

UiO • **Institutt for privatrett**
Det juridiske fakultet

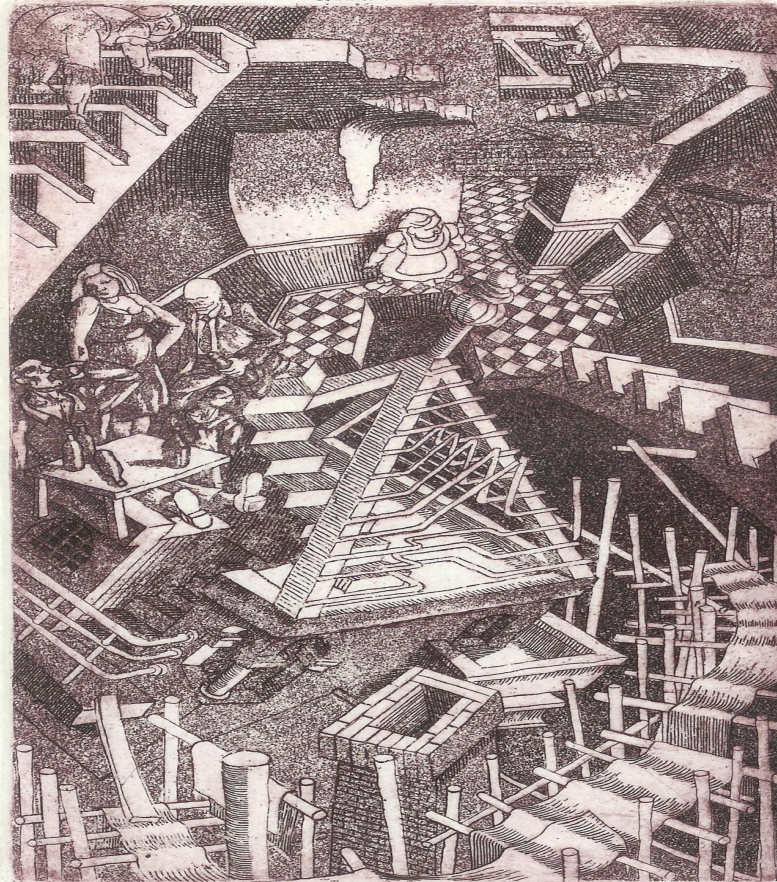
Lee A. Bygrave, Senter for rettsinformatikk

Artikkel 22 PVF: Kafka mot Kafka

[Personvernkonferansen 2019]



Josef Ks mareritt



9/15

H. Roth 81

Schlimmer Traum
aus: 5 Redierungen nach Franz Kafka

Art. 15 dir. 95/46/EF (PVD): en merkverdig og innovative rettighet

Art. 15(1): «Medlemsstatene skal innrømme enhver person rett til ikke å bli undergitt en beslutning som har rettsvirkning for vedkommende eller berører vedkommende i vesentlig grad, og som utelukkende er truffet på grunnlag av elektronisk behandling av opplysninger med sikte på å vurdere visse personlige forhold som arbeidsinnsats, kredittverdighet, pålitelighet, atferd osv.»

Art. 15 PVD: begrunnelse (I)

‘This provision is designed to protect the interest of the data subject in **participating** in the making of decisions which are of **importance** to him. The use of **extensive data profiles** of individuals by powerful public and private institutions deprives the individual of the capacity to influence decision-making processes ... should decisions be taken on the sole basis of his “data shadow” .

[COM(92) 422 final – SYN 287]

Art. 15 PVD: begrunnelse (II)

‘the result produced by **the machine**, using more and more sophisticated software, and even expert systems, has an **apparently objective and incontrovertible character** to which a human decision-maker may attach **too much weight**, thus abdicating his own responsibilities’. [COM(92) 422 final - SYN 287]

- NB: Røtter i fransk lovgivning fra 1977(!)

Art. 15 PVD: en annenrangs rettighet

- Sjelden implementert
- Ofte oversett av tilsynsmyndigheter
- Dårlig forstått
- Lett unngåelig – et «korthus»

GDPR/PVF som redning?

- GDPR = tredje (?) generasjon av pov-lovgivning
- Høye ambisjoner om beskyttelse av enkeltindividets grunnleggende rettigheter
 - pov = grunnleggende rettighet i seg selv
 - Større vektlegging av bha.s ansvar
- Fra «minding the machine» til også «moulding the machine» (art. 25)

Art. 22 PVF: erstatter Art.15 PVD

Art. 22(1)

«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.»

Art. 22(2) PVF: Unntak

«Nr. 1 får ikke anvendelse dersom avgjørelsen

- a) er nødvendig for å inngå eller oppfylle en **avtale** mellom den registrerte og en bha,
- b) er tillatt i henhold til unionsretten eller medlemsstatenes **nasjonale rett** som den bha er underlagt, og der det også er fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter [mv], eller
- c) er basert på den registrertes uttrykkelige **samtykke.**»

Art. 22(3): Unntak fra unntak (!)

«I tilfellene nevnt i nr. 2 bokstav a) og c) skal den behandlingsansvarlige gjennomføre egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter og friheter og berettigede interesser, i det minste retten til menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen.»

Art. 22(4): sensitive opplysninger (I)

«Avgjørelsene nevnt i nr. 2 skal ikke bygge på **særlige kategorier** av personopplysninger nevnt i artikkel 9 nr. 1, med mindre artikkel 9 nr. 2 bokstav a) eller g) får anvendelse og det er innført egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser.»

Art. 22(4): sensitive opplysninger (II)

- «særlige kategorier» av p.o. (art. 9):
 - opplysninger om rasemessig eller etnisk opprinnelse, politisk oppfatning, religion, filosofisk overbevisning, fagforeningsmedlemskap, genetiske og biometriske opplysninger, helseopplysninger eller opplysninger om seksuelle forhold
- Art. 9(2)(a): **uttrykkelig samtykke**
- Art. 9(2)(g): **viktige allmenne interesser** tuftet på EU rett eller nasjonal **rett**

Art. 22(1): rettighet eller forbud? (I)

- Kapittel III omhandler «rettigheter»
- Europarådets modernisert konvensjon 108: «Every person shall have **a right** ... not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration» (art. 9(1)(a))
- Sml. Politidirektivet art. 11: uttrykkelig forbud
- Sml. art. 15 PVD: implementert av enkelte land som rettighet og av andre som forbud

Art. 22(1): rettighet eller forbud? (II)

- EDPB/PVR: art. 22(1) = forbud (for å bevare operasjonell funksjonalitet av art. 22(3))
 - jf. f.eks WP29 2018, s. 35: «a data subject cannot object and consent to the same processing»)
- Flertallet i Fvl-utvalget inntar samme standpunkt
 - viser bl.a. til fortalepunkt 71 og til Mendoza og Bygrave 2017 (jf. NOU 2019:5, s. 262)
- Men art. 13(2)(f) synes å forutsette automatiserte beslutningsprosesser (jf. Tosoni 2020)

Art. 22(1): anvendelseskriterier (I)

Fire forutsetninger:

1. Avgjørelse tatt
2. Utelukkende basert på automatisert behandling
3. Rettslige konsekvenser eller tilsvarende virkning for den registrerte
4. Automatisert behandling, **herunder** profilering

- Siste kriteriet er vesentlig nytt ift. art. 15 PVD

Art. 22(1): anvendelseskriterier (II)

- Profilerings definert i art. 4(4): «**enhver form for automatisert behandling** av p.o. som innebærer å bruke p.o. for **å vurdere visse personlige aspekter** knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere **eller** forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeids-prestasjoner, økonomiske situasjon, helse, [mv.]»
- Kan involvere menneskelig aktivitet/input
- Behøver ikke å ha et prediktivt formål
- NB: Art. 22(1) behøver ikke å involvere profilering
 - Mendoza og Bygrave 2017 tar motsatt synspunkt

Art. 22(1): anvendelseskriterier (III)

- Hva = «avgjørelse»?
- Ta f.eks automatisert siling av jobbsøknader ifm. innkalling til intervju
- Sml. Bygrave 2020, s. 532: «a decision ... may be caught by Art. 22 even if it is an interim action in a broader process potentially involving multiple decisions»

Art. 22(1): anvendelseskriterier (IV)

- Hva = «utelukkende» basert på automatisert behandling?
- Må innhenting av grunnlagsdata også være automatisert? (Sannsynligvis nei)
- Automatisert beslutningsstøtte OK dersom menneskelig input er reell

jf. WP29 2018, s. 19: «meaningful» fremfor «token»
menneskelig tilsyn foretatt av «someone who has the authority and competence to change the decision» og «considers all the relevant data»

Art. 22(1): anvendelseskriterier (V)

- Hva = «betydelig grad» av påvirkning («significant effects») på den registrerte?
- Formuleringen «tilsvarende måte» signaliserer virkninger som er minst like alvorlige som rettsvirkninger
 - Kan være av ikke-økonomisk art, men må være mer enn «irritasjon» og sannsynligvis mer enn «insult»
- Skal gruppehensyn tas i betraktning?

Art. 22: Unntak (I)

Tre kategorier: kontrakt, lovhjemmel, samtykke

- Kontrakt-unntaket er strammere enn tidligere
- Samtykke-unntaket er nytt, men samtykke må innfri kravene etter art. 4(11)
- Lovhjemmel-unntaket gir nasjonale myndigheter stor «manøvreringsmargin» (jf. NOU 2019:5, avsnitt 18.3.3.3)
- Alle unntak krever «egnede» beskyttelsestiltak i tillegg

Art. 22: Unntak (II)

- Hva = «egne tiltak» (jf. særlig art. 22(3))?
- «egne tiltak» inkluderer 'i det minste' ...
 - retten til **menneskelig inngripen** fra den behandlingsansvarlige
 - den registrertes rett til å uttrykke **sine synspunkter**
 - den registrertes rett til å **bestride** avgjørelsen
- og en rett til **ex post forklaring** av avgjørelsen?
 - Sistnevnte er mye diskutert: sml. Wachter et al. 2017; Mendoza og Bygrave 2017; Selbst og Powles 2017; Brkan 2019

Art. 22: Unntak (III)

- En rett til ex post forklaring ligger implisitt i:
- artikler 13-15
- kontradiksjonsretten i art. 22(3)
- grunnprinsippet om «fair» og «transparent» databehandling i art. 5(1)(a)
- grunnprinsippet om ansvar («accountability») i art. 5(2) og 24
- Nevnes også i fortalepunkt 71 (men en fortale alene kan ikke hjemle en rettighet)

Art. 22 sammenlignet med art. 15 PVD

- Utvidet anvendelsesområde
 - Omfavner mer enn profilering
 - Strengere krav hva gjelder sensitive opplysninger
- Åpner opp for et nytt samtykke-unntak som er potensielt problematisk (fra et pv-perspektiv)
- Sterkere krav til «human-in-the-loop», særlig hva gjelder bruk av sensitive opplysninger

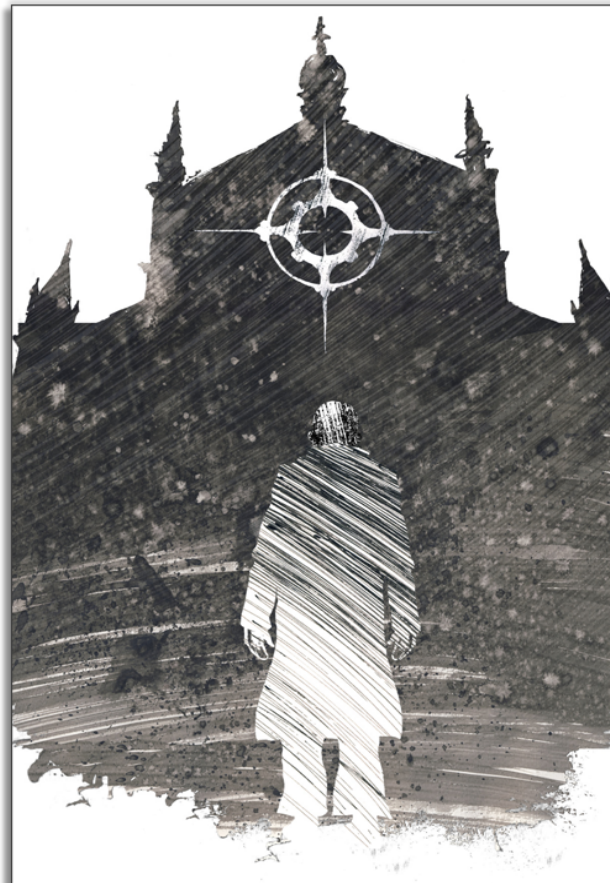
Art. 22: en ny «second class» sett med rettigheter?

- De mange anvendelseskriterier betyr at art. 22 også er et korthus
- Art. 22 er prinsipielt viktig som motsats til «black box» beslutningsprosesser, men kommer ikke til anvendelse på beslutningsstøtte-systemer
- Kommer registrerte til å benytte seg av sine rettigheter etter art. 22(3)?

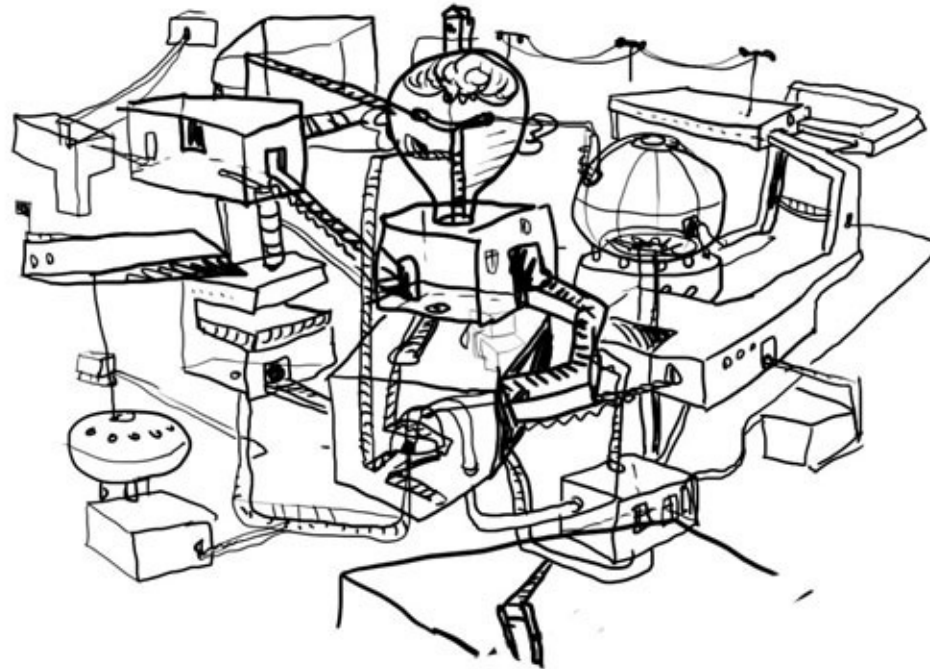
Og lovteknisk?

- Tjaaa ...
- Art. 22 har et unødig komplisert struktur og uklar semantikk
- Egenskaper som dessverre går igjen i mye av PVF

Og da er vi tilbake til Kafka (eller var vi ikke alltid i Kafka-land?)



GDPR = das neues Schloss



Kafka mot Kafka