan generere output såsom indhold, forudsigelser, anbefalinger eller beslutninger, der påvirker de miljøer, de interagerer med»

Denne definisjonen kan tas til inntekt som EUs tolkning og praktiske forståelse av begrepet kunstig intelligens, til tross for at reguleringen ikke er vedtatt og implementert enda. Definisjonen legges i det følgende til grunn som definisjon av kunstig intelligens.

---

<sup>9</sup> COM(2021) 206 art. 3.

### 1.3.2 Den registrerte og personopplysninger

«Den registrerte» er ikke uttrykkelig definert under et eget punkt i personvernforordningen artikkel 4, der sentrale begrep er definert. I artikkel 4 nr. 1 er imidlertid «personopplysninger» definert som «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person («den registrerte»); en identifiserbar fysisk person er en person som direkte eller indirekte kan identifiseres, særlig ved hjelp av en indikator». Det er allment anerkjent at dette implisitt forstås som definisjonen av «den registrerte» i personvernforordningens forstand.

Definisjonen som implisitt følger av artikkel 4 nr. 1 legges i det følgende til grunn for forståelsen av begrepet «den registrerte», og medfører at «den registrerte» i praksis er den personen som det behandles opplysninger om. Ofte sammenfaller «den registrerte» med det som omtales som for eksempel søkeren eller borgeren, i forbindelse med en avgjørelse.

## 1.4 Rettskildebilde og metode

### 1.4.1 Personvernforordningen og EØS-rettslig metode

Den mest sentrale rettskilden for oppgaven er personvernforordningen. Utgangspunktet i norsk rett er at EU-forordninger ikke har direkte virkning før de inkorporeres til norsk rett.<sup>10</sup> Personvernforordningen er inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven § 1, og er følgelig å regne som et vedlegg til EØS-avtalen og gyldig i norsk rett jf. lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven) § 1. Personvernforordningens form som forordning medfører at det foreligger stor grad av likhet i inkorporering av forordningen i de ulike EU- og EØS-landene.<sup>11</sup> Ettersom det forutsettes harmonisering i landene som har implementert forordningen kan blant annet konkrete vurderinger av rettskilder fra land som også har implementert forordningen benyttes til illustrasjon eller ved undersøkelser av enkelte problemstillinger som gjelder norske forhold. Dette til tross for at rettskildene ikke har direkte betydning som rettskilde for norske forhold.

Forordningen erstattet det tidligere personverndirektivet fra 1995 (i det følgende «direktivet» eller «personverndirektivet») som var gjennomført i norsk rett gjennom lov 14 april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.<sup>12</sup> Den tidligere loven ble opphevet ved den nye personopplysningsloven av 2018, i og med implementeringen av forordningen. Forordningen viderefører i stor grad tidligere rett.

---

<sup>10</sup> Se blant annet Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen) artikkel 7.

<sup>11</sup> Europalov (2022).

<sup>12</sup> Direktiv 95/46/EF.

Det følger av EØS-avtalen artikkel 129 nr. 1 at den norske oversettelsen av forordningen ble gitt «samme gyldighet» som de offisielle EU-oversettelsene da den ble kunngjort i «EØS-tillegget til *Den europeiske unions tidende*». Den norske oversettelsen som vedlegg til personopplysningsloven av 2018 er følgelig å regne som en offisiell oversettelse av personvernforordningen og benyttes i det følgende. Der det forekommer øvrige EU-kilder hvor det ikke foreligger offisielle norske oversettelser benyttes de offisielle danske oversettelsene ettersom disse har størst språklig likhet med den norske, og derfor i størst mulig grad samsvarer med den begrepsbruken som for øvrig benyttes i oppgaven.

Oppgavens problemstillinger og problemstillingenes tilknytning til EU og EØS reiser visse metodiske og tolkningsrelaterte utfordringer som avviker fra tradisjonell norsk juridisk metode. Dette har flere metodiske konsekvenser som gir føringer for vekt og relevans av ulike rettskilder og øvrige kilder i oppgaven. Blant annet er det særlig relevant at dersom det foreligger motstrid mellom norsk rett og forordningen, skal forordningen gis forrang jf. personopplysningsloven § 2 fjerde ledd og EØS-loven § 2. Av relevans for oppgaven er det at EU- og EØS-rett generelt skal tolkes i tråd med reguleringens formål. Dette innebærer at ved to tolkningsalternativ som ikke samsvarer, skal det alternativet som i størst grad ivaretar de hensyn personvernforordningen er ment å ivareta, herunder blant annet personvern hensyn og grunnleggende rettigheter, legges til grunn.<sup>13</sup>

Rettstilstanden er preget av at det foreligger få autoritative rettskilder som er egnet til å avklare konkrete problemstillinger tilknyttet både artikkel 22 spesifikt og forordningen generelt. Dette gir få holdepunkter for å fastsette grensedragninger som kan gi anvisning på regelens konkrete virkeområde. Særlig relevant er det at det foreligger lite rettspraksis vedrørende artikkel 22 og automatiserte avgjørelser, både i norsk Høyesterett, lavere instanser, EU-domstolen og annen nasjonal rettspraksis i land som har inkorporert forordningen. Dette medfører visse utfordringer knyttet til eksemplifisering og forståelse av grensedragninger, og det reiser et behov for å bruke andre kilder som er egnet til å avklare uklarheter. Derfor benyttes rettskilder og litteratur som objektivt sett har mindre vekt og relevans enn det for eksempel rettspraksis fra Høyesterett ville hatt. Et eksempel på en slik kilde er fortalen til forordningen.

#### 1.4.2 Fortale til personvernforordningen

Fortalen til forordningen er ikke en autoritativ rettskilde som har tilstrekkelig vekt til å avvike forordningens ordlyd eller prinsipper. Til tross for dette følger det av EØS-rettslig metode at den kan benyttes som et støtteargument for en tolkningsforståelse der ordlyden i forordningen

---

<sup>13</sup> Kommisjonen v. Sverige (33).



er uklar og gir rom for flere tolkningsalternativer.<sup>14</sup> Særlig relevant for denne avhandlingen er personvernforordningens fortalepunkt 71 som redegjør for EUs betraktninger omkring automatiserte avgjørelser og profilering. Fortalepunkt 71 tydeliggjør spesielt de hensyn, betraktninger og formål som ligger bak reguleringen i artikkel 22. Fortalen vil derfor bli brukt som støtteargument i tilfeller der ordlyden i artikkel 22 åpner for flere tolkningsalternativer.

### 1.4.3 Rettspraksis

Som nevnt over er en sentral utfordring ved anvendelse av forordningen generelt og artikkel 22 spesifikt at det foreligger lite norsk rettspraksis som berører området. Hverken norsk Høyesterett, EFTA-domstolen eller annen norsk rettspraksis belyser artikkel 22 spesifikt eller andre problemstillinger innen personvernrettens område som er egnet til å belyse oppgavens problemstillinger. Den europeiske unions domstol (CJEU) har derimot rettspraksis og uttalelser som, til tross for å ikke belyse oppgavens problemstillinger direkte, omhandler automatisert behandling og kan ha en viss relevans for oppgaven. Grunnet mangelen på norsk rettspraksis kan annet lands rettspraksis som angår forordningen få økt vekt ved avklaring av rettsspørsmål også for norsk retts vedkommende. I tillegg vil praksis fra CJEU som berører automatiserte avgjørelser i bredere forstand og som ikke direkte berører oppgavens problemstillinger få noe vekt og relevans i mangel på rettspraksis som nærmere angår problemstillingene.

### 1.4.4 Datatilsynet og andre lands tilsynsmyndigheter

Hvert medlemsland skal ha en tilsynsmyndighet for forordningen jf. forordningen artikkel 51 nr. 1. Rollen som tilsynsmyndighet innebærer et ansvar for å «føre tilsyn med anvendelsen» av forordningen og bidra til «ensartet anvendelse» av forordningen «i hele Unionen» jf. artikkel 51 nr. 1.

Datatilsynet er den norske tilsynsmyndigheten for forordningen. Praksis, uttalelser og rapporter fra Datatilsynet har som følge av rollen som tilsynsmyndighet en særlig relevans og vekt for tolkningen av oppgavens problemstillinger.

Videre kan andre lands tilsynsmyndigheter ha praksis eller retningslinjer som kan være egnet til å illustrere eksempler eller belyse særlige tolkningsspørsmål som kan oppstå ved anvendelse av artikkel 22. Relevansen for disse kildene kan ses i sammenheng med forutsetningen om «ensartet anvendelse». Disse kildene vil derfor benyttes til illustrasjon og

---

<sup>14</sup> Se EØS-avtalen protokoll 1 1. Pkt «[Innledningene] er relevante i den utstrekning de er nødvendige for en riktig fortolkning og anvendelse av rettsaktens bestemmelser innenfor avtalens ramme».

som eksempler i tilfeller der de er egnet til å tilføre noe til oppgavens problemstillinger, til tross for at praksisen eller retningslinjene ikke utgjør en rettskilde som sådan i norsk kontekst.

#### 1.4.5 The European Data Protection Board og Article 29 Working Party Guidelines

Med forordningen kom opprettelsen av The European Data Protection Board (EDPB) jf. forordningen artikkel 68. EDPB er et uavhengig EU-organ jf. artikkel 69 som skal «sikre ensartet anvendelse» av forordningen jf. artikkel 70. EDPB består av representanter fra de nasjonale tilsynsmyndighetene, jf. artikkel 68 nr. 3, og bidrar til ensartet håndtering av reglene gjennom blant annet tolkningsuttalelser som avklarer rettsspørsmål og sikrer ensartet forståelse og anvendelse av forordningen. Til tross for at EDPB ikke selvstendig utgjør en tilsynsmyndighet tillegges organets tolkninger stor vekt, i kraft av blant annet den sterke samlede fagkompetansen og EDPBs rolle som EU-organ. En av EDPBs mest sentrale påvirkningsmetoder er utgivelsen av retningslinjer som ikke er bindende. Disse har som formål å avklare usikkerhet knyttet til rettsspørsmål vedrørende forordningen.

EDPB har ikke utgitt retningslinjer eller offisielle tolkninger som er egnet til å avklare eller tilføre informasjon som berører oppgavens problemstillinger. EDPB har derimot tatt til orde for en videreføring av Artikkel 29-gruppens «Retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679».<sup>15</sup> Artikkel 29-gruppen var «den uavhengige europeiske arbeidsgruppe» som jobbet med «anliggender i forbindelse med beskyttelse av privatlivets fred og personopplysninger» frem til personvernforordningen trådte i kraft.<sup>16</sup> Artikkel 29-gruppen ble ved ikrafttredelsen av personvernforordningen erstattet av EDPB. EDPBs støtte til disse retningslinjene (heretter «tolkningen» eller «retningslinjene») medfører at retningslinjene regnes som å uttrykke EDPBs tolkning, og kan tas til inntekt ved forståelsen av blant annet artikkel 22 nr. 1. Det understrekes likevel at retningslinjene ikke er å regne som en autoritativ rettskilde, men at mangelen på rettspraksis og øvrige avklarende autoritative rettskilder medfører at retningslinjene gis økt relevans for problemstillingene i oppgaven.

#### 1.4.6 Forvaltningspraksis og regler laget for å oppfylle krav til rettslig grunnlag i artikkel 22 nr. 2.

I norsk rett er det flere regler som tilsynelatende er utformet for å sikre rettslig grunnlag etter artikkel 22 nr. 2. Et eksempel er statsborgerforskriften § 13A-3, som hjemler at

---

<sup>15</sup> The European Data Protection Board (2018) s. 1.

<sup>16</sup> European Data Protection Board (u.å.).

«utlendingsdirektoratet kan treffe avgjørelser som utelukkende er basert på automatisert behandling av personopplysninger». Disse hjemlene kan ha en viss rettskildemessig verdi for tolkningen av artikkel 22 i norsk kontekst, særlig gjennom tolkning av bestemmelsenes ordlyd.

Videre kan forvaltningspraksis være en rettskilde som er egnet til å gi uttrykk for konkret grensedragning for reglene i artikkel 22. Særlig praksis fra Datatilsynet kan få relevans, som nevnt over.

#### 1.4.7 Juridisk litteratur

Juridisk litteratur har objektivt sett liten vekt og relevans som rettskilde. Avhandlingen vil likevel benytte juridisk litteratur som støtteargumentasjon for ulike betraktninger og standpunkt vedrørende forståelsen av artikkel 22. Dette begrunnes i mangelen på autoritative rettskilder på rettsområdet som gir øvrige kilder mer relevans og vekt enn de ville hatt dersom det forelå en større tilgang til øvrige autoritative rettskilder, som for eksempel rettspraksis.

### 1.5 Den videre fremstillingen

I kapittel 2 gjennomgås bruksområdet, funksjonen og utfordringer med automatiserte avgjørelser og profilering. Kapittelet skisserer den praktiske bruken av automatiserte avgjørelser, hvilke hovedtyper teknologi som ligger bak disse og hva sammenhengen mellom profilering og automatiserte avgjørelser er. Avslutningsvis gjennomgås visse særutfordringer som kan oppstå ved automatiserte avgjørelser som er basert på kunstig intelligens.

I kapittel 3 gjennomgås personvernforordningen artikkel 22. Kapittelet innledes med en overordnet redegjørelse for regelen, herunder en redegjørelse for artikkelens plassering i forordningen, artikkelens overordnede virkeområde og betraktninger om personvernforordningens øvrige regulering av automatiserte avgjørelser. Kapittelet inneholder også en avklaring av hvorvidt artikkelen forstås som en rettighet eller et forbud i denne oppgaven.

I kapittel 4 behandles først vilkåret «avgjørelse» før de alternative vilkårene «rettsvirkninger for» og «eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende» behandles i separate underkapitler. Kapittel 4 inneholder blant annet en vurdering av hva vilkårene innebærer, hvilke tilfeller som faller inn under disse, hvordan dette vurderes konkret og hva konsekvensen av dette har for bestemmelsens praktiske virkeområde.

I kapittel 5 tolkes, analyseres og vurderes vilkåret «utelukkende er basert på automatisert behandling». Kapittelet innledes med en tolkning av vilkåret i lys av ordlyd, fortale og retningslinjer. Etter dette tolkes vilkåret og ses opp mot ulike situasjoner og utfordringer for å forsøke å fastslå en grensedragning for hva som omfattes av vilkåret og hvordan vilkåret skal vurderes.

Kapittel 6 er et avsluttende kapittel der det knyttes betraktninger til sentrale funn i oppgaven.

## **2 Automatiserte avgjørelser og profilering – funksjon, aktualitet og rettslige utfordringer**

### **2.1 Automatiserte avgjørelser**

Personvernforordningen artikkel 4 om definisjoner inneholder ingen uttrykkelig legaldefinisjon av «automatiserte avgjørelser». I artikkel 22 forstås automatiserte avgjørelser etter ordlyden som avgjørelser «som utelukkende er basert på automatisert behandling». Definisjonen gir liten avklaring av det praktiske virkeområdet for begrepet, men avklarer at det relevante for begrepet «automatisert» er at det «utelukkende» er automatisert, herunder gjelder reguleringen etter ordlyden kun helautomatiserte systemer. Artikkel 29-gruppen tydeliggjør at automatiserte avgjørelser er «evnen til at træffe afgørelser ved teknologiske midler uden menneskelig indgriben». <sup>17</sup>

Det særskilte med automatiserte avgjørelser er at de er et resultat av «the use of technologies to perform tasks that would otherwise require human labour». <sup>18</sup> Det vil si at automatiserte avgjørelser typisk innebærer at et datasystem erstatter en prosess der et menneske ville tatt en avgjørelse. Likevel er dagens datasystemer, selv de som bruker kunstig intelligens, ikke tilstrekkelig komplekse til å fullt ut erstatte menneskelig skjønn og vurderingsevne. Automatiseringen kan derfor enten rette seg mot «the cognitive tasks that provide information about the decision context» eller «the selection of a decision among the possibilities afforded by that context». <sup>19</sup> Dersom avgjørelsen er et resultat av begge disse automatiserte elementene kan det hevdes at avgjørelsen er helautomatisert.

Automatiserte avgjørelser som gjelder personer forutsetter prosessering av personopplysninger og faller derfor innenfor personvernrettens område. Utfordringene knyttet til automatiserte avgjørelser kan ha sammenheng av at avgjørelsene har stor innvirkning på den registrerte, at avgjørelsene forutsetter bruk av den registrertes personopplysninger og at

---

<sup>17</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 8.

<sup>18</sup> Almada (2021) s. 1.

<sup>19</sup> Almada (2021) s. 2.

det automatiserte elementet ved avgjørelsene utelukker menneskelig skjønnsutøvelse som kan bidra til å sikre at grunnleggende rettferdighetshensyn og etiske betraktninger ivaretas.<sup>20</sup>

Et eksempel på en automatisert avgjørelse der disse utfordringene kom på spissen gjaldt automatiserte avgjørelser tatt av selskapet bak den italienske matleveringstjenesten Foodinho. Selskapet benyttet automatiserte avgjørelser til blant annet administrering av sykefravær og ferieavvikling for de omtrent 19 000 ansatte syklistene. Denne saken er godt egnet til å illustrere behovet for menneskelig skjønnsutøvelse og vern om personopplysninger når man behandler sensitive data som sykefravær, og avgjørelser som påvirker den registrertes inntektsgrunnlag og økonomi. Saken endte med at det italienske datatilsynet bøtela Foodinho for blant annet brudd på prinsippet om transparens og manglende tiltak for å sikre de ansatte mot diskriminerende automatiserte avgjørelser.<sup>21</sup>

## 2.2 Profilerings

Profilerings er legaldefinert i personvernforordningen artikkel 4 nr. 4 som «enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner, økonomiske interesser, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser».<sup>22</sup> Artikkel 29-gruppen redegjør for at profilering består av tre elementer. Disse er «en automatisk form for behandling», som «utføres på grunnlag av personopplysninger» og «formålet med profileringen skal være å vurdere personlige forhold vedrørende en fysisk person». Denne definisjonen legges til grunn for forståelsen av begrepet profilering i oppgaven.

Legaldefinisjonen av profilering tydeliggjør den rettslige forståelsen av begrepet, men gir liten anvisning på hva profilering benyttes til og på hvilken måte profilering har relevans for automatiserte avgjørelser. I praksis kan profilering forstås som en prosess som består av analyser av store mengder data, som brukes til å skape «profiler» av mennesker. Disse profilene er egnet til å anta eller forutse noe om et enkeltmenneske. Profileringen kan foretas på bakgrunn av enkle data som kjønn og alder, men også gjøres på bakgrunn av avanserte modeller der mer komplekse data som handlemønster, bruk av sosiale medier eller geografiske loggføringer ligger til grunn for «profilen». Denne informasjonen brukes komparativt opp mot andre profiler, for å kunne oppdage mønster og likhetstrekk i profilene, og dermed predikere valg enkeltmennesket vil ta på bakgrunn av sin profil.

---

<sup>20</sup> Se for eksempel Almada (2021).

<sup>21</sup> Garante per la protezione dei dati personali [Det italienske datatilsynet] (2021).

<sup>22</sup> Forordning 2016/679/EU art. 4 (4).

IB-saken er et eksempel på et tilfelle der profilering reiste personvernrelaterte spørsmål. Grunnet utbruddet av covid-19 kunne avgangselever på det videregående studieprogrammet IB ikke avlegge eksamen som vanlig våren 2020. Studieprogrammet skiller seg fra tradisjonell videregående utdanning ved at eksamenskarakterer utgjør størsteparten av elevenes vitnemål, og det var derfor spesielt viktig for elevene at de fikk avlegge eksamen som vanlig. Ettersom dette ikke lot seg gjøre ble elevenes karakterer bestemt på annen måte, blant annet på bakgrunn av profilering. Det oppsiktsvekkende ved karaktersetningen var at ikke bare egne tidligere resultater lå til grunn for beregningen av enkeltelevens karakter, men også andre tidligere elevers resultater ble tatt i betraktning ved vurderingen. Resultatet var at mange elever fikk dårligere karakterer enn de ville fått dersom kun deres egne tidligere prestasjoner var tatt i betraktning i karaktersetningen. Det norske datatilsynet sendte i august 2020 et varsel om vedtak i saken til IBO, organisasjonen bak utdanningsprogrammet.<sup>23</sup> Saken illustrerer påvirkningen profilering kan ha og viktigheten av at profileringen har sikkerhetsmekanismer som sikrer at personopplysningene behandles på en rettferdig måte.

### **2.3 Sammenhengen mellom automatiserte avgjørelser og profilering**

I Artikkel 29-gruppens retningslinjer tydeliggjøres sammenhengen mellom automatiserte avgjørelser og profilering. Det beskrives at automatiserte avgjørelser har et «anvendelsesområde» som kan «delvis overlappe med eller være resultatet af profilering».<sup>24</sup> Profilering og automatiserte avgjørelser er altså ikke det samme, og hverken automatiserte avgjørelser eller profilering forutsetter at det andre brukes. Profilering kan brukes til påvirkning på andre måter og gjennom andre kanaler enn avgjørelser, for eksempel gjennom skreddersydd annonsering eller en kategorisering av hvilke lånemuligheter en person tilbys, uten at dette nødvendigvis resulterer i en avgjørelse.

Den relevante sammenhengen mellom profilering og automatiserte avgjørelser for oppgaven er at profilering kan benyttes som beslutningsgrunnlag for en automatisert avgjørelse jf. ordlyden i artikkel 22 nr. 1 «herunder profilering». Automatiserte avgjørelser kan likevel også være basert på annen teknologi, som tradisjonelle «HVIS-SÅ»-systemer som nevnt i innledningen. Under redegjøres det for to hovedkategorier av beslutningssystemer som benyttes til automatiserte avgjørelser.

---

<sup>23</sup> Datatilsynet (2020).

<sup>24</sup> Artikkel 29-gruppens vedrørende databeskyttelse, Retningslinjer om automatiske individuelle avgjørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 8.

### 2.3.1 Helautomatiserte beslutningssystemer som er regelbaserte

Helautomatiserte beslutningssystemer som er regelbaserte tar en automatisert avgjørelse basert på hvorvidt en gitt regel er oppfylt. I juridisk kontekst kan dette innebære «automatisk anvendelse av rettsregler utledet av rettskildene».<sup>25</sup> Mer tradisjonelle datasystemer av denne sorten har en transparent og tydelig logikk basert på «HVIS-SÅ»-slutninger, der det er mulig å undersøke hvordan datasystemet kom fram til avgjørelsen, fordi logikken følger et etterprøvbart og forutsigbart system. Disse systemene fungerer ved bruk av målbare vilkår, som systemet kan vurdere om er oppfylt eller ikke. Basert på hvorvidt vilkårene er oppfylt kan datasystemet ta en avgjørelse, uten at det er gjort vurderinger som ligner på de skjønsmessige vurderingene menneskelige saksbehandlere kan ta.

Et eksempel på et slikt datasystem er Lånekassens beslutningssystem som vurderer hvorvidt en søker har rett på stipend. Datasystemet vurderer hvorvidt visse målbare vilkår er oppfylt.<sup>26</sup> Dette kan for eksempel være søkers alder, hvorvidt søker er student og hvorvidt søkers inntekt er innenfor en viss inntektsgrense. De målbare vilkårene følger av regler i lov og forskrift, der blant annet kravene til forsvarlig saksbehandling i forvaltningsloven må følges. Basert på vurderingen av disse vilkårene konkluderer datasystemet med om søkeren har rett på stipend. Dersom en saksbehandler i etterkant skal gjennomgå systemets avgjørelse for å føre kontroll med avgjørelsen, vil det være mulig å undersøke logikken bak avgjørelsen og dermed oppdage eventuelle feil eller avvik i prosessen. Dette skyldes at avgjørelsen er basert på en transparent og forutsigbar algoritme.

Visse helautomatiserte beslutningssystemer som er regelbaserte bruker kunstig intelligens og maskinlæring til å ta avgjørelsen. Disse datasystemene er mer komplekse enn de som bruker mer tradisjonelle metoder, og systemene kan i større grad imitere det som minner om skjønsmessige vurderinger. I realiteten foretar ikke systemet skjønsmessige vurderinger, ettersom et datasystem ikke kan utøve skjønn.<sup>27</sup> Systemet kan derimot være trent på et stort antall tidligere skjønsmessige vurderinger, som systemet kan imitere utfallet av. Logikken bak disse datasystemene er mindre forutsigbare og transparente enn de som benytter tradisjonelle metoder. Dette skyldes blant annet at de sistnevnte systemene kan være under kontinuerlig utvikling fordi den kunstige intelligensen «lærer» av nye data og avgjørelsene systemet har tatt.

---

<sup>25</sup> Schartum (2021) s. 100.

<sup>26</sup> Lånekassen (u.å.).

<sup>27</sup> Schartum (2021) s. 104.

### 2.3.2 Helautomatiserte beslutningssystemer som bruker profilering

Helautomatiserte beslutningssystemer som bruker profilering benytter en profil som grunnlag for å ta avgjørelsen. Profiler, som beskrevet over i punkt 2.1.2, er for disse systemene beslutningsgrunnlaget som benyttes for å ta avgjørelsen. Datasystemet kan i disse tilfellene vurdere hvordan en persons profil passer inn i et mønster av andre profiler, og på bakgrunn av dette ta en avgjørelse. Disse systemene kan både benytte helautomatiserte profileringer og mer manuelle profileringer der det har forekommet menneskelig inngripen.

Datatilsynet publiserte i januar 2022 «Sluttrapport fra sandkasseprosjekt med NAV». Rapporten gjaldt en prediksjonsmodell som kan benyttes til å forutse varigheten på en persons sykefravær.<sup>28</sup> Dette er et eksempel på et beslutningssystem som bruker profilering. I modellen benyttes informasjon som kjønn, postnummer og yrke til å skape en profil. Profilen sammenlignes med andre profiler for å oppdage mønster i likhetstrekkene mellom profilene. På bakgrunn av likheter og ulikheter mellom profilene kan systemet forutse varigheten på en enkeltpersons sykefravær.<sup>29</sup> Rapporten skisserer flere relevante utfordringer ved NAVs modell spesifikt, som også angår profilering som benytter personopplysninger generelt. Dette er blant annet ivaretagelse av hensynene til rettferdighet, åpenhet og forklarbarhet.

## 2.4 Kunstig intelligens og maskinlæring – særlige personvernrettslige utfordringer

Den rettslige aktualiteten til automatiserte avgjørelser kan blant annet ses i sammenheng med utviklingen av mer kompliserte datasystemer, blant annet basert på kunstig intelligens og maskinlæring. Som skissert over medfører disse systemene visse særutfordringer, som særlig er knyttet til for eksempel forklarbarhet og transparens.

Et eksempel på en slik utfordring var aktuell i Loomis-saken i USA. Loomis-saken gjaldt en vurdering av straffutmåling, der blant annet et automatisert system, COMPAS, vurderte risikoen for gjentakelse av lovbruddet. På bakgrunn av dette var det automatiserte systemet sterkt medvirkende til varigheten på fengselsstraffen som ble utmålt. Den straffedømte mente det automatiserte systemet i for stor grad benyttet ikke-relevant informasjon, som hans kjønn, ved vurderingen av risiko for gjentakelse.<sup>30</sup> Systemets såkalte «black box» er en betegnelse på en del av beslutningsprosessen der det automatiserte systemet har en ugjennomsiktig behandling, som ikke er forklarbar eller etterprøvable av en menneskelig saksbehandler.<sup>31</sup> Systemets «black box» gjorde det i denne saken umulig for domstolen å undersøke hvorvidt

---

<sup>28</sup> Datatilsynet (2022).

<sup>29</sup> Datatilsynet (2022).

<sup>30</sup> Harvard Law Review (2017).

<sup>31</sup> Bathaee (2018) s. 891.



kjønn var en sentral del av den automatiserte vurderingen. Loomis-saken gjaldt et beslutningsstøttesystem med stor grad av innvirkning for den registrerte. Saken er godt egnet til å illustrere problematikken som kan oppstå når man legger en anbefaling fra et beslutningsstøttesystem til grunn uten å kunne forklare logikken og bakgrunnen for avgjørelsen. Som eksempelet illustrerer forutsetter reguleringen av moderne og avanserte datasystemer at det tas høyde for problematikk og nye utfordringer som ikke blir aktualisert ved tradisjonelle, regelbaserte avgjørelsessystemer.

Automatiserte avgjørelser og profilering berører og reiser en rekke personvernrelaterte problemstillinger. I forberedelsesstadiet kan det forekomme komparative vurderinger av store mengder personopplysninger, eller såkalt «trening» av kunstig intelligens der personopplysninger benyttes til å trene et datasystem til å oppdage mønster eller likhetstrekk i store mengder data. På avgjørelsesstadiet kan den registrertes personopplysninger benyttes til å ta en avgjørelse. Som illustrert i Datatilsynets sandkasserapport om NAVs prediksjonsmodell er det en «viktig forskjell mellom å benytte opplysninger som allerede inngår i modellen, og å ta i bruk nye opplysninger som ikke brukes i modellen, til å sjekke mot diskriminerende utfall. Det oppstår en spenning mellom personvern og rettferdighet når metoden for å avdekke og motvirke diskriminering fordrer mer behandling av personopplysninger».<sup>32</sup>

I rapporten adresseres en personvernproblematikk i tilknytning til prosjektet som kan betraktes som todelt. Før det første reises personvernspørsmål i tilknytning til det bakenforliggende datasettet som benyttes av modellen til å predikere sykefraværet. I denne forbindelse gjelder personvernspørsmålene data som lagres for å skape og trene modellen, for eksempel data fra tidligere sykemeldte personer som ikke lenger er sykemeldt, og vernet disse personene har rett på. Spørsmål som reises er for eksempel knyttet til behovet for lagringsbegrensning og dataminimering. For det andre reises et nytt sett personvernspørsmål i tilknytning til den personen som får sitt sykefravær prediktert. I denne forbindelse gjelder spørsmålene for eksempel riktighet og formålsbegrensning. Denne doble bruken av personopplysninger og utfordringene i tilknytning til dette er blant annet med på å begrunne artikkel 22s plassering i personvernforordningen.

Det kan likevel tenkes å forekomme utfordringer knyttet til automatiserte avgjørelser som ikke fanges opp av personvernforordningen, til tross for at personvernforordningen ivaretar de personvernrelaterte problemstillinger som reises. Dette kan skyldes at problemstillingene og utfordringene som reises er utenfor det som kan betegnes som personvernrelatert

---

<sup>32</sup> Datatilsynet (2022) s. 4.

problematikk, og for eksempel skyldes risikoutfordringer ved bruk av kunstig intelligens. EU-kommisjonen har foreslått et regelverk om kunstig intelligens, som blant annet adresserer de særlige utfordringene som oppstår der teknologi benytter kunstig intelligens. Det foreslåtte regelverket inneholder en rekke regler som adresserer og regulerer utfordringer ved automatiserte avgjørelser der det benyttes kunstig intelligens, som går utover det virkeområdet personvernforordningen er ment å ivareta.

### **3 Personvernforordningen artikkel 22**

#### **3.1 Oversikt over personvernforordningen artikkel 22**

Personvernforordningen artikkel 22 regulerer «automatiserte individuelle avgjørelser, herunder profilering». Artikkelen er plassert i kapittel III om «Den registrertes rettigheter» og i avsnitt 4 om «rett til å protestere og automatiserte individuelle avgjørelser». En liknende bestemmelse fantes i det tidligere personverndirektivet artikkel 15. Artikkelen består av fire ledd, hvorav nr. 1 er det sentrale for denne oppgaven. Ordlyden i artikkel 22 nr. 1 er:

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

Det følger av ordlyden i artikkel 22 at bestemmelsen regulerer automatiserte avgjørelser og profilering. Hverken tittelen eller ordlyden i selve bestemmelsen legger opp til et skille mellom ulike typer automatiserte avgjørelser, basert på hvilken teknologi som er brukt. Heller ikke rettspraksis, fortale eller andre rettskilder gir anvisning på et slikt skille. Dette kan ses i sammenheng med at hensynet bak regelen er vern av personopplysninger, uavhengig hvilken type teknologi som benyttes. Artikkel 22 er derfor ikke begrenset til kunstig intelligens, og gjelder alle teknologiske løsninger, inkludert for eksempel enklere algoritmer, så lenge vilkårene i artikkel 22 nr. 1 er oppfylt. Et resultat av dette er at regelen omfatter en rekke datasystemer av varierende kompleksitet, som reiser et variert sett med rettsspørsmål og utfordringer. Blant annet reguleres dermed også rene regelbaserte systemer, som blant annet brukes i norsk forvaltning. Herunder er det særlig relevant at det, som vist over i kapittel 2, kan være store forskjeller mellom kompleksiteten i ulike datasystemer.

##### **3.1.1 Personvernforordningens øvrige regulering av automatiserte avgjørelser**

Forordningens saklige virkeområde er blant annet «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger» jf. artikkel 2. Dette medfører at forordningens øvrige rettighetsbestemmelser kommer til anvendelse også for automatiserte avgjørelser. Dette inkluderer blant annet artikkel 15 om den registrertes rett til innsyn i personopplysningene

som behandles, artikkel 16 om rett til retting av uriktige personopplysninger og artikkel 17 om rett til å få personopplysninger om seg selv slettet.

### **3.2 Artikkel 22 – rettighet eller forbud**

Ordlyden «har rett til ikke å være gjenstand» har reist spørsmål om hvorvidt bestemmelsen skal forstås som et forbud eller en rettighet, spesielt grunnet bruken av ordet «rett». Dersom bestemmelsen skal forstås som en rettighet legges det til grunn at den registrerte selv må påberope seg retten til ikke å være gjenstand for automatiserte avgjørelser for å være vernet av bestemmelsen.<sup>33</sup> Dersom bestemmelsen derimot forstås som et forbud er det allment akseptert at den vil innebære et vern om den registrerte uavhengig av om den registrerte selv påberoper seg vernet.<sup>34</sup>

Hvorvidt regelen forstås som et forbud eller en rettighet får konsekvenser for både omfanget av og den praktiske håndhevelsen av regelen. I det følgende legges det til grunn at bestemmelsen er å forstå som et forbud, i tråd med blant annet Artikkel 29-gruppens retningslinjer. Øvrige problemstillinger knyttet til disse problemstillingene faller på siden av oppgavens omfang og vil derfor ikke behandles.

## **4 «Avgjørelse» som har «rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende»**

Dersom «avgjørelsen» har «rettsvirkning» eller på «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende» og er «utelukkende basert på automatisert behandling» er vilkårene i artikkel 22 nr. 1 oppfylt. Det første vilkåret i artikkel 22 nr. 1 er at den automatiserte behandlingen gjelder en «avgjørelse». Dette vilkåret behandles i punkt 4.1. Videre omfattes både avgjørelser som har «rettsvirkning» og avgjørelser som på «tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende» av artikkel 22 nr. 1. Det er tilstrekkelig at ett av disse vilkårene er oppfylt for at «den registrerte» har «rett til ikke å være gjenstand for» avgjørelsen. De alternative vilkårene behandles i henholdsvis punkt 4.2 og 4.3. Vilkåret «utelukkende basert på automatisert behandling» behandles separat i kapittel 5.

### **4.1 Rett til ikke å være gjenstand for en «avgjørelse»**

Vilkåret «avgjørelse» er ikke legaldefinert i personvernforordningen og innholdet i vilkåret avklares heller ikke i personvernforordningens fortale eller av rettspraksis. Ordlyden i vilkåret

---

<sup>33</sup> Se for eksempel «The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22 (1) of the General Data Protection Regulation» av Luca Tosoni.

<sup>34</sup> Se for eksempel Artikkel 29-gruppens retningslinjer side 19 og «The Right not to be Subject to Automated Decisions based on Profiling» av Bygrave og Mendoza side 9.

«avgjørelse» bidrar heller ikke til en tydeliggjøring av vilkårets innhold eller grensedragningen for vilkårets rekkevidde, ettersom innholdet ikke utdypes nærmere.

I en kommentarutgave til personvernforordningen legges det til grunn at vilkåret «avgjørelse» forstås som «a particular attitude or stance is taken towards a person and this 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».<sup>35</sup> Denne tolkningen gir anvisning på at terskelen for at en beslutning skal forstås som en «avgjørelse» i artikkel 22s forstand er at det må tas et standpunkt til en person med en viss grad av bindende effekt. Videre må det være sannsynlig at det blir handlet ut ifra denne avgjørelsen. Rettskildene gir derimot ikke en konkret grensedragning for hvilken grad av bindende effekt avgjørelsen må ha og hva det å «handle ut ifra» i praksis refererer til. En alminnelig tolkning tilsier derimot at dette innebærer at «avgjørelsen» må ha en viss grad av alvorlighet, og at for eksempel hverdagslige avtaler uten rettslig bindende virkning eller sannsynlighet for håndhevelse faller utenfor virkeområdet.

Hverken ordlyd, fortale eller praksis gir en indikasjon på at det stilles formkrav til «avgjørelsen». På bakgrunn av dette legges i det følgende til grunn at vilkåret ikke innskrenkes gjennom formkrav. Det må likevel forutsettes av «avgjørelsen» er så tydelig adskilt fra for eksempel forarbeidet til avgjørelsen, at det er mulig å skille ut hva avgjørelsen er. Ved visse automatiserte avgjørelser kan dette være utfordrende, ettersom forarbeidet til avgjørelsen kan minne om en avgjørelse i seg selv. Spørsmål i tilknytning til dette kom på spissen i sak C-634/21, som ble forelagt CJEU høsten 2021. Saken gjelder spørsmål om hvorvidt automatisk genert kredittscore i seg selv utgjør en «avgjørelse» i artikkel 22 nr. 1s forstand.<sup>36</sup> Saken illustrerer at til tross for at det ikke stilles formkrav til «avgjørelsen», kan det oppstå tolkningsutfordringer tilknyttet hva som faktisk utgjør en «avgjørelse».

At det ikke stilles formkrav til avgjørelsen kan også medføre at beslutninger som ikke har tittelen «avgjørelse» eller liknende, i realiteten kan være en «avgjørelse» i bestemmelsens forstand. For eksempel kan dette gjelde dokumenter som gjennom tittel eller ordlyd gir inntrykk av å være en skisse eller en «plan».<sup>37</sup> Ettersom det ikke stilles formkrav til «avgjørelsen» er det relevante for vurderingen hvorvidt beslutningen har en viss grad av bindende effekt, som det er sannsynlig at det vil bli handlet ut i fra. Så lenge disse vurderingstemaene tilsier at dokumentet er en «avgjørelse», er formen eller tittelen til «avgjørelsen» irrelevant. En rekke beslutninger som ikke er tilsiktet å være «avgjørelser» i

---

<sup>35</sup> Kuner (2021) s. 531.

<sup>36</sup> Se nærmere om saken under i punkt 5.8. CJEU har enda ikke konkludert i saken.

<sup>37</sup> Kuner (2021) s. 532.

bestemmelsens forstand kan derfor omfattes, som blant annet illustrert gjennom sak C-634/21 over.

Etter min vurdering omfatter vilkåret «avgjørelse» en bredde av det som forstås som «avgjørelser» i vanlig språklig forstand. Det avgrenses likevel mot beslutninger som ikke har «en viss grad av bindende effekt» og som ikke «med sannsynlighet vil bli handlet ut i fra». Disse vurderingstemaene åpner for at en rekke «avgjørelser» i dagliglivet omfattes av vilkåret, som for eksempel ansettelsesavtaler, leiekontrakter og offentlige vedtak. Det avgrenses mot avgjørelser av hverdagslig karakter, som for eksempel en sosial avtale. Som kapitlene under viser inneholder artikkel 22 nr. 1 likevel andre vilkår som er egnet til å innskrenke det aktuelle virkeområdet ytterligere, og hvorvidt en beslutning regnes som en «avgjørelse» i bestemmelsens forstand er ikke alene avgjørende for bestemmelsens rekkevidde. Det å vurdere «avgjørelse» i seg selv er derfor ikke tilstrekkelig til å klarlegge innholdet i vilkåret. Grensedragningen for vilkåret avhenger av kriteriene som gjennomgås i punkt 4.2 og 4.3. Derfor kan det stilles spørsmål ved hvorvidt det er nødvendig å ha en klarlagt oppfatning av vilkåret «avgjørelse» isolert sett.

#### **4.2 Avgjørelse som har «rettsvirkning»**

Det første alternative vilkåret er at avgjørelsen har «rettsvirkning». Vilket er ikke legaldefinert i forordningen og det gis heller ikke anvisning på hvilken rekkevidde vilkåret har i fortalen til forordningen eller i rettspraksis. Vurderingen baseres i det følgende på en ordlydstolkning av bestemmelsen holdt opp mot Artikkel 29-gruppens retningslinjer. En ren ordlydstolkning tilsier at vilkåret «rettsvirkning» omhandler avgjørelser som påvirker «den registrertes» rettsstilling. Ettersom forordningen gjelder all behandling av personopplysninger uavhengig av sektor legges det til grunn at «rettsvirkning» gjelder både offentlige og private avgjørelser som har «rettsvirkning» for «den registrerte».

Det følger av Artikkel 29-gruppens retningslinjer at avgjørelsen har rettsvirkning dersom den «[...]berører en persons juridiske rettigheter såsom foreningsfriheten, retten til at stemme ved et valg eller anlegge søgsmål.» Det er likevel ikke uttalt at terskelen for hva som utgjør en «rettsvirkning» samsvarer med slike grunnleggende rettigheter, noe som understrekes av at også kontraktsrettslige rettigheter kan omfattes jf. uttalelsen i retningslinjene «en rettsvirkning kan også være noget, der påvirker en persons retlige status eller rettigheter i henhold til en kontrakt».<sup>38</sup> Retningslinjenes formulering om at en rettsvirkning kan være noe som «påvirker en persons rettslige status» illustrerer likevel samlet sett en høy terskel for hva som omfattes av «rettsvirkning». Dette understrekes også av at det i retningslinjene spesifiseres at «det

---

<sup>38</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 22.

fremgår klart af ordlyden, at det kun er alvorlige virkninger som vil være omfattet af artikkel 22». <sup>39</sup>

Det følger av alminnelig tolkning at offentlige vedtak, som definert i lov om behandlingssmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 2 som «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private enkeltpersoner» er omfattet av vilkåret «rettsvirkning». Denne forståelsen samsvarer også med retningslinjenes formulering av at en «rettsvirkning» er noe som «berører en persons juridiske rettigheter», noe vedtak i forvaltningslovens forstand gjør. Forståelsen underbygges også av at det i norsk rett tilsynelatende er flere hjemler som har blitt til for å sikre det rettslige grunnlaget som stilles for bruken av automatiserte avgjørelser i artikkel 22 nr. 2 bokstav b. Hjemlene retter seg mot krav til gjennomføringen av automatiserte avgjørelser i offentlig forvaltning. En forutsetning for at det foreligger et slikt hjemmelskrav for disse bestemmelsene er at vedtak tatt på bakgrunn av bestemmelsene har «rettsvirkning» i artikkel 22 nr. 1s forstand. Hjemlene inkluderer blant annet vedtak etter NAV-loven § 4a annet ledd<sup>40</sup> og statsborgerforskriften §13A-3, som stiller krav til blant annet forsvarlig saksbehandling ved bruk av automatisert behandling til å ta avgjørelser i forbindelse med vedtak fra NAV og vedtak om statsborgerskap fra UDI.

Vilkåret avgrenses derimot mot forvaltningens beslutninger som ikke er formelle vedtak. Dette innebærer at ikke alle beslutninger som tas av forvaltningen når opp til terskelen for «rettsvirkning». Dette kan også ses i sammenheng med vilkåret «avgjørelse», som redegjort for over. Dersom en forvaltningsbeslutning ikke når opp til terskelen for en «avgjørelse» i artikkel 22 nr. 1s forstand, vil den heller ikke være en «avgjørelse» med «rettsvirkning». I praksis medfører dette at det må vurderes konkret hvorvidt en beslutning fra forvaltningen er et vedtak som har «rettsvirkning» i artikkel 22 nr. 1s forstand. At en beslutning er tatt av forvaltningen medfører dermed ikke per automatikk at beslutningen har «rettsvirkning» for den registrerte.

Artikkel 29-gruppens retningslinjer gir anvisning på at begrepet «rettsvirkning» også omfatter privatrettslige forhold som når opp til terskelen for «alvorlige virkninger», som for eksempel «rettigheter i henhold til en kontrakt». <sup>41</sup> Det spesifiseres at dette for eksempel kan gjelde «annullering af en kontrakt». Retningslinjene gir derimot anvisning på at det må foreligge et visst nivå av «alvorlige virkninger» for at dette skal være aktuelt. Et eksempel på en kontrakt

---

<sup>39</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 22.

<sup>40</sup> Lov 16 juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsforvaltningsloven) [NAV-loven] § 4a annet ledd.

<sup>41</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 22.

som kan «berøre en persons juridiske rettigheter» kan for eksempel være en arbeidskontrakt. I denne situasjonen kan annulleringen av kontrakten «berøre» de «juridiske rettighetene» til «den registrerte». Til tross for at retningslinjene kun nevner annullering av en kontrakt som eksempel, kan det stilles spørsmål ved hvilke andre «rettigheter i henhold til en kontrakt» som omfattes. En arbeidskontrakt er en gjensidig forpliktelse, der det kan tenkes at også andre rettigheter er avgjørelser med «rettsvirkning». For eksempel kan det stilles spørsmål ved om selve inngåelsen av arbeidskontrakten eller en lønnsendring kan være en avgjørelse med «rettsvirkning» i artikkel 22s forstand.

Den konkrete grensdragningen for hvilke kontraktrettslige og øvrige forhold som på generell basis omfattes av vilkåret «rettsvirkninger» er etter min vurdering mindre relevant. Dette skyldes at det alternative vilkåret «på tilsvarende måte i betydelig grad» utvider virkeområdet til å også omfatte tilfeller som ikke omhandler rettsvirkninger. Grensdragningen er derfor av praktisk mindre betydning. I realiteten vil det relevante for den registrerte være hvorvidt vedkommende er vernet av artikkel 22 nr. 1 eller ikke, og det er da i praksis mindre relevant hvilket av de to alternative vilkårene den konkrete avgjørelsen omfattes av.

#### **4.3 Avgjørelser som «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende»**

Ordlyden i det andre alternative vilkåret er avgjørelser som «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Dette vilkåret er heller ikke legaldefinert i forordningen og blir heller ikke ytterligere belyst av fortalen til forordningen. Det relevante for vurderingen er derfor en vurdering av bestemmelsens ordlyd og hensyn bak regelen holdt opp mot Artikkel 29-gruppens retningslinjer og relevant praksis.

Ordlyden «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende» gir anvisning på at det relevante er hvorvidt avgjørelsen påvirker «den registrerte» på samme nivå av «betydelighet» som en «rettsvirkning» i artikkel 22s forstand. Vilkåret skiller seg noe fra formuleringen i sin forgjenger, personverndirektivet artikkel 15. I direktivet var det ingen kobling mellom «betydelig» og «rettsvirkninger». Tilføyelsen av «på tilsvarende måte» i forordningen artikkel 22 lenker i større grad sammen de alternative vilkårene, og kan tas til inntekt for at terskelen for «betydelig» er ment å speile den samme terskelen som for «rettsvirkning». Sammenkoblingen mellom de to vilkårene kan også tas til inntekt for at vilkåret «betydelig» retter seg mot mer enn ren emosjonell påvirkning, ettersom dette ikke påvirker «på tilsvarende måte» som en «rettsvirkning».<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> Kuner (2021) s. 534.

Det følger av Artikkel 29-gruppens retningslinjer at «virkningene» skal være «tilstrøkkelig betydelig eller viktige for at bli taget i betraktning». Videre spesifiseres det at «avgjørelsen» potensielt skal «betydelig påvirke den pågældendes situasjon, adferd eller valg», «have langvarig eller permanent indvirkning på den registrerede» eller «medføre udelukkelse eller forskelsbehandling af enkeltpersoner i de mest ekstreme tilfælde».<sup>43</sup> Denne forståelsen innbyr til en konkret vurdering av den enkelte avgjørelsen og vektning av om en samlet vurdering tilsier at terskelen er nådd. Særlig synes graden av påvirkning og varigheten av innvirkningen på «den registrerte» å være av relevans for vurderingen, jf. begrepsbruken «betydelig påvirke», «ekstreme tilfælde» og «langvarig eller permanent indvirkning».

Videre bemerkes det av Artikkel 29-gruppen at det kan være vanskelig å trekke en klar grense for hva som når opp til terskelen for «betydelig». Det spesifiseres likevel at visse tilfeller, som påvirkning av økonomisk situasjon, adgang til helsetjenester, utelukkelse av arbeidsmuligheter og påvirkning på tilgang til utdanning, kan være avgjørelser der terskelen for «betydelig» er oppnådd. Felles for disse tilfellene er at det gjelder avgjørelser som er av særlig stor betydning for den registrertes livssituasjon. En konsekvens av at det er betydningen for «den registrerte» som legges til grunn for vurderingen, er at avgjørelsens art får liten betydning for vurderingen. Vilkåret kan dermed tenkes å fange opp tilfeller som ikke regnes for å ha direkte «rettsvirkning», men likevel oppleves som like «betydelig» for «den registrerte». Det kan reises spørsmål med om dette medfører et mindre behov for å skille klart mellom de alternative vilkårene.

Vilkåret åpner etter dette for at avgjørelser som ikke har rettsvirkning omfattes av bestemmelsen. Terskelen for at det alternative vilkåret er oppnådd er likevel tilsvarende som ved rettsvirkninger. Dette medfører at bestemmelsens virkeområde fortsatt er begrenset til å omhandle avgjørelser som har en stor grad av betydning for individet, til tross for at avgjørelsens art er av mindre relevans. Et eksempel som trekkes fram i fortalepunkt 71 er «automatisk avslag på en søknad om kreditt på internett». Retningslinjene stiller opp et eksempel som illustrerer hvordan dette kan foregå. Eksempelet viser til reduksjon av en kundes kredittkortgrense basert på automatisert behandling. I disse tilfellene kan avgjørelsen være tatt uten å basere seg på den aktuelle kundens historikk, men på andre kriterier som for eksempel en analyse av kunder med bostedsadresse i kundens nærområde. Dette vil innebære en påvirkning av den enkelte kundens rettigheter, uten at det er kunden selv som er vurdert. I denne situasjonen vil avgjørelsen være så «betydelig» at den kan likestilles med en

---

<sup>43</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 23.



«rettsvirkning», og den vil følgelig kunne nå opp til terskelen for vilkåret «på tilsvarende måte i betydelig grad».<sup>44</sup>

Videre fremgår det av fortalepunkt 71 at «e-rekruttering uten menneskelig inngripen» er et annet eksempel på en type avgjørelse som kan nå opp til terskelen for «betydelig». En slik avgjørelse kom på spissen i sak C-053 der Amazon ble klaget inn for datatilsynet i Luxembourg. Innklager var NOYB – European Center for Digital Rights, en østerriksk non-profit organisasjon som har som formål å løfte ulike personvernrelaterte rettsspørsmål for tilsynsmyndigheter i europeiske land.<sup>45</sup> Saken er enda ikke avgjort, og gjelder Amazons bruk av automatiserte avgjørelser til å akseptere eller avvise jobbsøkere, der arbeiderne ikke fikk innsyn i kriteriene bak den automatiserte avgjørelsen eller mulighet til å utfordre den. Det ble anført at avgjørelsen hadde betydelig innvirkning på klager, med henvisning til retningslinjene der «avgjørelser, hvorved en person udelukkes fra en beskæftigelsesmulighet eller står betydelig svagere» eksplisitt er nevnt som eksempel på en situasjon der vilkåret kan være oppfylt.<sup>46</sup>

Felles for de to nevnte eksemplene er at det gjelder «avgjørelser» som har en stor innvirkning på «den registrertes» liv, i form av påvirkning på økonomi eller arbeidsmulighet. Eksemplene er derfor godt egnet til å illustrere den gruppen avgjørelser som faller utenfor virkeområdet til vilkåret «rettsvirkninger», men likevel har en slik alvorlighetsgrad eller betydning for den registrerte at det foreligger et tilsvarende behov for vern mot automatisering som for avgjørelser som gjelder «rettsvirkninger».

Terskelen for vilkåret «betydelig» kan likevel gjelde andre situasjoner enn påvirkning av økonomi eller arbeidsmulighet. Som nevnt i retningslinjene kan for eksempel avgjørelser som påvirker en persons adgang til helsetjenester eller opptak til utdanning falle innenfor bestemmelsens virkeområde. IB-saken er et eksempel på en sak der Datatilsynet vurderte en avgjørelse om karaktersetning på bakgrunn av profilering som en «avgjørelse» som «på tilsvarende måte i betydelig grad» påvirker den registrerte.<sup>47</sup> Eksemplene over er derfor ikke en uttømmende liste over tilfeller som kan tenkes å oppfylle vilkåret. Artikkel 29-gruppen bemerker at «det er vanskelig å præcisere, hvad der vil blive anset for at være tilstrækkeligt *betydeligt* til at opfylde tærsklen». Det relevante for vurderingen er at «virkningene af behandlingen [skal] være tilstrækkeligt betydelige eller vigtige for at blive taget i betragtning». Retningslinjenes typetilfeller kan dermed ikke tas til inntekt som annet enn

---

<sup>44</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 23.

<sup>45</sup> NOYB (u.å.).

<sup>46</sup> NOYB (2021).

<sup>47</sup> Datatilsynet (2020).

eksempler på situasjoner som kan tenkes omfattet av vilkåret. Samlet sett gir retningslinjene etter min vurdering anvisning på en skjønnsmessig vurdering basert på vage kriterier, som ikke gir en tydelig grensedrøgning for vilkårets rekkevidde.

Retningslinjenes liste over tilfeller som kan tenkes å nå terskelen for «betydelig» samsvarer derimot i stor grad med listen over hva som betegnes som såkalt «højrisko-AI-systemer» i EUs foreslåtte regelverk om kunstig intelligens.<sup>48</sup> For eksempel er både arbeids- og utdanningsmuligheter nevnt i begge listene. Hverken ordlyden i artikkel 22, fortalen eller retningslinjene gir særlig veiledning for bakgrunnen for disse eksemplene. I fortalen til det foreslåtte regelverket om kunstig intelligens begrunnes derimot klassifiseringen av utdanning som højrisko med at «de kan afgøre menneskers uddannelsesmæssige og arbejdsmæssige livsforløb og dermed påvirke deres evne til at sikre sig et livsgrundlag». Hva angår arbeidsmuligheter begrunnes dette med at systemene kan «påvirke menneskers fremtidige karrieremuligheder og livsgrundlag betydeligt». Felles for disse begrunnelsene er at påvirkningen systemene har på individets «livsgrundlag» tas i betraktning. Ordlyden «livsgrundlag» gir uttrykk for at utdannings- og arbeidsmuligheter forstås som en sentral del av individets liv, og begrunnelsene ligner langt på vei på de hensyn som Artikkel 29-gruppen skisserer ved vurderingen av vilkåret «betydelig» i sine retningslinjer.

Det kan stilles spørsmål ved om likhetene mellom de ulike regelverkene kan tilsi at eksemplene som fremgår av det foreslåtte regelverket om kunstig intelligens kan anses som avgjørelser som er «betydelig» i artikkel 22s forstand. Dersom denne forståelsen legges til grunn er det relevante at vilkåret «betydelig» i stor grad samsvarer med det som etter det foreslåtte regelverket betegnes som «højrisko». Legges det til grunn at terskelen for disse vilkårene og hensynene bak i tilstrekkelig grad samsvarer, kan det tenkes at situasjonene kan være en rettesnor for EUs overordnede tilnærming til hva som kan oppnå terskelen til vilkåret «betydelig».

#### 4.3.1 Grensetilfelle – målrettet annonsering

Et grensetilfelle for den prinsipielle anvendelsen av vilkåret «på tilsvarende måte i betydelig grad» er spørsmålet om hvorvidt det finnes tilfeller det målrettet annonsering i seg selv er en «avgjørelse» som «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker».<sup>49</sup> Målrettet annonsering benyttes i stadig større grad og har udiskutabelt stor innvirkning på for eksempel individers handlemønster. Det kan argumenteres for at denne påvirkningskraften i seg selv medfører et behov for vern og regulering, både av personvern hensyn og for å verne om andre rettigheter.

---

<sup>48</sup> COM(2021) 206 art. 6 og bilag III.

<sup>49</sup> Veale (2018) s. 401.

Til tross for dette er målrettet annonsering en prosess der det er vanskelig å skille ut en spesifikk «avgjørelse», som er et vilkår for anvendelse av artikkel 22. Det aktuelle og omfattende med målrettet annonsering at det forekommer en gjentatt og varig eksponering, som ikke kan betegnes som en konkret «avgjørelse». Det er nettopp gjentakelsen som kan lede til potensiell påvirkning av «den registrerte». Dersom man ser på den enkelte avgjørelsen vil denne derfor neppe oppnå terskelen for vilkåret «betydelig», det er først når mange avgjørelser og annonser ses i sammenheng at vilkåret kan tenkes oppfylt. Dette medfører en viss kompleksitet som gjør at annonsering, til tross for å falle innenfor det rettsområdet og de hensynene artikkel 22 er ment å verne om, likevel potensielt faller utenfor bestemmelsens rekkevidde.

Problemstillingen er ikke adressert i forordningen, fortalen eller rettspraksis. Artikkel 29-gruppen har derimot adressert problemstillingen i sine retningslinjer. Det følger av retningslinjene at dersom profileringen i annonseringen retter seg mot enkle demografiske faktorer, som for eksempel kjønn, alder eller by, vil det ikke ha en slik «betydelig påvirkning» på «enkelpersoner» at det oppfylder terskelen i artikkel 22. Det åpnes derimot for at det unntaksvis kan tenkes tilfeller der profileringen likevel når opp til terskelen. Dette kan for eksempel gjelde måten annonseringen gjøres på, sårbarheten til individet eller forventningene og ønskene til individene det gjelder.<sup>50</sup> Uttalelsen går ikke inn i en kompleks vurdering av hvorvidt den enkelte avgjørelsen eller helheten er det relevante for vurderingen, men det er likevel interessant at det prinsipielt åpnes for at annonsering kan tenkes omfattet av bestemmelsen. Artikkel 29-gruppens retningslinjer gir likevel samlet sett inntrykk av at det er en høy terskel der det må formodes at annonsering kun unntaksvis omfattes.

I artikkelen «Clarity, surprises, and further questions in the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling» peker artikkelforfatterne Edwards & Veal i en kommentar til Artikkel 29-gruppens retningslinjer på at bakgrunnen for annonseringen kan påvirke vurderingen av hvorvidt vilkåret «betydelig» er oppfylt. I artikkelen vurderes målrettet annonsering der individet eksponeres for annonseringen på bakgrunn av opptak av individets samtaler som mer «betydelig» enn målrettet annonsering der eksponeringen er et resultat av profilering basert på tekst. Denne forståelsen flytter vurderingen av vilkåret «betydelig» fra hvorvidt avgjørelsen «på tilsvarende måte i betydelig grad» påvirker vedkommende, til hvorvidt bakgrunnen for avgjørelsen «på tilsvarende måte i betydelig grad» påvirker vedkommende. Tidspunktet og gjenstanden for vurderingen er da en annen, og det kan stilles spørsmål ved om dette er i tråd med bestemmelsens ordlyd.

---

<sup>50</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 23.

Etter min mening er denne vurderingen på siden av det ordlyden i bestemmelsen legger opp til. Vilåret «betydelig» er en del av den større vurderingen av hvorvidt «avgjørelsen» «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende». Ordlyden «tilsvarende» viser til det alternative vilåret «rettsvirkning». Dersom Edwards & Veales vurderingstema legges til grunn, knyttes vurderingen av vilåret «betydelig» opp mot metoden for innsamling av informasjon i forkant av «avgjørelsen», ikke hvorvidt «avgjørelsen» i seg selv er så «betydelig» at den tilsvarer en «rettsvirkning». Min vurdering er derfor at artikkelforfatternes vurderingstema ikke fanger opp helheten og samspillet med de øvrige vilkårene i bestemmelsen.

Artikkelforfatterne belyser videre problematikk relatert til målrettet annonsering som for eksempel anses umoralsk eller uetisk. Forfatterne peker på at «usmakelig» eller umoralsk målrettet annonsering ikke nødvendigvis innebærer at vilåret «betydelig» er oppfylt i artikkel 22s forstand. Et eksempel som brukes er at det å «rette annonsering om brekningsmidler mot anorektikere er usmakelig praksis», men det kan stilles spørsmål ved om det egentlig gjør avgjørelsen mer «betydningsfull», eller bare mer «ubehagelig».<sup>51</sup> Som eksempelet fra Edwards & Veal indikerer, fanger ikke ordlyden «på tilsvarende måte i betydelig grad» nødvendigvis opp alle tilfeller der en moralsk og etisk vurdering vil tilsi at det er behov for vern mot den målrettede annonseringen.

Eksempelene over er etter min mening godt egnet til å illustrere at et samfunnsmessig ønske om regulering ikke nødvendigvis medfører at vilkårene i bestemmelsen er oppfylt. Både automatiserte avgjørelser og målrettet annonsering berører utfordringer tilknyttet automatisering og behandling av personopplysninger. Isolert sett kan dette tilsi at behovet for regulering kan være det samme, og at begge tilfellene derfor bør omfattes av artikkel 22 nr. 1. Likevel er vilkårene i bestemmelsen ikke formulert slik at de per automatikk omfatter målrettet annonsering, med mindre det er tale om en slik unntakssituasjon som skissert i retningslinjene. Dette tilsier at rene etiske betraktninger ikke kan tillegges en slik vekt at man kan se bort fra bestemmelsens ordlyd.

#### 4.3.2 Vurderingen av «betydelig» - potensiell eller faktisk

Til tross for at ordlyden i artikkel 22 oppstiller vilåret «betydelig» som vurderingstema, gis det ikke anvisning på hvilken kontekst eller hvilket tidspunkt hvorvidt «avgjørelsen» er «betydelig» skal vurderes ut fra. Det kan tenkes flere måter å vurdere vilåret «betydelig» på. Enten kan vilåret «betydelig» vurderes ut fra den faktiske betydningen avgjørelsen har for

---

<sup>51</sup> Veale (2018) s. 401.

den registrerte i den spesifikke saken. Denne forståelsen gir ikke rom for hypotetiske betraktninger og gir anvisning på en vurdering som kan gjøres først i etterkant av en faktisk avgjørelse, fordi det først da er mulig å vurdere den faktiske «betydeligheten». Det andre alternativet er å vurdere vilkåret ut fra hvorvidt avgjørelsen potensielt kan være «betydelig». Den sistnevnte forståelsen åpner for en vurdering som gjøres i forkant av avgjørelsen, der vurderingen er begrenset til hypotetiske betraktninger om hvorvidt avgjørelsen har en «betydelig» grad av påvirkning.

Binns & Veal har drøftet innvirkningen denne distinksjonen har for rekkevidden til vilkåret «betydelig» og hvordan ulike forståelser av vilkåret kan lede til ulik anvendelse av bestemmelsen.<sup>52</sup> Dersom vilkåret skal vurderes ut fra hvorvidt avgjørelsen potensielt kan ha «betydelig» påvirkning, peker artikkelforfatterne på at vurderingen har potensiale til å omfatte helhetlige avgjørelsessystem som sådan, framfor enkeltavgjørelser. Dette skyldes at langt flere situasjoner vil falle inn under potensielle scenarier der beslutningen kan være «betydelig», fordi vurderingen ikke snevres inn til det faktiske resultatet eller en vurdering av den konkrete «registrerte» sin situasjon. Vurderingen må i disse tilfellene ta hensyn til samtlige potensielle virkninger som hypotetisk sett kan oppstå. I kontrast til dette er vurderinger der det er den realiserte betydningen som er avgjørende. I disse tilfellene får bare de faktisk realiserte konsekvensene av avgjørelsen for «den registrerte», og betydningen av dette, relevans for vurderingen av hvorvidt vilkåret «betydelig» er oppfylt. De ulike løsningene kan i praksis innebære svært ulike vurderinger, og det er derfor viktig at det foreligger klarhet og forutsigbarhet i hvilke momenter, tidspunkt og vurderingstema som inngår i vilkåret.

Som påpekt av artikkelforfatterne har begge perspektivene en viss forankring i rettskildene. Fortalepunkt 71 omtaler automatiserte avgjørelser og profilering, og nevner blant annet tilfeller der en kredittsøknad avslås. Vurderingstema for dette tilfellet retter seg mot den faktiske konsekvensen av den konkrete avgjørelsen, og hvorvidt dette oppfyller terskelen til «betydelig» i artikkel 22. Et eksempel der vilkåret «betydelig» forstås på denne måten vil være at avgjørelsen om avslått kredittsøknad vurderes på bakgrunn av den enkelte kredittsøkerens situasjon og hvilke konsekvenser avslaget fikk for den enkelte søkeren. Her er vurderingen knyttet til den registrertes situasjon, og momenter som inngår kan være for eksempel størrelsen på kredittsøknaden holdt opp mot den registrertes øvrige økonomiske situasjon. Vurderingen av «betydelighet» vil i disse situasjonene kunne variere stort for ulike søkere, for eksempel grunnet ulik økonomisk situasjon.

---

<sup>52</sup> Binns (2021) s. 327.

Vurderingen som tar utgangspunkt i potensiell «betydelighet» kan også hevdes å ha dekning i noen av forordningens øvrige regler. Artikkel 13 og 14, som gjelder den registrertes innsynsrett forutsetter for eksempel en vurdering av hvorvidt artikkel 22 kommer til anvendelse allerede før avgjørelsen tas. Dette kan utledes av at innsynsretten oppstiller plikter for den menneskelige saksbehandleren allerede før avgjørelsen tas. For at denne plikten skal oppfylles må den bero på en vurdering av hvorvidt vilkåret «betydelig» er oppfylt, allerede før avgjørelsen er tatt. Dermed gjennomføres vurderingen før det er mulig å vurdere hvorvidt avgjørelsen reelt vil ha en slik «betydelighet» for den registrerte at den når opp til terskelen. I disse tilfellene vil man være henvist til en vurdering av potensielle konsekvenser og hvorvidt disse er å regne som betydelige i artikkel 22s forstand, uavhengig av faktisk innvirkning på «den registrerte».

Binns & Veale konkluderer i sin artikkel med at det er tilnærmingen der det vurderes om det potensielt er «betydelig» som er mest hensiktsmessig. I artikkelen konkretiserer de vurderingstemaet til en vurdering av om det er «reasonably foreseeable as such for some individuals who would be subject to it». Dersom det er «reasonably foreseeable» at «avgjørelsen» vil oppfylle vilkåret «betydelig» skal det etter artikkelforfatternes konklusjon anses som at terskelen for «betydelig» er oppfylt.<sup>53</sup>

Etter min mening avklares problematikken likevel ikke fullt ut av denne løsningen. Vurderingstemaet som oppstilles reiser nye tolkningsspørsmål, og etter min mening klarlegges det ikke fullt ut hva som skal være relevant for vurderingen av «reasonably foreseeable». Vi kan stille spørsmål ved hvordan selve vurderingen av «reasonably foreseeable as such for some individuals who would be subject to it» i praksis skal gjennomføres. For eksempel er hva som regnes som «reasonably foreseeable» etter min vurdering et uklart vurderingstema der det er uklart både hva som skal være grensdragningene for «reasonably foreseeable» og hvilket perspektiv som skal inntas ved vurderingen. I tillegg kan vi stille spørsmål ved hvorvidt vurderingstemaet som oppstilles ikke fullt ut samsvarer med vurderingstemaet i bestemmelsen, ettersom det kan tenkes at det kan forekomme klart «betydelige» innvirkninger for «den registrerte», som likevel ikke var «reasonably foreseeable». Der slike situasjoner oppstår kan det hevdes at vurderingstemaet fra Binns & Veale ikke fullt ut fanger opp helheten i vilkåret «betydelig».

---

<sup>53</sup> Binns (2021) s. 327.

## **5 «Utelukkende [...] basert på automatisert behandling»**

### **5.1 Ordlyd og fortale**

Artikkel 22 regulerer automatiserte avgjørelser og profilering, men er begrenset til «avgjørelse[r] som utelukkende er basert på automatisert behandling». Grensedragningen for hva som regnes som «utelukkende» er ikke redegjort for i artikkel 22. Ordlyden alene gir anvisning på en forståelse der avgjørelser som kun er delvis automatiserte faller utenfor bestemmelsens virkeområde. Dette underbygges av fortalepunkt 71 til forordningen der automatiserte avgjørelser beskrives som avgjørelser som «fullt ut bygger på automatisert behandling». Avgjørelser som kun delvis er basert på automatisert behandling faller grunnet denne avgrensningen utenfor bestemmelsens virkeområde. Dette innebærer at mange typer automatisert behandling ikke vil være særskilt regulert i forordningen. Vilkåret om at avgjørelsen «utelukkende» skal være automatisert medfører dermed en betydelig innskrenking i regelens rekkevidde.<sup>54</sup>

Vilkåret «utelukkende» skiller overordnet mellom avgjørelser som er helautomatiserte og delautomatiserte. En ren ordlydstolking kan tilsi at vilkåret «utelukkende» avgrenser mot systemer der det forekommer et brudd med automatiseringen, gjennom for eksempel menneskelig inngripen eller et annet element som kan betegnes som ikke-automatisert. Dette i kontrast til automatiserte systemer der det ikke forekommer et brudd med det automatiserte, og avgjørelsen dermed er «utelukkende» basert på automatisert behandling.

Det kan stilles spørsmål ved om visse datasystemer tar automatiserte avgjørelser som utfordrer begrepsforståelsen til vilkåret «utelukkende». For eksempel kan dette gjelde systemer som har et ikke-automatisert element, for eksempel en menneskelig saksbehandler som fører kontroll med systemet, som i liten grad motsetter seg den automatiserte behandlingen. Hvorvidt dette ikke-automatiserte elementet er tilstrekkelig til at avgjørelsen ikke «utelukkende» er basert på automatisert behandling, gis det liten anvisning på i ordlyden til artikkel 22 og i fortalen. Det foreligger heller ikke rettspraksis som bidrar til å avklare disse spørsmålene. Dette gjør at det kan oppstå tilfeller der det er tvil om hvorvidt avgjørelsen er «utelukkende» automatisert i artikkel 22s forstand.

### **5.2 Grensedragning i lys av Artikkel 29-gruppens tolkning**

Artikkel 29-gruppen har i sine retningslinjer redegjort for innholdet i vilkåret. Det følger av retningslinjene at «hvis en person gjennomgår og tager hensyn til andre faktorer i forbindelse

---

<sup>54</sup> Se for eksempel «Jus og digitalisering» av Dag Schartum side 100, «Automation bias in medicine: The influence of automated diagnoses on interpreter accuracy and uncertainty when reading electrocardiograms» og Datatilsynets «Sluttrapport fra sandkasseprosjektet med NAV».

med den endelige avgjørelse, vil denne avgjørelse ikke «alene være basert» på automatisk behandling».<sup>55</sup> Videre spesifiseres det at den behandlingsansvarlige ikke kan omgå reglene ved å dikte opp menneskelig inngripen, og at rutinemessig automatiserte genererte beslutninger «uten reell innflytelse på resultatet» vil være en avgjørelse basert på automatisert behandling.

Retningslinjene åpner for at det kan forekomme tilfeller der det foreligger menneskelig inngripen på et tidspunkt i prosessen, men avgjørelsen likevel anses for å være «utelukkende» automatisert i artikkel 22s forstand. Med dette gir retningslinjene anvisning på at det relevante tolkningsmomentet er hvorvidt den menneskelige inngripen, eller det ikke-automatiserte elementet, har en «reell innflytelse på resultatet». Det relevante er at «en person gjennomgår og tager hensyn til andre faktorer i forbindelse med den endelige avgjørelse». Det må altså forekomme en reell form for kontroll med og vurdering av avgjørelsen. Datatilsynet legger til grunn det tilsvarende vurderingstemaet «reell innvirknad»,<sup>56</sup> som i stor grad samsvarer med retningslinjene.

I kontrast til dette er avgjørelser der den menneskelige inngripen ikke har en «reell innflytelse på resultatet». Dette kan for eksempel være menneskelig inngripen der saksbehandleren i praksis aldri griper inn i prosessen, og kun er til stede for at avgjørelsen ikke formelt skal være «utelukkende» automatisert. I en slik situasjon vil avgjørelsen i realiteten være «utelukkende» automatisert, til tross for at det teoretisk sett kan foreligge en mulighet for menneskelig inngripen på et tidspunkt i beslutningsprosessen. Denne avklaringen har stor praktisk virkning og sikrer at vilkåret «utelukkende» ikke kan oppfylles ved kun å plassere en menneskelig saksbehandler i prosessen.

### **5.3 Automatisert beslutningsstøtte**

Retningslinjene gir en sentral avgrensning opp mot systemer som fungerer som beslutningsstøtte. At et system fungerer som beslutningsstøtte innebærer at systemet ikke alene og automatisk tar avgjørelser som får virkning uten menneskelig inngripen, men har en støttefunksjon for en menneskelig saksbehandler. I praksis kan det for eksempel bety at systemet gir anbefalinger til en saksbehandler, som deretter vurderer hvorvidt anbefalingene skal tas til følge eller ikke. Dette i motsetning til datasystemer som selv tar avgjørelsen.

Det foreslåtte datasystemet brukt til predikering av sykefravær i NAV kan forstås som et slikt beslutningsstøttesystem, fordi systemet kan anbefale avgjørelser som en menneskelig

---

<sup>55</sup> Artikkel 29-gruppen (2018) s. 21.

<sup>56</sup> Datatilsynet (2018).



saksbehandler deretter må velge å ta til følge eller ikke. Ettersom vilkåret «utelukkende» forutsetter at det ikke foreligger slik menneskelig inngripen faller beslutningsstøttesystemene som utgangspunkt utenfor virkeområdet til artikkel 22.

I hvilken grad et system fungerer som ren beslutningsstøtte varierer derimot fra system til system. En enten/eller-sortering der systemene forutsettes å enten kategoriseres som beslutningsstøtte eller ikke samsvarer i liten grad med den glideskalaen som finnes i virkeligheten. Noen datasystemer gir anbefalinger som vurderes og gjennomgås i detalj av en menneskelig saksbehandler som deretter konkluderer med om anbefalingen skal tas til følge eller ikke, eventuelt om den skal modifiseres før den besluttes. Andre systemer gir også anbefalinger, men avgjørelsene kan være preget av at anbefalingen som hovedregel tas til følge. Det kan for eksempel være lite involvering eller endring gjort av menneskelige saksbehandlere før de endelige avgjørelsene tas. Beslutningsstøtten er i disse tilfellene tilnærmet «utelukkende» automatisert til tross for at det forekommer menneskelig inngripen i prosessen. Vurderingen av hvorvidt dette faller innenfor virkeområdet til artikkel 22 eller ikke er dermed mer kompleks enn en kategorisk vurdering av beslutningsstøttesystemer som gruppe.

Uavhengig av den varierende graden av automatisering har systemene med funksjon som beslutningsstøtte det til felles at det på et tidspunkt i beslutningsprosessen forekommer menneskelig inngripen. Det vil si at et menneske griper inn i den automatiserte prosessen og fører kontroll med systemets beslutning, før anbefalingen får virkning som en avgjørelse. Dersom avgjørelsen er basert på et automatisert system, men også en kontroll og vurdering fra en menneskelig saksbehandler, har den menneskelige saksbehandleren en «reell innflytelse» på avgjørelsen. Avgjørelsen er derfor ikke «utelukkende» automatisert. Resultatet er at avgjørelsen faller utenfor artikkel 22s virkeområde.

Det kan likevel forekomme situasjoner der den menneskelige inngripen i anbefalingen er så begrenset at man ikke kan konkludere med om det reelt utføres en kontroll og inngripen med avgjørelsen. I disse tilfellene kan man stille spørsmål ved saksbehandlerens «reelle innflytelse» på avgjørelsen, og det kan tenkes at avgjørelsen i realiteten er «utelukkende» automatisert.

### 5.3.1 Automation bias

Automation bias er en betegnelse på det som skjer når menneskelige saksbehandlere «become overreliant on decision support, which reduces vigilance in information seeking and

processing».<sup>57</sup> Kjernen i automation bias er menneskers tendens til å ha for stor grad av tillit til automatiserte systemer. Dette kan for eksempel medføre at den menneskelige saksbehandleren som skal føre kontroll med og vurdere anbefalinger fra et beslutningsstøttesystem ikke motsetter seg systemets anbefalinger, eller utfører den tilsiktede kontrollen med datasystemet. Dette fordi saksbehandleren har for stor grad av tillit til systemets evne til å ta riktige beslutninger. Utfordringer i tilknytning til automation bias kan oppstå når en menneskelig saksbehandler dermed overser eller godtar feil fra datasystemet, i tillitt til systemets kompetanse.

Automation bias kan oppstå i en rekke sammenhenger. Vurderingen av elektrokardiogram (EKG) er en kompleks prosess blant annet grunnet mengden data som benyttes og kompleksiteten i disse datasettene.<sup>58</sup> Vurderingen av EKG er derimot godt egnet til bruk av automatisert beslutningsstøtte, ettersom datasystemer effektivt kan sortere og tolke de komplekse og store mengdene data som blir presentert og anbefale en automatisert diagnose. Automatiserte avgjørelsessystemer kan derfor være et nyttig verktøy som beslutningsstøtte til tolkningen av EKG-resultater. En undersøkelse foretatt ved universitetssykehuset i Brno avdekket derimot at legene som undersøkte anbefalingene fra beslutningsstøttesystemet totalt sett fikk en lavere diagnostisk nøyaktighet dersom de ble presentert med feilvurderinger fra beslutningsstøttesystemet.<sup>59</sup> Dette funnet indikerte at legene tok feilvurderingene til følge ved diagnostisering, til tross for at dette medførte en feilvurdering de statistisk selv ikke ville gjort. Funnet indikerte at legene var preget av automation bias.

Eksempelet fra Brno er godt egnet til å illustrere utfordringer som kan oppstå ved automation bias. Selv medisinske fageksperter som med sannsynlighet ville ha vurdert en diagnose korrekt dersom de ikke var presentert med anbefalingen, kan ubevisst bli påvirket av sin tillit til det automatiserte elementet. Dette viser at automation bias ikke er avhengig av manglende fagkompetanse, ettersom selv eksperter på feltet ble påvirket.

Det kan være vanskelig å oppdage automation bias, både ved seg selv og andre. Dette har sammenheng med at man sjelden selv har et realistisk bilde av og forhold til graden av tillitt man har til et datasystem, og hvorvidt denne tilliten er uforholdsmessig eller kan føre til feilvurderinger. Videre kan det ved mistanke om automation bias være vanskelig å undersøke om datasystemet har vurdert saken riktig eller ikke, fordi for eksempel manglende transparens

---

<sup>57</sup>Lyell (2016) s. 423.

<sup>58</sup> Bond (2018) s. 6.

<sup>59</sup> Bond (2018) s. 11.

i visse tilfeller kan vanskeliggjøre konkrete undersøkelser av avgjørelsen. Dermed kan det være utfordrende å avdekke hvorvidt det forekommer en feilvurdering.

Etter min mening kan resultatet av automation bias være at den menneskelige saksbehandleren som er ment å sikre mot «utelukkende» automatiserte avgjørelser i realiteten ikke griper inn. Dette kan lede til at effekten av menneskelig inngripen kan være minimal eller uten reell funksjon. Vi kan stille spørsmål med om man da kan få avgjørelser hvor en menneskelig saksbehandler i realiteten ikke har hatt «reell innflytelse» på avgjørelsen, til tross for at systemet rent overordnet og systematisk legger opp til menneskelig kontroll med avgjørelsen. Dette kan i så fall innebære at avgjørelsen er «utelukkende» automatisert.

Automation bias er ikke nevnt i forordningen eller fortalen til forordningen, men er adressert i EUs foreslåtte regulering av kunstig intelligens i artikkel 14 om «menneskelig tilsyn». Bestemmelsen stiller en rekke krav til menneskelig inngripen, blant annet at menneskelige saksbehandlere skal «være opmærksomme på den mulige tendens til automatisk eller i overdreven grad af forlade sig på output fra højrisiko-AI-systemet».<sup>60</sup>

Til tross for at utfordringene med automation bias ikke direkte løses av artikkel 22, kan den foreslåtte reguleringen av kunstig intelligens medføre at det i fremtiden stilles ytterligere krav til hvordan den menneskelige inngripen skal foregå for de systemene som er basert på kunstig intelligens. Det bemerkes likevel at artikkel 14 i det foreslåtte regelverket om kunstig intelligens, om «menneskelig tilsyn», kun gjelder «højrisiko-AI-systemer», og at den dermed ikke stiller krav til samtlige datasystemer uavhengig av risikonivå og type teknologi.

#### **5.4 Gråsonetilfelle – manglende «innflytelse på resultatet»**

Til tross for avklaringene i Artikkel 29-gruppens tolkning forekommer det likevel noen gråsonetilfeller som ikke fullt ut avklares. Formuleringen i retningslinjene er «uten reell innflytelse på resultatet», og viser til resultatet av den menneskelige saksbehandlerens inngripen i den automatiserte prosessen. Vurderingstemaet forutsetter at denne inngripen får konsekvenser for «resultatet», forstått som avgjørelsen.<sup>61</sup>

På bakgrunn av denne formuleringen kan det stilles spørsmål ved vilkårets anvendelse på tilfeller der den menneskelige saksbehandleren ikke griper inn i den automatiserte prosessen fordi systemet treffer korrekte avgjørelser. I disse situasjonene kan den menneskelige saksbehandleren aktivt og detaljert føre oppsyn og kontroll med datasystemet. Fordi

---

<sup>60</sup> COM(2021) 206 art. 14.

<sup>61</sup> Veale (2018) s. 400.

datasystemet er treffsikkert er det likevel ikke behov for at den menneskelige saksbehandleren griper inn i og endrer avgjørelsene. Den menneskelige saksbehandlerens oppsyn med systemet vil da ikke gi utslag på «resultatet», nettopp fordi systemet på egenhånd vurderer avgjørelsene i tråd med det den menneskelige saksbehandleren vurderer som korrekt.

I disse tilfellene kan det argumenteres for at retningslinjene legger opp til at den menneskelige saksbehandleren ikke har «reell innflytelse på resultatet», og at avgjørelsen dermed er «utelukkende» basert på automatisert behandling. Dette er antagelig ikke hensikten bak formuleringen «uten reell innflytelse på resultatet», og det bør i disse tilfellene tas høyde for at den manglende innflytelsen på «resultatet» skyldes at avgjørelsen vurderes som korrekt, og ikke at den menneskelige saksbehandleren mangler «reell innflytelse».

Videre kan det innvendes at «reell innflytelse på resultatet» bør innebære at saksbehandleren har innflytelse på resultatet i den form at vedkommende kan og vil gripe inn dersom dette er nødvendig, men at passivitet ikke nødvendigvis er en indikasjon på manglende «reell innflytelse». Dersom man vurderer systemet basert på den enkelte avgjørelsen vil denne tilnærmingen også være hensiktsmessig ettersom «reell innflytelse på resultatet», forstått som utslag av menneskelig inngripen på selve avgjørelsen, vil variere på enkeltsaksnivå. Menneskelig inngripen vil kunne gi utslag på resultatet for de avgjørelser der saksbehandleren vurderer at det er behov for endring, men ikke nødvendigvis for avgjørelser der det ikke er et slikt behov for endring.

Uavhengig av datasystemets treffsikkerhet vil det for de fleste datasystemer finnes tilfeller der avgjørelsen er riktig, og konklusjonen av saksbehandlerens vurdering dermed medfører at det ikke forekommer menneskelig inngripen eller endring av avgjørelsen. Vurderes disse enkeltavgjørelsene opp mot vilkåret «utelukkende», forstått som «reell innflytelse på resultatet», vil det ofte komme opp tilfeller av avgjørelser som er «utelukkende» automatisert i artikkel 22s forstand, til tross for at dette ikke nødvendigvis samsvarer med avgjørelsens reelle grad av automatisering. Tvert i mot kan det tenkes at dette utgjør nettopp de tilfellene der det ikke er behov for endring av systemets avgjørelse, og at denne logikken medfører at nettopp de tilfellene der det ikke er behov for vern mot automatisering blir utsatt for et forbud.

Dersom man derimot ser bort fra «resultatet» som målestokk for vurderingen av om avgjørelsen er «utelukkende» automatisert kan det etter min mening være utfordrende å finne en annen målestokk som i tilstrekkelig grad gir en indikasjon på hvorvidt det faktisk forekommer menneskelig inngripen med «reell innflytelse» på avgjørelsen. Min vurdering er at det derfor kan være hensiktsmessig å undersøke hvorvidt den menneskelige inngripen har «reell innflytelse på resultatet», men likevel være bevisst begrensningene denne

vurderingsformen har. En løsning kan være å begrense undersøkelsen av innflytelsen på «resultatet» til et moment i en helhetsvurdering. Dersom det for eksempel er indikasjoner på at grunnen til manglende «reell innflytelse på resultatet» er enighet med den automatiserte avgjørelsen, kan dette indikere at avgjørelsen ikke er «utelukkende» automatisert, til tross for manglende «reell innflytelse på resultatet». Motsatt kan manglende «reell innflytelse på resultatet» være en indikasjon på at avgjørelsen kan være «utelukkende basert på automatisert behandling».

## **5.5 «Reell innflytelse» på kunstig intelligens og maskinlæring**

Et annet uavklart tilfelle gjelder datasystemer som benytter kunstig intelligens og maskinlæring til automatiserte avgjørelser. Bruken av denne typen teknologi kan medføre mindre transparens i avgjørelsesprosessen, og dermed også vanskeliggjøre muligheten for en menneskelig saksbehandler til å ha «reell innflytelse på resultatet».

En positiv effekt ved bruken av kunstig intelligens til automatiserte avgjørelser er effektivisering. Datasystemene kan behandle tusenvis av avgjørelser på svært kort tid, og overgår med det en menneskelig saksbehandlers hastighet.<sup>62</sup> Dersom en menneskelig saksbehandler skal gjennomgå hver enkelt avgjørelse for å få «reell innflytelse på resultatet» vil dette dermed innebære en vesentlig sinking i det helhetlige systemets effektivitet. For systemer basert på kunstig intelligens er kontrasten mellom systemets og saksbehandlerens tempo stor, og deler av fordelene ved bruk av maskinlæring og kunstig intelligens kan med denne forsinkelsen gå tapt. En konsekvens av dette kan være at datasystemene ikke tas i bruk i sin fulle kapasitet, fordi det vil føre til merarbeid saksbehandleren ikke har kapasitet til å gjennomføre. Alternativet er at datasystemet arbeider uten slik menneskelig inngripen, men det risikeres da at avgjørelsene som tas «utelukkende» er basert på automatisert behandling, og at de følgelig som utgangspunkt ikke er tillatt etter artikkel 22 nr. 1.

En annen utfordring kan oppstå der systemene har en såkalt «black box». Som nevnt over er dette en betegnelse som refererer til at den del av det automatiserte elementet ikke er transparent, og at det derfor er en ukjent faktor i den automatiserte avgjørelsesprosessen. I praksis vil dette medføre at avgjørelsen er basert på logikk den menneskelige saksbehandleren ikke er kjent med. For å kunne ha «reell innflytelse på resultatet» må det forutsettes at saksbehandleren kan forklare, i det minste forstå, systemets logikk og dermed grunnlaget for hvordan den har tatt avgjørelsen. Dersom den menneskelige saksbehandleren ikke har denne forståelsen kan vurderingen av behovet for endring i den konkrete avgjørelsen vanskelig være fullt ut riktig.

---

<sup>62</sup> Korteling (2021) s. 5.

Et eksempel på en situasjon der kunstig intelligens og manglende transparens skapte utfordringer for muligheten til menneskelig inngripen ble avdekket av Københavns universitet i en undersøkelse av bruken av ASTA. ASTA er et beslutningsstøttesystem brukt i forbindelse med vedtak om dagpenger. Undersøkelsen var basert på en gjennomgang av de menneskelige saksbehandlernes opplevelse av systemet. Rapporten skisserte fire hovedfunn, der manglende transparens var en gjennomgående utfordring. Saksbehandlerne opplevde at «der er sager, hvor de ikke kan forklare, hvorfor borgerne bliver risikovurderet, som de gør», at de «ikke er vidende om hvor præcis ASTA er», at noen av variablene ASTA vurderer ut fra ikke er gjennomsiktede og at ASTAs kategorisering ikke stemmer overens med saksbehandlerne egne vurderinger.<sup>63</sup> Funnene er godt egnet til å illustrere omfanget av og kompleksiteten ved menneskelig inngripen i avgjørelser som er tatt av datasystemer som har en ugjennomiktig logikk.

For at disse avgjørelsene skal være tillatt etter artikkel 22 må det likevel foreligge tilstrekkelig kontroll og inngripen fra en saksbehandler til at avgjørelsene ikke er «utelukkende» basert på automatisering. I realiteten kan dette vise seg å være umulig å holde følge med, tatt i betraktning den manglende transparensen og hvordan dette påvirker forståelsen til saksbehandlerne. Resultatet av dette kan være at artikkel 22 stiller krav som i realiteten ikke kan oppfylles av en rekke systemer. En konsekvens av at det ikke kan forekomme «reell innflytelse på resultatet» kan være at den enkelte avgjørelsen forstås som «utelukkende» basert på «automatisert behandling» etter artikkel 22 nr. 2 og den derfor som utgangspunkt er forbudt.

Vi kan stille spørsmål ved hvilke konsekvenser disse utfordringene og artikkel 22s regulering av dette får for hensynet til innovasjon og teknologisk utvikling. Disse betraktningene redegjøres nærmere for i kapittel 6.

## **5.6 Betydningen av tidspunktet for menneskelig inngripen**

Spørsmål kan reises om hvorvidt rekkefølgen mellom automatiserte og menneskelige steg i beslutningsprosessen har noe å si for vurderingen av om avgjørelsen er «utelukkende» automatisert. Binns & Veale peker på at en vanlig metode for å vurdere om vilkåret er oppfylt, er å vurdere hvorvidt det «siste steget» i en beslutningsprosess er automatisert.<sup>64</sup> På bakgrunn av en vurdering av det siste steget avgjøres det om hele prosessen regnes som helautomatisert eller kun delvis automatisert. Det relevante vurderingstemaet er da hvorvidt

---

<sup>63</sup> Flügge (2022) s. 3.

<sup>64</sup> Binns (2021) s. 329.

det å legge det siste elementet i prosessen til grunn for vurderingen «utelukkende» samlet sett er mer egnet til å ivareta hensyn til personvern og hensynet til grunnleggende rettigheter enn andre tilnærminger.

Tilnærmingen kan ha visse utilsiktede konsekvenser for vurderingen av hvorvidt en avgjørelse i seg selv er «utelukkende» automatisert. Blant annet fordi mangelen på et menneskelig element i det siste steget ikke nødvendigvis speiler graden av automatisering for hele avgjørelsesprosessen. Problemstillingen er ikke avklart hverken av fortale, rettspraksis, ordlyd eller retningslinjer til bestemmelsen. Det drøftes derfor i det følgende på bakgrunn av perspektiver fra juridisk teori og opp mot hva som samsvarer med hensynene bak bestemmelsen.

Det finnes flere ulike modeller, som i ulik grad og på ulikt tidspunkt i beslutningsprosessen benytter både automatisering og menneskelige elementer. For eksempel kan det tenkes prosesser der det menneskelige elementet er så omfattende holdt opp mot det automatiserte elementet, at det til tross at for at prosessen avsluttes med automatisering, likevel ikke er rimelig å konkludere med at avgjørelsen er «utelukkende» automatisert. Et eksempel er der en menneskelig saksbehandler foretar omfattende og komplekse vurderinger, som så summeres av kunstig intelligens.<sup>65</sup> Dette kan for eksempel gjelde håndskrevne eksamensbesvarelser, der en sensor har vurdert eksamensbesvarelsen og skrevet inn antall poeng oppnådd per spørsmål løpende i besvarelsen. I disse tilfellene kan et automatisert system regne ut totalsummen og sette en karakter på besvarelsen.<sup>66</sup> Det avsluttende steget i denne behandlingen er klart automatisert, men det gir likevel liten mening å dermed konkludere med at avgjørelsen som sådan er «utelukkende» basert på automatisert behandling. Dette skyldes at det automatiserte elementet i liten grad har innvirkning på avgjørelsens reelle innhold. Den menneskelige inngripen har i disse tilfellene «reell innflytelse» og avgjørelsen er dermed ikke «utelukkende» basert på automatisert behandling.

Motsetningsvis finnes det også avgjørelsesprosesser der det avsluttende steget er menneskelig, men avgjørelsen likevel kan tenkes å være «utelukkende» automatisert i realiteten. Holdt opp mot Artikkel 29-gruppens formulering av vurderingstemaet om hvorvidt den menneskelige saksbehandleren har «reell innflytelse på resultatet», er det mulig å se for seg tilfeller der den menneskelige saksbehandleren av ulike årsaker ikke har en slik «reell innflytelse på resultatet». Dette til tross for at det menneskelige elementet i vurderingen kronologisk

---

<sup>65</sup> Binns (2021) s. 329.

<sup>66</sup> Binns (2021) s. 323.

forekommer til sist ved vurderingen. Dette kan ha mange ulike årsaker, men forekomst av automation bias, som redegjort for over i punkt 5.3.1 eller manglende kompetanse til å gripe inn i avgjørelsesprosessen kan være eksempler på situasjoner der den menneskelige inngripen er uten «reell innflytelse», til tross for at det ikke-automatiserte elementet er det siste i prosessen.

Videre kan det tenkes tilfeller der rekkefølgen mellom de ulike stegene i prosessen i mindre grad er fastlåste. For eksempel kan det forekomme avgjørelsesprosesser der det alternerer hvilket element som er det avsluttende. Dette kan være tilfellet for datasystemer der det for eksempel tidvis forekommer stikkprøvekontroll av de automatiserte elementene, og det derfor ikke er mulig å forutse hvorvidt det avgjørende steget i prosessen vil være menneskelig eller automatisert i forkant av at avgjørelsen tas. For disse tilfellene kan et viktig vurderingstema være hvorvidt det alternerende elementet i så fall er den eneste formen for menneskelig inngripen, eller om det uansett forekommer øvrige steg der en menneskelig saksbehandler kan ha «reell innflytelse på avgjørelsen».

Det kan i kontrast til dette tenkes å forekomme komplekse datasystemer basert på kunstig intelligens som selv har funksjonen som «sorteringsverktøy». Der datasystemet selv sorterer avgjørelser etter hvorvidt avgjørelsen er kompleks, uvanlig eller det på annen måte reises behov for ekstra kontroll. Det gjøres likevel ikke forskjell på de ulike datasystemene i artikkel 22, og tilnærmingen til vurderingen må derfor omfatte en bredde av ulike situasjoner.

På den ene siden kan det å legge det siste steget til grunn for vurderingen fange opp de aller fleste datasystemene, og på den måten være godt egnet til å ivareta aktuelle hensyn for en stor andel av de automatiserte avgjørelsessystemene. Det kan også være vanskelig å finne et annet tidspunkt for vurdering som fullt ut fanger opp helheten av hensyn i samtlige avgjørelser. Ettersom vurderingen av det siste steget er tilstrekkelig for de fleste avgjørelsene kan denne løsningen være mer hensiktsmessig enn alternativene. Videre kan denne løsningen gjøre det mulig å foreta vurderinger på tvers av kompleksitet, tilgjengelighet til logikk og øvrig «black box»-problematikk, ettersom det siste steget er tilgjengelig informasjon som kan benyttes til vurdering, uavhengig av datasystemenes kompleksitet.

På den andre siden kan løsningen der det siste steget er avgjørende overse helhetsbetraktninger i avgjørelsesprosessen, og det overordnede vurderingstemaet om det forekommer «reell innflytelse» på avgjørelsen. Min vurdering er at det sentrale er hvorvidt det er en «reell innflytelse» på resultatet og at tidspunktet for denne vurderingen bør holdes åpen slik at den overordnede helhetsvurderingen ikke undergraves av kun tidspunktet for vurderingen. Videre kan vurderingen av kun det siste steget i prosessen åpne for muligheter til



å omgå regelverket, ved å gi en illusjon av menneskelig inngripen i det siste steget, til tross for at avgjørelsesprosessen som sådan ikke har en tilstrekkelig grad av menneskelig inngripen og «reell innflytelse». Det kan stilles spørsmål ved om denne løsningen derfor kan være med på å maskere over mangler i beslutningsprosessen. Til tross for å forenkle prosessen kan løsningen dermed potensielt utgjøre en trussel mot nettopp de hensyn bestemmelsen er ment å ivareta.

## **5.7 Betydningen av variert grad av automatisering innad i datasystemet**

Over har vurderingen av vilkåret «utelukkende» ikke tatt høyde for tilfeller der det forekommer variasjon i graden av automatisering innad i det enkelte datasystemet. Dersom vurderingen spaltes ned til mindre undergrupper av avgjørelser, delavgjørelser eller grupper av enkeltavgjørelser kan det i visse tilfeller oppdages mønstre av ulik grad av automatisering. Det kan for eksempel tenkes at visse typetilfeller eller delavgjørelser systematisk blir mer automatisert behandlet enn andre grupper. Dette reiser spørsmål om hvilket perspektiv vilkåret «utelukkende» bør vurderes ut i fra, og hvilke konsekvenser ulike perspektiver kan ha for vurderingen av vilkåret.

Problemstillingen avklares og adresseres ikke av relevant rettspraksis, fortale eller Artikkel 29-gruppens retningslinjer. Vurderingen av hva som skal legges til grunn gjøres derfor gjennom en tolkning av ordlyden opp mot en vurdering av hva som i størst grad ivaretar hensynene artikkel 22 er ment å verne om.

Et typetilfelle der problemstillingen kommer på spissen kan være tilfeller der en undergruppe avgjørelser i et konkret datasystem, systematisk og over tid i mindre grad er gjenstand for menneskelig inngripen enn en annen undergruppe. Til tross for at datasystemet som helhet vurderes til å ikke «utelukkende» ta avgjørelser basert på automatisert behandling, kan en skjevhet innad i datasystemet medføre at visse typer avgjørelser i realiteten er mer automatisert behandlet enn andre.

Dette reiser spørsmål om hvilket perspektiv vurderingen av vilkåret «utelukkende» skal gjøres ut fra. Er det for eksempel enkeltavgjørelsen, undergrupper av avgjørelser eller datasystemet som helhet som ikke «utelukkende» skal være basert på automatisert behandling. Videre kan det tenkes at variasjoner også forekommer mellom ulike datasystemer, og det kan være forskjell på hvor tydelig de ulike undergruppene er adskilt fra hverandre, hvor systematisk forskjellene er og hvor forutsigbart det er om den enkelte avgjørelsen tilhører den ene eller andre undergruppen. Særlig relevant er det om det er mulig å forutse i hvilken grad avgjørelsen vil bli automatisert i forkant av at den tas, basert på for eksempel ulike karakteristikk ved beslutningsgrunnlaget. For eksempel kan visse datasystemer «flagge»

saker der det er behov for mer menneskelig inngripen, og det kan i disse tilfellene være relevant hvorvidt det er forutsigbart hvilke saker som vil bli «flagget». Dette kan for eksempel gjelde automatiserte avgjørelser med hjemmel i statsborgerforskriften § 13A-3. Det følger av ordlyden i bestemmelsen at avgjørelsen «ikke [kan] bygge på skjønnsmessige lov- eller forskriftsvilkår, med mindre avgjørelsen er utvilsom». Det automatiserte systemet er derfor begrenset til å ta avgjørelser som er målbare eller på annen måte ikke basert på skjønnsmessige vurderinger, og må overlate det skjønnsmessige til en menneskelig saksbehandler.

Ordlyden i regelen er at det er «avgjørelsen» som er gjenstand for vurdering, og ikke datasystemet som en helhet. Dette indikerer at hver avgjørelse bør være gjenstand for en selvstendig vurdering av hvorvidt den er «utelukkende» automatisert eller ikke, og at de øvrige linjene i datasystemet ikke får betydning for vurderingen av den enkelte avgjørelsen. For eksempel vil det ikke påvirke vurderingen om andre avgjørelser som tas av det samme datasystemet typisk har større grad av menneskelig inngripen enn den aktuelle avgjørelsen, så lenge den aktuelle avgjørelsen «utelukkende» er basert på automatisert behandling.

Perspektivet over tar derimot høyde for en vurdering av avgjørelsen der det er mulig å følge hele beslutningsprosessen allerede i forkant av at avgjørelsen tas for å forutse graden av automatisering. Fra dette perspektivet kan vurderingen av hvorvidt avgjørelsen er tillatt etter artikkel 22 gjøres uten særlige utfordringer. I virkeligheten stiller dette seg imidlertid annerledes, ettersom det må formodes at den menneskelige saksbehandleren ikke har det fulle oversiktsbildet over graden av automatisering for den enkelte avgjørelsen i forkant av at avgjørelsen tas, dersom systemet i varierende grad er automatisert. Fra dette perspektivet er datasystemet som sådan i større grad relevant for vurderingen, ettersom blant annet hvorvidt det er mulig å forutse graden av automatisering gjennom for eksempel en forhåndsvurdering av hvilken undergruppe avgjørelsen vil falle inn i, har relevans for vurderingen.

Dersom det er mulig å forutse at avgjørelsen vil bli kategorisert på en slik måte at den vil bli utsatt for «utelukkende» automatisert behandling er vurderingen etter artikkel 22 mulig å gjøre basert på enkeltavgjørelsen. Dersom det derimot er tvil om hvilken kategori avgjørelsen vil bli plassert i av systemet, og dermed tvil om hvilken grad av automatisering avgjørelsen vil bli utsatt for, er det større grunn til å vurdere graden av automatisering på et overordnet nivå. Dette kan underbygges av at hvorvidt hensynene til vern om personopplysninger og andre grunnleggende rettigheter er ivaretatt ikke er forutsigbart for den enkelte avgjørelsen, dersom det ikke er mulig å predikere graden av automatisering i forkant.

Av hensyn til ordlyden i bestemmelsen er avgjørelsen etter min mening i seg selv mest relevant for vurderingen. Herunder en konkret vurdering av hvorvidt det foreligger en «reell innflytelse» på avgjørelsen fra en menneskelig saksbehandler. Hvorvidt andre avgjørelser er mer eller mindre automatisert sikrer ikke vern mot helautomatisering for den spesifikke avgjørelsen som vurderes, og faller derfor på siden av vurderingen for den enkelte avgjørelsen. Det er likevel sentralt å merke seg utfordringene som kan forekomme ved denne vurderingen i praksis, og da spesielt muligheten til å kontrollere graden av automatisering og avverge «utelukkende» automatiserte avgjørelser i forkant av at avgjørelsen tas.

## **5.8 Det reelle tidspunktet for avgjørelsen**

Ettersom vurderingen av vilkåret «utelukkende» baserer seg på hvorvidt det forekommer «reell innflytelse» på avgjørelsen, kan det stilles spørsmål ved når det reelle tidspunktet avgjørelsen tas er. Betrachtingene som er gjort over er basert på en forutsetning av at avgjørelsen tas i siste steg av beslutningsprosessen. Likevel kan det tenkes at avgjørelsen reelt sett tas tidligere, og at de siste stegene kun har en formell funksjon i beslutningsprosessen. Dette utfordrer vurderingen av «reell innflytelse» og reiser spørsmål ved om det er tilstrekkelig med en forutsetning om at avgjørelsen tas i siste steg, eller om det må påvises «reell innflytelse» på den konkrete avgjørelsen på det reelle avgjørelsestidspunktet.

Ved anvendelse av beslutningsstøttesystemer kan det tenkes tilfeller der det er komplekst å vurdere hvorvidt avgjørelsen tas av den menneskelige saksbehandleren som godkjenner anbefalingen fra beslutningsstøttesystemet. Alternativet er at avgjørelsen reelt er tatt av beslutningsstøttesystemet, og kun bekreftes av den menneskelige saksbehandleren. Dette kan for eksempel skyldes automation bias. Dersom beslutningsstøttesystemets anbefaling ses som den reelle avgjørelsen, vil avgjørelsen allerede være tatt før den menneskelige saksbehandleren vurderer saken. Den menneskelige saksbehandleren har da ikke «reell innflytelse» på avgjørelsen.

Spørsmål i tilknytning til dette er forelagt CJEU i sak C-634/21. Anmodningen gjelder kredittselskapers utarbeidelse av såkalt kredittscore, det vil si en automatisert vurdering av en søkers evne til å tilbakebetale et lån, oppsummert i form av en score. Spørsmålet i saken er om automatisert utarbeidelse av kredittscore i seg selv utgjør en avgjørelse i artikkel 22s forstand, eller om det først regnes som en avgjørelse når det foretas en vurdering av kreditt basert på scoren. I saken er det ett selskap som utarbeider kredittscoren, og et annet selskap som står for selve avgjørelsen om kreditt. Av denne grunn er det særlig viktig for selskapene å få avklart når avgjørelsen tas i artikkel 22s forstand. Saken er ikke behandlet av CJEU enda. Den er likevel godt egnet til å illustrere en praktisk situasjon der problemstillingen kommer på spissen. Dersom kredittscoren i praksis legger føringen for avgjørelsen, kan det hevdes at

avgjørelsen er «utelukkende» basert på automatisert behandling, fordi den reelt sett er tatt i forkant av at de menneskelige saksbehandlerne tar det som i dagligtale forstås som en avgjørelse. I denne saken medfører dette i så fall at et annet selskap enn det som tar selve avgjørelsen om kreditt, står bak den automatiserte avgjørelsen i bestemmelsens forstand.

Spesielt når det forekommer automation bias kan det være vanskelig å påvise tidspunktet for avgjørelsen, ettersom automation bias er vanskelig å oppdage på enkeltsaksnivå. En tilnærming for å sikre at hensynene bak regelen er ivaretatt kan være å på generelt grunnlag formode at avgjørelsen er tatt før det menneskelige elementet, og at avgjørelsen dermed er «utelukkende» automatisert. Dersom man i disse tilfellene formoder at avgjørelsen er «utelukkende» automatisert vil en rekke automatiserte systemer falle innenfor forbudet i artikkel 22, til tross for at det forekommer menneskelig kontroll med systemet. Dette har stor innvirkning for rekkevidden til artikkel 22 nr. 1. Det kan etter min mening innvendes at denne løsningen i for stor grad helgarderer mot automatisering, og kan ende opp med å forby avgjørelser som reelt sett ikke er «utelukkende» automatisert.

## **5.9 Vilkåret «utelukkende» sett i sammenheng med hensyn bak og formål med forordningen**

Grensedragningen mellom avgjørelser som er «utelukkende» automatisert og avgjørelser der det forekommer menneskelig inngripen med «reell innflytelse», må ses i sammenheng med forordningens overordnede mål om å ivareta blant annet hensynet til vern av personopplysninger og andre grunnleggende rettigheter.

Dersom det i motsetning til helautomatiserte systemer forekommer menneskelig inngripen på et tidspunkt i prosessen, for eksempel ved å foreta en helhetsvurdering av avgjørelsens kvalitet, forholdsmessighet og etikk før den fattes, vil rettsikkerheten og de grunnleggende rettighetene i mange tilfeller være ivaretatt. Dette fordi risikoen ved datasystemet er minimert gjennom bruken av menneskelige saksbehandlere som en form for kontrollmekanisme. Saksbehandlerne formodes da å oppdage eventuelle feilaktige vurderinger, manglende etiske hensyn og diskriminerende resultater og vil da kunne rette opp i disse. Vilkåret «utelukkende» er derfor en sikkerhetsmekanisme som er godt egnet til å sikre ivaretagelse av grunnleggende rettigheter, ved å skille mellom helautomatiserte beslutningssystemer og beslutningssystemer der det forekommer menneskelig inngripen. Dette forutsetter derimot at utfordringer knyttet til blant annet automation bias er tilstrekkelig ivaretatt, slik at den menneskelige saksbehandlerens inngripen fungerer som tilsiktet.

Problemstillingene over peker likevel i retning av at vilkåret ikke er like entydig som ordlyden umiddelbart gir inntrykk av, og at skillet mellom helautomatiserte og

delautomatisert avgjørelser i virkeligheten kan være komplekst enn ordlyden gir inntrykk av. Spesielt relevant er kompleksiteten i vurderingen av hvorvidt en menneskelig saksbehandler har «reell innflytelse» på avgjørelsen og de utfordringer som kan oppstå i tilknytningen til vurderingen av dette vilkåret, for eksempel i forbindelse med kunstig intelligens.

Til tross for at uklarheter i ordlyd og manglende avklaringer i rettspraksis kompliserer rettskildebildet omkring rekkevidden av vilkåret «utelukkende», gir Artikkel 29-gruppen en viktig hjelpesnor i tolkningsprosessen. Retningslinjene konkretiserer vilkårets vurderingstema til å være hvorvidt det forekommer «reell innflytelse». Ikke bare avklarer retningslinjene med dette hva som er relevant ved vurderingen, det gis også anvisning på en forståelse der en overordnet vurdering av den konkrete avgjørelsen er det relevante for vilkåret. Dette åpner for at mindre vekt legges på formelle vurderinger, som når beslutningen er tatt, hvilke ledd den er tatt i og når vurderingen skal gjøres. Som illustrert gjennom problemstillingene over er det grunn til å anta at når vurderingstemaet er den «reell innflytelse[n]», vil hensynet bak bestemmelsen være ivaretatt, og det bidrar til et vurderingstema som i større grad sikrer reell menneskelig inngripen.

## **6 Oppsummerende funn og kritiske betraktninger**

Som analysene over viser kan det være vanskelig å gjennomføre en generell grensedragning for rekkevidden til de enkeltstående vilkårene i artikkel 22 nr. 1. Særlig relevant er mangelen på rettspraksis, som gjør at det foreligger få eksempler som viser rekkevidden og innholdet av regelen i praksis. Dette medfører at det kan forekomme situasjoner der det er uklart om situasjonen faller inn eller utenfor vilkårenes rekkevidde. Disse utfordringene får overføringsverdi fra enkeltvilkårene til den helhetlige rekkevidden og innholdet til artikkel 22 nr. 1.

Ettersom det foreligger få rettskilder som er egnet til å avklare grensetilfeller, må store deler vurderingene foretas med veiledning fra Artikkel 29-gruppens retningslinjer og bestemmelsens ordlyd. Analysene over viser at flere av vurderingstemaene som følger av retningslinjene fremstår som skjønnsmessige og vage, og at det som følge av kan forekomme visse utfordringer. Retningslinjene avklarer med dette ikke fullt ut konkrete grensedragninger for bestemmelsens rekkevidde og innhold.

### **6.1 Utfordringer knyttet til uklar rekkevidde**

Etter min mening kan en konsekvens av den manglende grensedragningen være at regelens rekkevidde kan framstå som uforutsigbar og uklar. Det kan stilles spørsmål ved hvilken samfunnsmessig konsekvens eventuell uklarhet har, og om uklarheten for eksempel har påvirkning på hvordan samfunnet forholder seg til bestemmelsens praktiske rekkevidde og innhold. Et sentralt aspekt i den forbindelse er hvordan uklarheten påvirker de som bruker

automatiserte avgjørelser og som må vurdere hvorvidt en konkret automatisert avgjørelse faller innenfor forbudet i artikkel 22 nr. 1. En konsekvens i forlengelse av eventuell uklarhet kan være at bestemmelsens forbud oppfattes som mer omfattende enn det reelt sett er. Slike feilaktige vurderinger av rekkevidde og innhold kan medføre at avgjørelser som er ment å være tillatt, blir vurdert som forbudte, og dermed ikke gjennomføres. Det kan stilles spørsmål ved hvordan dette kan påvirke hensyn til innovasjon og teknologisk utvikling, både i offentlig og privat sektor.

I den forbindelse er det likevel sentralt å merke seg at artikkel 22 er et resultat av avveining av ulike hensyn. Behovet for vern mot automatiserte avgjørelser uten menneskelig inngripen er på bakgrunn av dette vurdert til å være så stort at det er nødvendig med et forbud mot de automatiserte avgjørelser som oppfyller vilkårene i artikkel 22 nr. 1. Dermed må det formodes av det er tatt høyde for påvirkningen den tiltenkte grensedragningen har for hensynet til innovasjon og teknologisk utvikling. Det kan derimot stilles spørsmål ved om det er tatt høyde for at eventuell uklarhet kan medføre feilvurderinger som nevnt over, der den praktiske rekkevidde til forbudet kan bli mer omfattende enn den tiltenkte.

## **6.2      Utfordringer knyttet til mangel på distinksjon mellom ulike systemer**

En annen sentral utfordring ved artikkel 22 nr. 1. er at bestemmelsen ikke skiller mellom ulike typer teknologi og datasystemer. Bestemmelsen omfatter i praksis et bredt spekter av ulike datasystemer, som får like krav stilt til seg. Som oppgaven viser kan det i realiteten være ulike hensyn som gjør seg gjeldende ved ulike avgjørelser og datasystem, og det kan stilles spørsmål ved om dette medfører et behov for regulering som i større grad tar høyde for disse ulikhetene. Dette kan blant annet ses i sammenheng med at de enklere typene datasystemer kanskje ikke utgjør den samme trusselen mot for eksempel «grunnleggende rettigheter» som datasystem basert på kunstig intelligens og maskinlæring. Min vurdering er at det kan stilles spørsmål ved hvorvidt det er hensiktsmessig at personvernforordningen artikkel 22 ikke skiller mellom de ulike datasystemene som reguleres.

I forlengelsen av dette illustrerer oppgaven at bestemmelsens vilkår ikke nødvendigvis speiler det samfunnsmessige synet på hva som er utfordringene ved automatisering. For eksempel kan det tenkes at samfunnet ser et behov for en rett til ikke å være gjenstand for automatisering generelt, ikke bare automatiserte avgjørelser. For eksempel, som illustrert i oppgaven, medfører vilkårene «betydelig» og «avgjørelse» at det kan forekomme tilfeller der man rent samfunnsmessig kan se et behov for forbud mot automatisering, som ikke omfattes av bestemmelsen. På bakgrunn av dette kan det stilles spørsmål ved om vilkårene i bestemmelsen kunne vært formulert på en måte som i større grad speiler både det samfunnsmessige behovet for regulering og variasjonen i automatiserte avgjørelser.

Bestemmelsens innhold og rekkevidde må likevel ses i sammenheng med at det finnes andre sikkerhetsmekanismer som kan være egnet til å fange opp disse utfordringene. For eksempel kan visse regler i forordningen, som retten til innsyn, retting og sletting samlet sett oppstille et vern mot automatisering der det benyttes personopplysninger, også utover det artikkel 22 isolert sett kan gi. Vurderingen av hvorvidt aktuelle hensyn er ivaretatt, inngår altså i et større rettskildebilde enn kun artikkel 22 nr. 1.

Videre kan regler også utenfor forordningen bidra til et slikt vern. For eksempel kan den foreslåtte reguleringen av kunstig intelligens adressere og regulere særlige utfordringer og hensyn som gjør seg gjeldende ved automatiserte avgjørelser basert på kunstig intelligens. Dette gjennom blant annet den foreslåtte artikkel 14 om menneskelig inngripen. Samlet sett kan dette tilsi at de særutfordringene som ikke dekkes av artikkel 22 kan være regulert andre mer egnede steder, og det helhetlige rettskildebildet kan dekke noen av de utfordringene som ikke adresseres i artikkel 22 nr. 1.

## 1 Litteraturliste

### 1.1 Litteratur

#### 1.1.1 Artikler og bøker

Almada, Marco. «Automated Decision-Making as a Data Protection Issue». (2021).

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3817472>

Bathae, Yavar. «The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation». *Harvard Journal of Law and Technology* Vol. 31. No. 2. (2018). s. 890 – 938.

Binns, Reuben og Michael Veale. «Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects and Article 22 of the GDPR». *International Data Privacy Law* Vol. 11, nr. 4. (2021).

Bond, R Raymond, Tomas Novotny og Irena Andrsova m.fl. «Automation bias in medicine: The influence of automated diagnoses on interpreter accuracy and uncertainty when reading electrocardiograms». *Journal of Electrocardiology* Vol. 51, issue 6 (2018). S. 6-11.

Bygrave, Lee A. «Minding the Maching v2.0. The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making». *University of Oslo Faculty of Law Research Paper* no. 1 (2019).

- Datatilsynet. «Sluttrapport fra sandkasseprosjektet med NAV» (2022).  
<https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/sandkasse-for-kunstig-intelligens/ferdige-prosjekter-og-rapporter/nav-sluttrapport/>.
- Flügge, Asbjørn Ammitzbøll, Naja Holten Møller og Thomas T. Hildebrandt m.fl. «Er du grøn? Algoritmer til beslutningsstøtte i det offentlige». (2022).
- Korteling, J. E., G. C. van de Boer-Visschedijk og R. A. M. Blankendal m.fl. «Human – versus Artificial Intelligence». (2021). <https://doi.org/10.3389/frai.2021.622364>
- Kuner, Christopher, Lee A. Bygrave og Christopher Docksey. *The General EU Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*. I Oxford Scholarship Online, 2021.
- Lyell, David og Enrico Coeira. «Automation bias and verification complexity: a systematic review». *Journal of the American Medical Informatics Association* Vol. 24, 2. utg. (2017). S. 423 – 432. <https://doi.org/10.1093/jamia/ocw105>
- Mendoza, Isak og Lee A. Bygrave. «The Right Not To Be Subject to Automated Decisions Based on Profiling». *University of Oslo Faculty of Law Research Paper* No. 20. (2017). s. 77-97.
- Schartum, Dag. «Jus og digitalisering» *Lov og rett* årg. 60, nr. 2 (2021) s. 92 – 109.  
<https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.18261/issn.1504-3061-2021-02-04>
- Synodinou, Tatiana-Eleni mfl. *EU Internet Law – Regulation and enforcement*. Springer international publishing, 2017.
- Tosoni, Luca. «The right to object to automated individual decisions: resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation». *University of Oslo Faculty of Law Research Paper* No. 7. (2021). S. 1-25.
- Veale, Michael og Lillian Edwards. «Clarity, surprises, and further questions on the Article 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling». *Computer Law & Security Review* nr. 34. (2018) s. 398 – 404.
- Voigt, Paul og Axel von dem Bussche. *The EU General Data Protection regulation (GDPR). A practical guide*. Springer international publishing, 2017.



Weitzenboeck, Emily. «Simplification of Administrative Procedures through Fully Automated Decision-Making: The Case of Norway» (2021).

<https://doi.org/10.3390/admsci11040149>

### 1.1.2 Nettsider

Datatilsynet. «Rettar ved automatiske avgjerder» (2018).

<https://www.datatilsynet.no/rettigheter-og-plikter/den-registrertes-rettigheter/rettar-ved-automatiserte-avgjerder/> hentet 03.03.22.

Datatilsynet. «Varsler vedtak om at IB-karakterer må rettes» (2020).

<https://www.datatilsynet.no/aktuelt/aktuelle-nyheter-2020/varsler-vedtak-om-at-ib-karakterene-ma-rettet/> hentet 20.03.22.

De forente nasjoner. «United Nations E-Government Survey». (2020)

<https://www.un.org/development/desa/publications/publication/2020-united-nations-e-government-survey> hentet 08.04.22.

Garante per la protezione dei dati personali [Det italienske datatilsynet]. «Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l. [9675440]» (2021).

<https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9675440> hentet 20.03.22.

Europalov. «Lær mer om EU-rettsaktene» (2022).

<https://www.europalov.no/laer-mer/eu-rettsaktene>. Hentet 04.04.22.

European Data Protection Board. «Artikel 29-Gruppen». (u.å.). [https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party\\_da](https://edpb.europa.eu/about-edpb/more-about-edpb/article-29-working-party_da) hentet 01.04.11.

Havard Law Review. «State v. Loomis» (2017). <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/> hentet 01.03.22.

Lånkassen. «Hvordan skjer automatisk behandling av søknader?» (u.å.).

<https://lanekassen.no/nb-NO/regelverk/andre-regler/personvernerklaring/hvordan-skjer-automatisk-behandling-av-soknader/> hentet 10.03.22.

NOYB. «Help! My recruiter is an algorithm!» (2021). <https://noyb.eu/en/complaint-filed-help-my-recruiter-algorithm> hentet 02.03.22.

NOYB. «Our Detailed Concept» (u.å.). <https://noyb.eu/en/complaint-filed-help-my-recruiter-algorithm> hentet 03.04.22.

Professional AI. «Rule Based systems».

(2020). <https://www.professional-ai.com/rule-based-systems.html> hentet 20.03.22

Sifted. «Courts crackdown on gig economy algorithms» (2021) <https://sifted.eu/articles/gig-economy-algorithms/> hentet 08.04.22.

## **1.2 Norske rettskilder**

### **1.2.1 Norske lover og forskrifter**

- |      |  |
|------|--|
| 1967 | Lov 10. januar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven).   |
| 1992 | Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven). |
| 2000 | Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) [opphevet].   |
| 2006 | Lov 6. juni 2006 nr. 20 om arbeids- og velferdsforvaltningen (arbeids- og velferdsloven) [NAV-loven].  |
| 2006 | Forskrift 30. juni 2006 nr. 756 om erverv og tap av norsk statsborgerskap (statsborgerforskriften).  |
| 2018 | Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).   |

## **1.3 Internasjonale rettskilder**

### **1.3.1 EU-rettsakter og forslag til EU-rettsakter**

- |                     |  |
|---------------------|--|
| Direktiv 95/46 EF   | Europaparlaments og rådsdirektiv 95/46/ (EF) nr. 46 av 24. Oktober 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger.                                  |
| Forordning 2016/679 | Europaparlaments- og rådsforordning (EU) nr. 679/2016 av 27. April 2016 ofm vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF. |

COM(2021) 206 Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om harmoniserede regler for kunstig intelligens (retsakten om kunstig intelligens) og om ændring af visse af unionens lovgivningsmæssige retsaker.

### 1.3.2 Rettsavgjørelser fra EU-domstolen

Sag C-480/10 Sverige

mod Kommissionen

ECLI:EU:C:2013:263

### 1.3.3 Øvrige kilder fra EU-organer

Endorsement 1/2018

The European Data Protection Board Endorsement 1/2018.

17/DA

Artikel 29-gruppen vedrørende databeskyttelse.

«Retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679» (2018).