



Specialeafhandling:

EU-borgerens retssikkerhed ved automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning

Fagområde: EU-ret
Problemformulering: Hvilken retlig beskyttelse har EU-borgeren mod de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning medfører, og hvordan kan EU-borgerens retssikkerhed forbedres gennem ny regulering?

Navn	KU-brugernavn
Jakob Krabbe Sørensen	qht723
William Louis Kallestrup	tfs502
Kasper Frimor Holm Jensen	lfn420

Vejleder: Catherine Jacqueson	Antal tegn: 203.705
--------------------------------------	----------------------------

Må benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek med karakter (sæt kryds).	<input checked="" type="checkbox"/>
Må ikke benyttes på Det Juridiske Fakultets bibliotek (sæt kryds).	<input type="checkbox"/>

Studerende på Cand. soc i jura (sæt kryds)	<input type="checkbox"/>
Studerende på Cand. jur (sæt kryds)	<input checked="" type="checkbox"/>

Afleveringsdato: 5. december 2020	Karakter:
--	------------------

1. INDLEDNING	4
1.1. INTRODUKTION TIL EMNET	4
1.2. PROBLEMFORMULERING.....	5
1.3. AFGRÆNSNING	5
1.4. DISPOSITION	6
1.5. METODE	7
1.5.1. Retsdogmatik og retskildemæssige overvejelser	7
1.5.2. Retspolitik	9
1.5.3. Opgavemetodisk tilgang.....	10
DEL I – AUTOMATISKE AFGØRELSER OG COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER FOR RETSSIKKERHEDEN.....	13
2. AUTOMATISKE AFGØRELSER OG TEKNOLOGIEN BAG.....	13
2.1. TEKNOLOGIEN BAG AUTOMATISKE AFGØRELSER.....	13
2.1.1. Almindelige algoritmer	14
2.1.2. Machine learning.....	15
2.1.3. Første justeringsmulighed.....	17
2.1.4. Anden justeringsmulighed.....	18
3. I HVILKEN UDSTRÆKNING ANVENDES AUTOMATISKE AFGØRELSER I DAG?	19
3.1. AUTOMATISKE AFGØRELSER I EU	20
3.2. AUTOMATISKE AFGØRELSER UDEN FOR EU.....	22
3.3. OPSAMLING PÅ ANVENDELSEN AF AUTOMATISKE AFGØRELSER I DAG	23
4. COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER FOR RETSSIKKERHEDEN I FORVALTNINGSAFGØRELSER.....	24
4.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER.....	24
4.2. RETSSIKKERHEDSBEGREBET.....	24
4.3. MANGEL PÅ TRANSPARENS.....	26
4.4. MANGEL PÅ SAGLIGHED	29
4.4.1. Garbage in, garbage out-problemet.....	30
4.4.2. Fejl i selve systemet (mangelfuld programmering).....	31
4.4.3. Indgreb fra tredjeparter.....	34
4.4.4. En ond cirkel.....	34
4.5. OPSAMLING PÅ DE RETSSIKKERHEDSMÆSSIGE UDFORDRINGER VED AUTOMATISKE AFGØRELSER.....	35
4.6. MENNESKESPECIFIKKE UDFORDRINGER FOR RETSSIKKERHEDEN I FORVALTNINGSAFGØRELSER.....	36
4.7. HVORFOR SKRIVE EN AFHANDLING OM NOGET DER ENDNU IKKE FINDER STED?	37
DEL II – EU-BORGERENS RETLIGE BESKYTTELSE MOD DE COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER	39
5. DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS RETLIGE BESKYTTELSE MOD DE COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER.....	39
5.1. INDLEDENDE BEMÆRKNINGER.....	39
5.2. ANVENDELSESOMRÅDET AF ARTIKEL 22	42
5.3. HVILKEN BESKYTTELSE YDER DATABESKYTTELSESFORORDNINGEN MOD RISIKOEN FOR MANGLENDE TRANSPARENS VED AUTOMATISKE AFGØRELSER?.....	43
5.3.1. Adgang til transparens udledt af kravene om passende foranstaltninger i artikel 22?.....	44
5.3.2. Adgang til transparens udledt af oplysningsforpligtelsen i databeskyttelsesforordningen	48
5.3.3. Adgang til transparens udledt af indsigtsretten i databeskyttelsesforordningen?.....	50
5.3.4. Opsamling på databeskyttelsesforordningens beskyttelse mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser.....	53
5.4. HVILKEN BESKYTTELSE YDER DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS MOD RISIKOEN FOR MANGLENDE SAGLIGHED VED AUTOMATISKE AFGØRELSER?	54
5.4.1. Karakteren af artikel 22, stk. 1, kan have stor formel betydning for retssikkerheden.....	55
5.4.2. Betingelser for anvendelse	58

5.4.3.	<i>Undtagelser til forbuddet</i>	59
5.4.4.	<i>En ret til menneskelig indgriben i databeskyttelsesforordningen</i>	62
5.4.5.	<i>Opsamling på databeskyttelsesforordningens beskyttelse mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser</i>	65
6.	DEN RETLIGE BESKYTTELSE I CHARTRETS ARTIKEL 41 MOD DE COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER	66
6.1.	INDLEDENDE BEMÆRKNINGER OM FORHOLDET MELLEM DATABESKYTTELSESFORORDNINGEN OG CHARTRETS ARTIKEL 41	66
6.2.	HVORDAN FINDER CHARTRET ANVENDELSE, NÅR NATIONALE MYNDIGHEDER TRÆFFER AUTOMATISKE AFGØRELSER?	67
6.3.	OVERORDNEDE BEMÆRKNINGER TIL INDHOLDET AF CHARTRETS ARTIKEL 41	69
6.4.	HVILKEN BESKYTTELSE YDER CHARTRETS ARTIKEL 41 MOD RISIKOEN FOR MANGLENDE TRANSPARENS VED AUTOMATISKE AFGØRELSER?.....	71
6.4.1.	<i>Artikel 41, stk. 2, litra b – Retten til aktindsigt</i>	71
6.4.2.	<i>Artikel 41, stk. 2, litra c – Retten til begrundelse</i>	73
6.4.3.	<i>Opsamling på Chartrets beskyttelse mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser</i>	78
6.5.	HVILKEN BESKYTTELSE YDER CHARTRETS ARTIKEL 41 MOD RISIKOEN FOR MANGLENDE SAGLIGHED VED AUTOMATISKE AFGØRELSER?	79
6.5.1.	<i>Retspraksis vedrørende saglighed</i>	79
6.5.2.	<i>Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik</i>	81
6.5.3.	<i>Opsamling på Chartrets artikel 41's beskyttelse mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser</i>	83
6.6.	DELKONKLUSION PÅ ANALYSEN AF DATABESKYTTELSESFORORDNINGENS ARTIKEL 22 OG CHARTRETS ARTIKEL 41	85
6.6.1.	<i>Den retlige beskyttelse mod transparenmæssige computerspecifikke udfordringer</i>	85
6.6.2.	<i>Den retlige beskyttelse mod saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer</i>	87
	DEL III – FORSLAG TIL NY EU-REGULERING	89
7.	FORSLAG TIL NY EU-REGULERING TIL AT SIKRE BORGERENS RETSSIKKERHED VED AUTOMATISKE AFGØRELSER	89
7.1.	INDLEDENDE BEMÆRKNINGER	89
7.2.	NY EU-REGULERING MOD TRANSPARENSMÆSSIGE COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER.....	90
7.2.1.	<i>Forslag 1 – præcisering af de passende foranstaltninger i databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, litra b</i>	93
7.2.2.	<i>Forslag 2 – en udvidelse af anvendelsesområdet for databeskyttelsesforordningens artikel 22</i> ..	95
7.2.3.	<i>Forslag 3 – en etablering af et nyt selvstændigt regelsæt</i>	97
7.3.	NY EU-REGULERING MOD SAGLIGHEDSMÆSSIGE COMPUTERSPECIFIKKE UDFORDRINGER	99
7.3.1.	<i>Kommissionens High Level Expert Group og regulering af kunstig intelligens</i>	99
7.3.2.	<i>Er der behov for ny regulering af for ny regulering mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer?</i>	100
7.3.3.	<i>Hvordan kan ny regulering beskytte mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer?</i>	102
7.4.	DELKONKLUSION.....	111
8.	PERSPEKTIVERING	114
9.	SAMLET KONKLUSION	117
10.	LITTERATURLISTE	119
10.1.	EU-RETSKILDER:	119
10.2.	DANSKE RETSKILDER.....	120
10.3.	RETSPRAKSIS (KRONOLOGISK)	121
10.4.	VEJLEDNINGER	121
10.5.	BØGER (OPLISTET ALFABETISK).....	122
10.6.	ELEKTRONISKE KILDER (OPLISTET ALFABETISK)	124

English Summary

Legal certainty is recognized by the European Court of Justice as one of the fundamental rights upon which EU-law is based. Legal certainty is obtained by clear and precise law with foreseeable legal ramifications. Oftentimes when society changes in a major way, so does the law that governs it.

The subject of this thesis is to examine whether the EU-provisions currently in force today serve as effective protection of the EU-citizens' right to legal certainty when they are subject to automated decision-making in the public sector, and which legal measures could be implemented to improve this protection. Newly developed technologies such as machine-learning have paved the way for an automated society. Public authorities have taken steps to implement automation in their procedures, spurred on by the ever-increasing need for more efficient and streamlined workflow.

Firstly, this thesis explores the technology behind automated decision-making, and the downsides of this push for automation, as well as the negative effect on legal certainty, which includes illegitimacy and lack of transparency, by pointing out the computer-specific issues regarding legal certainty that arise from the use of automated decision-making.

Secondly, this thesis assesses the legal implications of the General Data Protection Regulation article 22 on automated decision-making and the Charter of Fundamental Rights of the European Union article 41. Based on the assessment, this thesis concludes that EU-citizens are entitled to transparency in regard to both system functionality and the legal justification of a specific decision, when the automated decision is based on EU-law. Furthermore, this thesis concludes that neither article 22 of the GDPR nor article 41 of the Charter constitutes an effective legal protection against the risk of illegitimacy posed by the use of computer-based automated decision-making.

Since the provisions explored in this thesis does not effectively regulate all the computer-specific issues related to automated decision-making, the last part of this thesis suggests the establishment of a separate set of rules regarding the implications of automated decision-making. In order to mitigate the risk of illegitimacy, we suggest a hybrid-model based on the legal right to human involvement. The hybrid-model is consistent with the legal principles of the EU as it serves to protect the fundamental rights, without neglecting the effectiveness of computerization.

1. Indledning

1.1. Introduktion til emnet

Det er et kendetegn for mennesket, at det er i stand til at gøre brug af redskaber for at gøre dets liv lettere.¹ Efter industrialiseringens begyndelse i midten af 1700-tallet er menneskets anvendelse af maskiner til at effektivisere samfundet eksploderet.² Med denne udvikling har fulgt en bekymring for de ukendte forandringer, som teknologiske revolutioner af samfundet kan medføre. Herhjemme beskrev N.F.S. Grundtvig i 1849 den maskinelle udvikling som noget, der ”tog brødet ud af munden på folk og pinte sjælen ud af livet”.³

Uanset disse bekymringer er udviklingen fortsat i en sådan grad, at nogen i dag taler om, at vi befinder os i den fjerde industrielle revolution, hvor vores hverdag i stigende grad er præget af robotter, der kan overtage velfærdsopgaver.⁴

I 2018 nedsatte EU en ekspertgruppe, der blandt andet skulle undersøge de etiske problemstillinger, som anvendelsen af kunstig intelligens medfører.⁵ I Danmark har Folketinget indgået en politisk aftale om, at der i lovgivningsprocessen skal tages hensyn til digitalisering⁶, og den tidligere regering offentliggjorde i marts 2019 en national strategi for brugen af kunstig intelligens i den offentlige sektor.⁷ Alt i alt tyder det på, at det er tendensen i EU og medlemsstaterne, at politikkerne ønsker at give bedst mulige betingelser for anvendelsen af det enorme effektiviseringspotentiale, som fænomener som automatiske afgørelser lover.

Den offentlige forvaltning i EU vil således efter al sandsynlighed i løbet af en nær fremtid gennemgå en omfattende teknologisk revolution, hvilket imidlertid rejser et spørgsmål om, hvorvidt omvæltningen udelukkende er til gavn for borgerne, eller om den indebærer et kompromis med grundlæggende værdier såsom borgerens retssikkerhed.

¹ Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019), side 133.

² <https://denstoredanske.lex.dk/industrialisering> [sidst aktiveret d. 20. november 2020].

³ Skyggebjerg, Louise: Industri på udstilling – 1888 (2017), side 14.

⁴ Svarre, Peter: Hvad skal vi med mennesker? (2019), side 8.

⁵ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence> [sidst aktiveret d. 20. november 2020].

⁶ <https://www.regeringen.dk/publikationer-og-aftaletekster/aftale-om-digitaliseringsklar-lovgivning/> [sidst aktiveret d. 20. november 2020].

⁷ <https://www.regeringen.dk/nyheder/2019/national-strategi-for-kunstig-intelligens/> [sidst aktiveret d. 20. november 2020].

Den retlige ramme, der skal sikre borgerens retssikkerhed i forbindelse med afgørelser i den offentlige forvaltning, er udviklet over flere århundreder på baggrund af en præmis om, at forvaltningsafgørelsen bliver truffet af et menneske og ikke af en computer. Derfor er det ikke sikkert, at denne retlige ramme giver den samme beskyttelse mod de specifikke retssikkerhedsmæssige udfordringer, der opstår, når afgørelserne træffes af ny computerteknologi.

Menneskers hjerner fungerer ikke på samme måde som computere, og forskellen fra menneskelig til algoritmisk afgørelsesvirksomhed kan være afgørende for, hvilke retssikkerhedsmæssige risici lovgivningen skal indrettes efter. Det er denne præmis, der ligger til grund for problemformuleringen umiddelbart nedenfor.

1.2. Problemformulering

Hvilken retlig beskyttelse har EU-borgeren mod de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning medfører, og hvordan kan EU-borgerens retssikkerhed forbedres gennem ny regulering?

1.3. Afgrænsning

Afhandlingen fokuserer udelukkende på automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning. Der vil ikke desto mindre blive anvendt eksempler på automatiserede processer i både den private sektor og ved domstolene, når disse eksempler er fundet velegnede til at belyse en pointe, der også gør sig gældende for automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Afhandlingens hovedbegreb er retssikkerheden. Automatiske afgørelser er et emne, der også berører flere områder af retssystemet, herunder navnlig databeskyttelsesretten. Når databeskyttelsesforordningen⁸ i betydelig grad inddrages i afhandlingen, er det grundet en hypotese om, at databeskyttelsesforordningen også kan bruges til at beskytte EU-borgerens retssikkerhed. Rene databeskyttelsesretlige hensyn ligger uden for rammerne af denne afhandling.

Nærværende afhandling tager udgangspunkt i EU-retten, hvorfor der som udgangspunkt alene undersøges EU-regulering. Der kan således i medlemsstaterne være national ret, der sikrer retssikkerheden yderligere, end den EU-regulering, som vores afhandling har for øje.

⁸ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse).

Afhandlingen forholder sig imidlertid ikke til sådanne nationale tiltag, eftersom afhandlingen skrives i et EU-retligt perspektiv, idet vi mener at harmonisering på området kan være nødvendigt for at sikre en minimumsbeskyttelse af EU-borgerens retssikkerhed.

Endeligt fokuserer afhandlingen på *borgerens* retssikkerhed, hvilket betyder, at automatiske afgørelser rettet mod juridiske personer ikke er omfattet af afhandlingen.

1.4. Disposition

Specialet er opbygget i tre dele:

Del I klarlægger fænomenet automatiske afgørelser. Først beskriver vi, hvad en automatisk afgørelse er, og hvad teknologien bag fænomenet indebærer (afsnit 2), hvorefter vi aktualiserer emnet ved at afdække anvendelsen af automatiske afgørelser i EU i dag (afsnit 3). Til sidst undersøger vi på baggrund af den viden om teknologien bag automatiske afgørelser, der er fremlagt i afsnit 2, hvordan anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning kan implicere retssikkerhedsmæssige udfordringer for borgeren, som ikke gør sig gældende ved manuelle afgørelser (afsnit 4). Konklusionerne af afsnit 4 vil definere afhandlingens faktiske problem, nemlig konsekvenserne for borgerens retssikkerhed ved brugen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Del II udgør afhandlingens tyngdepunkt. Vi vil her gennem en retsdogmatisk analyse undersøge, hvilken retlig beskyttelse EU-borgeren har mod de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som er blevet defineret i afsnit 4. Først analyserer vi databeskyttelsesforordningens artikel 22 (afsnit 5) og dernæst EU-Chartrets⁹ artikel 41 (afsnit 6). Konklusionerne af disse afsnit vil definere afhandlingens retlige problem, nemlig de dele af det faktiske problem, der ikke er tilstrækkeligt dækket af nuværende EU-regulering.

Del III indeholder en retspolitisk diskussion, der tager afsæt i konklusionerne i del II (afsnit 7). Først og fremmest diskuterer vi, om der er behov for ny EU-regulering af anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, og dernæst giver vi vores bud på, hvor en sådan regulering bør placeres, og hvad den bør indeholde.

⁹ Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 364 af 18. december 2000.

Afhandlingen afsluttes med en perspektivering til den danske politiske aftale om digitaliseringsklar lovgivning (afsnit 8).

1.5. Metode

1.5.1. Retsdogmatik og retskildemæssige overvejelser

For at besvare problemformuleringens første led, altså hvilken retlig beskyttelse EU-borgeren har mod de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning medfører (afhandlingens del II), har vi anvendt den retsdogmatiske metode.

Den retsdogmatiske metode går ud på at beskrive gældende ret¹⁰. Afhandlingen anvender således den retsdogmatiske metode til at fastsætte, hvad der er gældende ret på nuværende tidspunkt. Beskrivelsen af gældende ret er afhængig af karakteren af den retlige problemstilling, herunder hvilken del af retssystemet problemstillingen befinder sig i, og hvilken retsinstans der skal tage stilling til problemstillingen. Dette er et udtryk for rettens polycentriske udformning.¹¹

Afhandlingens mål om at afklare gældende ret er begrænset til EU-retten. EU-retten består af primær og sekundær EU-ret, hvor EU-traktaterne udgør den primære EU-ret og den sekundære ret består i forordninger, direktiver, afgørelser, henstillinger og udtalelser.¹²

Den første centrale retskilde, der anvendes til at besvare spørgsmålet om EU-rettens beskyttelse af retssikkerheden ved automatiske afgørelser, er databeskyttelsesforordningen. Databeskyttelsesforordningen er en væsentlig retskilde, idet den som en supranational retskilde og i kraft af sin status som forordning er bindende og gælder umiddelbart i medlemsstaterne.¹³ Desuden går forordningen forud for national lovgivning, hvilket blandt andet blev slået fast i Den Europæiske Unions Domstols afgørelse i sag 6/64, *Costa mod ENEL*, 1964. EU-rettens forrang be-

¹⁰ Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014), side 40.

¹¹ Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014), side 58.

¹² Kure, Henrik, EU-ret kompendium, Karnov Group, 5. udgave (2016) side 19.

¹³ Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014), side 158.

grundet i et ønske om at sikre EU-rettens effektivitet og ensartede anvendelse i medlemsstaterne.¹⁴ EU-rettens forrang betyder, at den beskyttelse, som databeskyttelsesforordningen giver, går forud for national lovgivning.

Til udfyldning af databeskyttelsesforordningens bestemmelser har vi inddraget fortolkningsbidrag i form af vejledninger, retningslinjer og andre dokumenter fra forskellige nationale datatilsyn og artikel-29 gruppen (forgængeren til Det Europæiske Databeskyttelsesråd, herefter EDPB). På trods af, at de supplerende kilder ikke er retligt bindende, har organernes dokumenter den funktion at uddybe databeskyttelsesforordningen og kan derfor benyttes som et støtte-redskab, når det skal afklares, hvad der udgør gældende ret.¹⁵

Den anden centrale retskilde, der anvendes til at besvare spørgsmålet om EU-rettens beskyttelse af retssikkerheden ved automatiske afgørelser, er Chartret om Grundlæggende Rettigheder – mere specifikt retten til god forvaltning efter artikel 41. EU-Domstolen har fastlagt, at de grundlæggende rettigheder, som findes i Chartret er en væsentlig retskilde i EU-retten.¹⁶ Det er fastlagt i TEU¹⁷, at Chartret har samme juridiske værdi som traktaterne jf. TEU artikel 6, stk. 1.¹⁸

I fortolkningen af bestemmelserne i databeskyttelsesforordningen og Chartret er der anvendt forskellige almindelige EU-retlige fortolkningsprincipper, herunder ordlydsfortolkning, formålsfortolkning samt EU-konform fortolkning.¹⁹ I EU-retten lægges der særligt vægt på tilkendegivelser om formålet med bestemmelserne, der fremgår af præambelbetragtningerne²⁰, hvorfor disse også vil blive tillagt vægt i afhandlingen.

Afhandlingen inddrager også domspraksis fra EU-Domstolen. I EU er der oprettet et domstols-system, hvor sagerne bliver behandlet ved EU-Domstolen, som endeligt fastlægger, hvad der

¹⁴ Sørensen Engsig, Karsten, Nielsen Runge, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014), side 163.

¹⁵ Blume, P., Persondatarettens kilder og metode, Djøfs Forlag, 1. udgave 2020, side 45.

¹⁶ Sørensen Engsig, Karsten, Nielsen Runge, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014), side 99.

¹⁷ Traktaten om Den Europæiske Union.

¹⁸ Ibid. side 116.

¹⁹ Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-RET. Fri bevægelighed, Karnov Group, 3. udgave (2018), side 32.

²⁰ Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014), side 199.

er gældende EU-ret. EU-Domstolens afgørelser har stor retskildemæssig værdi, idet medlemsstaterne er forpligtet til at lægge afgørelserne til grund. Medlemsstaterne er også bundet af EU-Domstolens afgørelser selvom de pågældende medlemsstater ikke er parter i sagen.²¹

Desuden har vi inddraget Den Europæiske Kodeks for God Forvaltning som fortolkningsbidrag, for at finde frem til indholdet af retten til god forvaltning i Chartrets artikel 41. Kodeksen er udarbejdet af EU-ombudsmanden og har til formål at fremme harmoniseret og borgerfokuseret europæisk forvaltningskultur både i og uden for institutionerne. Ombudsmandens opgave er at undersøge, om der er blevet begået fejl eller forsømmelser af Unionens institutioner.²² Enhver unionsborger har ret til at klage til EU-ombudsmanden, jf. TEUF²³, artikel 228, stk. 1, 1. pkt.²⁴

Den retsdogmatiske metode vil i øvrigt blive suppleret af teknisk teori for at forklare relevansen for og sammenhængende mellem teknologien og det retlige grundlag for afhandlingen.

1.5.2. Retspolitik

For at besvare problemformuleringens andet led, altså hvordan EU-borgerens retssikkerhed kan forbedres gennem ny regulering (afhandlingens del III), har vi anvendt den retspolitiske metode. På baggrund af de konklusioner, der kan drages på baggrund af den retsdogmatiske analyse af, hvordan reglerne *er*, har vi efterfølgende diskuteret, om reglerne bør være anderledes, og - i bekræftende fald - hvordan de bør være.

I vores retspolitiske diskussion, har vi forsøgt at gøre det så tydeligt som muligt, hvad vores forslag er. Det har vi gjort for at gøre diskussionen konkret og kvalificeret. Vi er bevidste om, at vi kunne have foreslået andre løsninger, men for overblikkets skyld har vi begrænset vores forslag til det, som vi mener er mest centralt for at kunne besvare vores problemformulering.

For det andet har vi forsøgt at holde et højt fagligt niveau i argumentationen af de retspolitiske forslag ved at underbygge argumenterne med teori. Noget af teorien har karakter af klassisk jura, mens andre dele af teorien også indeholder psykologi og datalogi, hvilket er nødvendigt

²¹ Ibid. side 199.

²² Sørensen Engsig, Karsten, Nielsen Runge, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014), side 78.

²³ Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde.

²⁴ Ibid. side 79.

for at forstå forskellen på, når en afgørelse træffes på baggrund af henholdsvis menneskelig og automatisk behandling, samt for at forstå mulighederne i samspillet mellem computeren og mennesket.²⁵

For det tredje har vi forsøgt at klarlægge værdigrundlaget for diskussionen og udpensle, hvem vores forslag vil stille bedre, og hvem det vil stille værre i forhold til gældende ret. Diskussionen indebærer en grundlæggende konflikt mellem borgerens retssikkerhed og effektivisering.

Vi vil i diskussionen ikke foretage en specifik analyse af de økonomiske konsekvenser, som automatiseringen af den offentlige forvaltning kan medføre. Vores argumentation i den sammenhæng bygger alene på en generel afvejning mellem hensynet til retssikkerheden og hensynet til effektivisering.

Derfor har vi forsøgt at lægge os op ad EU's overordnede tilgang til konflikten mellem de to hensyn. Det er en generel opfattelse i EU, at effektivisering ikke må ske på bekostning af retssikkerheden.²⁶ På den måde har vi fulgt et mål om at finde en løsning, der kan tilgodese effektiviseringshensynet i den højest mulige grad, uden at det går væsentligt ud over borgerens retssikkerhed.

1.5.3. Opgavemetodisk tilgang

Et af de to overordnede formål med denne afhandling er at undersøge de regler, der kan beskytte borgerens retssikkerhed ved automatiske afgørelser. Det vi først og fremmest gerne vil undersøge er, om de nugældende EU-regler beskytter borgerens retssikkerhed ved automatiske afgørelser på tilstrækkelig vis.

I den henseende findes der to centrale retskilder, navnlig databeskyttelsesforordningens artikel 22 om automatiske individuelle afgørelser og Chartrets artikel 41 om retten til god forvaltning.

Vi har bygget hele afhandlingens del II op på baggrund af en hypotese om, at de to bestemmelser komplementerer hinanden i den forstand, at databeskyttelsesforordningens artikel 22 omhandler automatiske afgørelser uden eksplicit at varetage hensynet til retssikkerheden, mens

²⁵ Vi har søgt inspiration til, hvordan man skriver en god retspolitisk diskussion i Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014), side 292f.

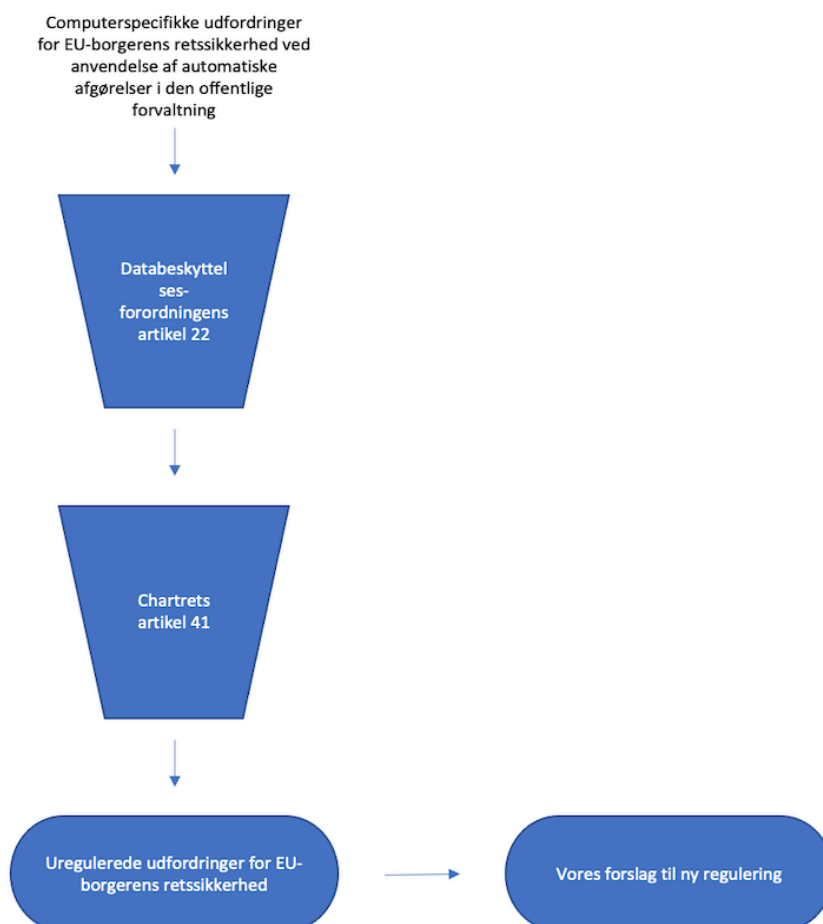
²⁶ EU-Kommissionens "WHITE PAPER on Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust", side 25.

det omvendte gør sig gældende for Chartrets artikel 41, der netop varetager hensynet til retssikkerheden, men ikke nævner noget specifikt om automatiske afgørelser.

Vores analyse starter i databeskyttelsesforordnings artikel 22, idet denne bestemmelse specifik vedrører automatiske afgørelser. Vores fremgangsmåde kan beskrives med en tragtmodel. Vi skitserer først nogle grundlæggende problemstillinger ved anvendelsen af automatiske afgørelser. Herefter lader vi problemstillingerne falde igennem en tragt bestående af den beskyttelse som databeskyttelsesforordningens artikel 22 yder for at finde frem til, hvilke problemstillinger der løses af bestemmelsen og hvilke problemer, der falder igennem.

Herefter har vi ladet de resterende problemstillinger falde igennem en ny tragt, som består af den beskyttelse, som Chartrets artikel 41 yder for borgerens retssikkerhed. Dette gør vi fordi artikel 41 dækker over en bredere og mere generel beskyttelse af retssikkerhed. De problemstillinger, som eventuelt falder igennem den sidste tragt, vil blive behandlet i det afsluttende retspolitiske afsnit, som kommer med forslag til, hvordan de resterende udfordringer kan løses.

Opbygningen i vores afhandling kan ses i tragtmodellen nedenfor i Figur 1:



Figur 1

Til sidst er det hensigtsmæssigt at knytte et par kommentarer til det øverste led i modellen, nemlig de retssikkerhedsmæssige udfordringer ved automatiske afgørelser i forvaltningen.

Disse bygger på en forudsætning om, at automatiske afgørelser indebærer nogle computerspecifikke udfordringer for retssikkerheden, som ikke eksisterer ved afgørelser truffet af mennesker.

I afhandlingens del I forklarer vi, hvilke computerspecifikke udfordringer der findes, og hvorfor de specifikt gælder ved *automatiske* afgørelser. Dette afsnit vil i højere grad have datalogisk karakter, end det vil være juridisk. Denne tværfaglighed har været en nødvendighed for at fastlægge afhandlingens faktiske problem, som er særdeles teknisk.

Læseren skal være opmærksom på, at vi behandler et komplekst datalogisk emne, hvor selv eksperter er uenige om, hvad computerteknologien er i stand til, og hvad dens potentiale er. Vi har bestræbt os på at lægge de mest udbredte opfattelser til grund, samtidigt med at vi tager det forbehold, at vi ikke ved, hvordan fremtiden vil udvikle sig. På baggrund af dette forholder vi os kun til, hvad computerteknologien i den nære fremtid *formentligt* vil være i stand til, og hvad den *formentlig ikke* vil være i stand til.

Del I – Automatiske afgørelser og computerspecifikke udfordringer for retssikkerheden

2. Automatiske afgørelser og teknologien bag

For at forstå fænomenet automatiske afgørelser, det endeløse internationale fokus på udviklingen heraf og de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser kan medføre i forhold til den manuelle afgørelse, er det nødvendigt at tilegne sig en vis forståelse for den teknologi, der ligger bag fænomenet.

En automatiske afgørelse definerer vi i denne afhandling som en afgørelse, der helt eller delvist foretages af en computer. Den automatiske afgørelse kan altså både være fuldautomatisk og delvist automatisk. Den fuldautomatiske afgørelse er afgørelsen, der foretages uden nogen form for menneskelig indgriben. Den delvist automatiske afgørelse skal ikke forstås som enhver afgørelse, hvor en computer er anvendt som hjælpemiddel i sagsbehandlingen, for eksempel til almindelig databehandling i et sagssystem. I denne afhandling skal den delvist automatiske afgørelse i stedet forstås som en afgørelse, hvor et eller flere led i sagsbehandlingen varetages af en computer alene.

Det er vigtigt at fremhæve, at vores definition på automatiske afgørelser er anderledes fra databeskyttelsesforordningens definition, idet vores også indeholder delvist automatiske afgørelser. Vi har medtaget de delvist automatiske afgørelser, fordi de kan indeholde de samme retssikkerhedsmæssige udfordringer som de fuldautomatiske.

Inden vi ser nærmere på de retssikkerhedsmæssige udfordringer, der opstår ved anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, giver vi en kort introduktion til, hvad en computer egentlig er og hvilken type computerteknologi, der ligger til grund for de automatiske afgørelser, som træffes af offentlige myndigheder i EU i dag.

2.1. Teknologien bag automatiske afgørelser

Ordet ”computer” er afledt af de engelske ord ”to compute”, som betyder ”at beregne”.² Helt overordnet består en computer af en inputenhed, en central regneenhed (en CPU) og en outputenhed.³ Gennem inputenheden indsamles data, der behandles i CPU’en og alt afhængigt af de

koder, som CPU'en opererer efter, forsyner outputenheden brugeren med resultatet af databehandlingen.

Anvendelsen af computerteknologi til at træffe afgørelser i den offentlige forvaltning er langt fra et nyt fænomen.²⁷ I takt med at teknologien udvikler sig, vokser potentialet for anvendelsen af automatiske afgørelser. På et internationalt plan har offentlige forvaltnings øgede anvendelse af machine learning-baserede løsninger de seneste år givet anledning til stor debat, og EU har udarbejdet en række etiske retningslinjer for, hvordan medlemsstaterne bør anvende dette potentiale.²⁸ Det er nemlig bredt anerkendt, at jo mere komplekst og autonomt en computer opererer, desto større er risikoen for retssikkerhedsmæssige udfordringer.²⁹

Kompleksiteten og autonomien hænger i høj grad sammen med, hvilken form for teknologi der anvendes til at træffe automatiske afgørelser. Nedenfor gives derfor først en introduktion til almindelige algoritmer, der kan placeres i den simple ende af teknologiskalaen, og som allerede anvendes flittigt af offentlige forvaltninger som værktøj til at træffe simple automatiske afgørelser.³⁰ Dernæst gives en introduktion til machine learning-teknologien, der er mere kompleks og rummer potentialet til, at computere i fremtiden også kan blive anvendt til at foretage skøns-mæssige og abstrakte vurderinger i processen op til en afgørelse.³¹

2.1.1. Almindelige algoritmer

Kompleksiteten af den behandling, der foretages i CPU'en med henblik på en automatisk afgørelse kan, som beskrevet ovenfor, variere i forskellige grader. I den laveste ende af skalaen af kompleksitet og autonomi vil CPU'en bestå af enkle "if-statements", der bestemmer, hvordan det endelige output (for eksempel selve afgørelsen) skal udforme sig i forhold til det input (data), computeren har fået. Det vil i sin simpleste forstand sige, at CPU'en indeholder koder, der bestemmer, at hvis inputtet er lig med x, så skal outputtet være lig med y. Algoritmen kan så gøres mere kompleks ved at kombinere if-statements i beslutningstræer, hvor outputtet gøres afhængigt af flere variabler. For at afgørelsen kan træffes med almindelige algoritmer, kræver

²⁷ Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019), side 8.

²⁸ Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, *Juristen* nr. 4 (2020), side 140.

²⁹ Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019), side 3.

³⁰ Se afsnit 3 om anvendelsen af automatiske afgørelser.

³¹ Hurwitz, Judith & Kirsch, Daniel: *Machine Learning For Dummies*, IBM Limited Edition, 1. udgave, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc. (2018), side 4f.

det, at de faktiske omstændigheder i sagen enten er eller på simpel vis kan opgøres skematisk til tal, idet tal er det eneste input, som almindelige algoritmer kan behandle.³²

Et praktisk eksempel på netop dette kunne være en automatisering af beslutningen om, hvorvidt en person kan få folkepension eller ej. I så fald kunne koden i CPU'en opsættes efter følgende logik:

*Hvis input (alder) ≥ 66 -> tildeles folkepension,
ellers -> ej tildeles folkepension*

Det vil sige, at hvis inputtet, som er personens alder, er det samme som eller højere end 66, skal vedkommende have tildelt folkepension. Hvis det ikke er tilfældet, skal vedkommende ikke have tildelt folkepension. Denne form for automatisk afgørelse er meget simpel og kræver intet abstraktionsniveau af computeren, idet der blot er tale om en simpel matematisk udregning.

Set fra et retssikkerhedsmæssigt perspektiv er der ikke rigtig noget ved denne model, der kan bevirke, at der træffes en forkert eller usaglig afgørelse, idet den baseres på transparente prædefinerede kriterier. Derfor kan ræsonnementet bag udfaldet let genereres og formidles til borgere, der ønsker indsigt i afgørelsen. I eksemplet vedrørende tildeling af folkepension ovenfor vil begrundelsen for afslag således være, at ansøgeren borgeren ikke er fyldt 66 år.

2.1.2. Machine learning

I kontrast til de almindelige algoritmer står machine learning-teknologien. Hvis computere skal være i stand til at træffe mere komplicerede forvaltningsafgørelser end dem, som de almindelige algoritmer kan træffe, er machine learning nødvendig.

Vi mennesker har en unik evne til at forholde os til alle mulige former for input i form af sansendeindtryk og til at foretage abstrakte vurderinger og afvejninger af forskellige hensyn. Denne evne har vi udviklet gennem et langt liv via et utal af erfaringer. Mennesket har en hjerne, der, på grund af dens 100 milliarder neuroner, er i stand til at bearbejde disse erfaringer i sammenhæng med hinanden og anvende dem til at løse et konkret problem.³³ Mennesket er

³² <https://whatis.techtarget.com/definition/algorithm> [sidst aktiveret d. 29. november 2020].

³³ <https://www.brainfacts.org/in-the-lab/meet-the-researcher/2018/how-many-neurons-are-in-the-brain-120418>

[sidst aktiveret d. 29. november 2020].

med andre ord intelligent. En computers evner er derimod som udgangspunkt begrænset til at regne med tal. Opgaver som at behandle abstrakte input, mestre sprog og planlægge ud i fremtiden er alle egenskaber, som computere har meget vanskeligt ved.³⁴ Udviklingen af maskinlæring har imidlertid gjort det muligt for en computer i et begrænset omfang at tilegne sig disse egenskaber.

Machine learning er en teknologi, som gør et system i stand til at lære på baggrund af historiske data frem for at være begrænset til prædefineret programmering.³⁵ Et computersystem kan således trænes iterativt til at kunne behandle ustruktureret input eller foretage abstrakte vurderinger ved hjælp af store datamængder.³⁶ Machine learning rummer et stort potentiale i forbindelse med automatisering af afgørelsesvirksomheden i det offentlige, idet teknologien for eksempel gør det muligt gennem empirisk sandsynlighedsregning at beskrive og forudsige mere abstrakte forhold. Det kan gøre computeren i stand til i et vist omfang at udføre skønsmæssige vurderinger, som spiller en central rolle i mange forvaltningsafgørelser.

Machine learning findes på flere niveauer af kompleksitet, som hvert defineres ud fra, hvordan systemet trænes.³⁷ Det kan ske ved, at systemet fodres med menneskeligt udvalgt data, og det kan ske ved, at systemet selv inddrager historisk data.

Det mest komplekse niveau af machine learning kaldes deep learning, som er en metode, der er udviklet med det formål at efterligne den menneskelige hjerne. Teknisk fungerer det ved, at systemet opbygges i flere neurale netværk i successive lag.³⁸ Opbygningen gør computeren i stand til på egen hånd at strukturere og anvende ustruktureret data. Deep learning gør sågar systemer i stand til at udvikle deres egne mål og måder at behandle data på, som i sidste ende kan være umuligt for mennesket at gennemskue.³⁹ I 2015 formåede forskere at efterligne en fladorms hjerne.⁴⁰ En fladorms hjerne består af 302 neuroner, og et menneskes hjerne består af

³⁴ Hurwitz, Judith & Kirsch, Daniel: Machine Learning For Dummies, IBM Limited Edition, 1. udgave, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc. (2018), side 13f.

³⁵ Ibid, side 10.

³⁶ Ibid, side 5.

³⁷ <https://www.ibm.com/dk-en/analytics/machine-learning> [sidst aktiveret d. 2. november 2020].

³⁸ <https://www.ibm.com/dk-en/analytics/machine-learning> [sidst aktiveret d. 2. november 2020].

³⁹ <https://www.teknologisk.dk/ydelseer/deep-learning-robotter-kan-laere-som-nyfoedte/37138> [sidst aktiveret d. 2. november 2020].

⁴⁰ Podcast: META & FYSIKKEN: AFSNIT 7: KUNSTIG INTELLIGENS OG EMPATI Tilgængelig på:

<https://www.meta-podcast.com/podcasts/tag/kunstig+intelligens>.

100.000.000.000 neuroner.⁴¹ Der er altså et stykke vej endnu, før deep learning-teknologien kan gøre computere lige så komplekse som menneskers hjerne.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at risikoen for retssikkerhedsmæssige problemer stiger proportionelt med kompleksiteten og niveauet af autonomi hos den computer, der træffer eller er med til at træffe den automatiske afgørelse. Netop med afsæt i anerkendelsen af denne risiko argumenterer mange forskere i dag for, at forvaltningen, hvis den ønsker at anvende machine learning til at træffe skønsmæssige afgørelser, skal have en eller anden form for menneskelig supervisering. I artiklen *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making* beskriver Zalnieriute, Moses og Williams, hvordan vi mennesker grundlæggende har to justerende knapper vi kan skrue på for at minimere retssikkerhedsmæssige problemer, når vi i større eller mindre grad overlader afgørelseskompetence til maskinerne.⁴² Disse to justeringsmuligheder skildres i afsnittet nedenfor.

2.1.3. Første justeringsmulighed

Det første, der kan justeres på, er, hvor meget af den endelige afgørelseskompetence, der reelt overlades til en computer. Graderne af overladelse kan opdeles i tre. Den mindste grad af overladelse er de tilfælde, hvor computeren blot er en simpel form for beslutningsstøtte for den menneskelige sagsbehandler. Computeren assisterer således mennesket i forhold til udfaldet af en given afgørelse. Herefter følger graden, hvor computeren faktisk får overladt afgørelseskompetencen, men hvor mennesket superviserer undervejs. Til sidst – og mest ekstremt – er de tilfælde, hvor afgørelseskompetencen er overladt fuldkomment til computeren.⁴³ For at illustrere disse tre stadier af overladelse af afgørelseskompetence, følger her nogle eksempler.

Beslutningsstøttende computerteknologi anvendes i stor stil i lufthavnes grænsekontrol. Et eksempel fra den virkelige verden er, at der i grænsekontrollen i lufthavne anvendes et ansigtsgenkendelsessystem, der kan identificere en tilrejsende. Computeren finder herefter automatisk

⁴¹ Ibid.

⁴² Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019), side 6f.

⁴³ Ibid., side 7.

den identificeredes rejsehistorik frem, og på baggrund af denne historik beslutter et menneske i grænsekontrollen, om den identificerede tillades indrejse eller ej.⁴⁴

Et eksempel på graden, hvor mennesket blot superviserer computeren, ville være hvis computeren selv træf afgørelsen i grænsekontrollen på baggrund af nogle bestemte kriterier, hvorefter den menneskelige tilsynsførende havde mulighed for at gribe ind, hvis vedkommende fandt det nødvendigt.⁴⁵

Et eksempel, på den største grad af overdragelse af afgørelseskompetence, er, hvis computeren selv træf en endelig afgørelse, som herefter ikke ville blive eftersat af et menneske.⁴⁶

Graden af overdragelse af afgørelseskompetencen styres af mennesker og selvom flere lande – herunder en række EU-medlemsstater – i dag eksperimenterer med myndighedsudøvelse, hvor afgørelseskompetencen er fuldkommen overladt til en computer, så er den mest udbredte måde at effektivisere offentlige forvaltninger i EU på fortsat, at computeren assisterer den menneskelige sagsbehandler ved at agere støtteværktøj i afgørelsesprocessen for menneskelige sagsbehandlere.⁴⁷

2.1.4. Anden justeringsmulighed

Den anden justeringsmulighed vi som mennesker har i forhold til overdragelsen af afgørelseskompetence til algoritmer, og som ligeledes spiller en væsentlig rolle for kompleksiteten, autonomien og dermed retssikkerheden, er den teknologi, som algoritmen anvender til at træffe afgørelse på baggrund af.⁴⁸

Som gennemgået i afsnit 2 vil der være stor forskel på, om offentlige myndigheder i forbindelse med sagsbehandlingen anvender almindelige algoritmer eller machine learning-baserede algoritmer. De retssikkerhedsmæssige udfordringer stiger nemlig proportionelt med graden af algoritmers autonomi og kompleksitet.

⁴⁴ Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS 2019, side 7.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Chiusi, Fabio, AlgorithmWatch, Automating Society Report 2020 (2020), side 6.

⁴⁸ Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS 2019, s. 7 – 8.

For at kompensere for potentielle retssikkerhedsmæssige problemer, har mennesker de ovenfor beskrevne justeringsmuligheder, der i større eller mindre grad overlader afgørelseskompetencen til computeren. Der er som nævnt muligt at skrue ned for autonomien, kompleksiteten og dermed risikoen for at underminere retssikkerheden ved for det første kun at lade computeren assistere menneskelige sagsbehandlere, og for det andet ved at begrænse computerens anvendelse i sagsbehandlingen til de dele, der kan løses ved hjælp af almindelige algoritmer.

For at aktualisere fænomenet automatiske afgørelser, vil der i nedenstående afsnit gives en beskrivelse af, hvordan forskellige lande anvender automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning. Eksemplerne viser, hvordan graden af overladelse har en betydning for, hvilke risici og fordele, der følger med at automatisere afgørelsesvirksomheden.

3. I hvilken udstrækning anvendes automatiske afgørelser i dag?

Hver eneste dag træffes tusindvis af forvaltningsafgørelser i medlemsstaterne. Mange af disse afgørelser har en sagsbehandlingstid på flere måneder og har krævet timevis af manuel behandling af sagsbehandlere i medlemsstaternes respektive forvaltninger.⁴⁹ Med afsæt i dette vurderede World Economic Forum tilbage i 2017, at udviklingen af teknologi, der kan assistere med blandt andet automatisering af forvaltningsafgørelser, er en af de teknologiske udviklinger, der har størst potentiel nytteværdi i fremtiden.⁵⁰

Dette potentiale har givet genklang i mange medlemsstater, der i stigende grad forsøger at automatisere flere typer af forvaltningsafgørelser helt eller delvist. Der findes ikke nogen officiel opgørelse af, hvor mange automatiske afgørelser, der bliver foretaget i EU. En undersøgelse foretaget af Advokatsamfundet viser, at omtrent 15-20 myndigheder i Danmark træffer fuldautomatiske afgørelser, og at brugen af delvist automatiske afgørelser er vidt udbredt i Danmark.⁵¹

⁴⁹ <https://www.youtube.com/watch?v=35UlgD7dwgl&fbclid=IwAR1ZGkrIpfiMH9I8ZwExGuGlvum-2a9Oibliy1E4WNfKvpS7EUwzgytPs3c> – Palmer, Henrik Olsen, Oplæg om, hvordan kunstig intelligens kan understøtte juridiske afgørelser (3:45 – 4:00), DFF Talk, 2019.

⁵⁰ Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, Juristen nr. 4 (2020), side 140.

⁵¹ <https://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2019/Advokaten%206/Automatiseret%20sagsbehandling%20og%20retssikkerhed%20Risici%20og%20potentialer.aspx> [sidst aktiveret 4. november 2020]. Undersøgelsen var baseret på interviews af offentlige myndigheder i Danmark.

Der er adskillige eksempler på disse initiativer i offentlige myndigheder i mange forskellige medlemsstater.⁵² I det følgende uddyber vi enkelte eksempler for at give et konkret indblik i, hvordan automatiske afgørelser i dag bliver anvendt i offentlige myndigheder i EU-medlemsstaterne. Herefter beskriver vi udvalgte eksempler på automatisering *uden for* EU - et eksempel fra USA og et fra Kina - hvor automatiseringen af afgørelsesvirksomheden har en noget mere kontroversiel karakter. Dette kan være med til at give et billede af, hvordan retssikkerheden, med den teknologi der er til rådighed i dag, kan blive endnu mere udfordret, end hvad de typiske europæiske tilfælde er eksempler på.

3.1. Automatiske afgørelser i EU

I Danmark er skattestyrelsens udvikling af et nyt ejendomsvurderingssystem et af de mere kendte og omdiskuterede eksempler på, at den danske forvaltning eksperimenterer med automatisering.⁵³ Tanken med dette projekt er at udvikle en model, der skal vurdere og angive værdien af en given fast ejendom på baggrund af en række oplysninger om ejendommen. På trods af at dele af vurderingerne fortsat forventes at skulle kontrolleres manuelt, er forventningen, at modellen på et tidspunkt vil være i stand til at generere størstedelen af alle ejendomsvurderinger egenhændigt.⁵⁴ Computerens output skal enten supplere eller helt overtage de vurderinger, der hidtil manuelt har været foretaget af sagkyndigt ansatte. Der er således tale om automatisering af et fagkyndigt skøn.⁵⁵

Et andet dansk eksempel er en machine learning-baseret løsning i Frederiksberg Kommune, der skal assistere kommunens sagsbehandlere i vurderingen af, hvorvidt en arbejdsløs borgers udeblivelse fra en jobsamtale eller et aktiveringstilbud skal medføre en sanktion i borgerens ydelse. Denne løsning skal assistere kommunens medarbejdere med at træffe afgørelse på baggrund af indsamlet data fra flere tusinde tidligere sager, og dermed sikre en mere ensartet vurderingspraksis.⁵⁶

Ungarn, Letland og Grækenland er gået sammen om at automatisere kontrol af immigranter fra tredjelande, som har valgt at krydse grænserne ind i EU. Projektet kaldes iBorderCtrl, og var

⁵² Chiusi, Fabio, AlgorithmWatch, Automating Society Report 2020 (2020) side 6.

⁵³ Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, Juristen nr. 4 (2020), side 143.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid.

baseret på brugen af ansigtsgenkendelsesteknologi og løgnedetektorer. Systemet blev droppet i august 2019, idet lederne af projektet mente, at det ikke egnede sig til at blive implementeret. Projektet er således et eksempel på en opgave, som ikke på tilfredsstillende vis kunne løftes gennem automatisering.⁵⁷

I Estland benyttes en machine learning-baseret computer til at fastlægge, hvorvidt landmænd, der modtager statslige tilskud, lever op til de retlige krav for at modtage støtten. Denne vurdering foregår ved, at satellitfotos af markerne evalueres af en computer, som skal tage stilling til, om landmændene rent faktisk sår og høster deres marker. Computeren tager stilling til hver enkelt pixel af billederne, og i de tilfælde, hvor computeren ikke er sikker, vil et menneske besøge marken for at vurdere sagen. Computeren står også for at påminde landmændene om, at det er tid til at høste deres marker.⁵⁸ Udgangspunktet for denne case er derfor, at computeren selvstændigt træffer afgørelsen.

Trelleborg Kommune i Sverige har siden 2017 fuldautomatiseret alle afgørelser vedrørende udbetaling af sociale ydelser til borgere i Trelleborg Kommune, der ikke er i stand til at arbejde, eller som midlertidigt er ude af arbejdsmarkedet.⁵⁹ På baggrund af borgernes ansøgninger om sociale ydelser, indsamler og kategoriserer algoritmen oplysninger om ansøgeren. Det drejer sig blandt andet om oplysninger vedrørende ansøgerens økonomiske forhold, herunder borgers skattebetalinger, hvor meget ansøgeren betaler i husleje, og om ansøgeren i den forbindelse modtager boligstøtte. På baggrund af disse oplysninger træffer algoritmen afgørelse om, hvorvidt ansøgeren har ret til udbetaling af sociale ydelser eller ej. Trelleborg-modellen startede som et enkeltstående projekt, men er sidenhen blevet implementeret i yderligere 14 kommuner i Sverige.⁶⁰ Trelleborg casen vil blive behandlet senere i afsnit 6.4.2.1.

Ovenstående eksempler giver en indikation af, hvordan medlemsstater i dag anvender og eksperimenterer med automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning. Lignende løsninger anvendes i en lang række øvrige medlemsstater, herunder i Belgien, Finland, Frankrig, Polen og

⁵⁷ Penner, Kristina og Chiusi, Fabio, AlgorithmWatch, Automating Society Report 2020 (2020), side 28.

⁵⁸ <https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/> [sidst aktiveret d. 2. november 2020].

⁵⁹ <https://algorithmwatch.org/en/story/trelleborg-sweden-algorithm/> [sidst aktiveret d. 10. november 2020].

⁶⁰ Ibid.

Spanien.⁶¹ Hvor anvendelsen af computere i forbindelse med forvaltningsretlige afgørelser tidligere alene har været tilsigtet en assisterende rolle, anvendes de i dag til at understøtte sagsbehandlerens sagkyndige og forvaltningsretlige skøn.⁶²

3.2. Automatiske afgørelser uden for EU

Anderledes og mere ekstremt står det til uden for EU's grænser. I 2015 introducerede en række stater i USA et system kaldet COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), der assisterer dommere i afgørelser af, hvorvidt personer under anklage bør varetægtsfængsles, og hvorvidt allerede dømte er egnede til prøveløsladelse.⁶³

Den data, som er inkorporeret i programmeringen af algoritmen, er ikke tilgængelig for offentligheden, men dele af de oplysninger, som algoritmens beregninger baserer sig på, blev i 2015 offentliggjort af virksomheden Northpointe, som også har udviklet algoritmen. Algoritmens beregninger baserer sig på oplysninger om øvrige indsatte i de amerikanske fængsler. Det drejer sig f.eks. om oplysninger vedrørende de indsattes tidligere bopæl, om de lider af et misbrug, samt en række øvrige socioøkonomiske forhold. På baggrund af disse oplysninger tegner computeren en risikoprofil, som indikerer, hvad sandsynligheden er for, at vedkommende vil begå kriminalitet i perioden mellem anholdelsen og domsfældelsen eller under prøveløsladelsen.⁶⁴

Udover spekulationer om, hvorvidt den etniske ulighed i de amerikanske fængsler afspejler sig i computerens afgørelser, har flere amerikanske medier sat spørgsmålstegn ved, om de amerikanske domstole går på kompromis med retssikkerheden ved at lade dommerens skønsmæssige vurdering påvirkes af en algoritmisk sandsynlighedsberegning. Desuden rettes der skarp kritik af, at systemets kode – og dermed information om, hvordan computeren fungerer – tilbageholdes som en forretningshemmelighed.⁶⁵

Et andet omdiskuteret tilfælde af automatisering af afgørelser kan findes i Kina, hvor 43 byer har introduceret et såkaldt Social Credit System (shehui xinyong tixi – SCS), hvis formål er at

⁶¹ Ibid.

⁶² Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, Juristen nr. 4 (2020), side 143.

⁶³ Northpointe Inc., Practitioner's Guide to COMPAS Core, March (2015), side 1.

⁶⁴ Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS Core, March (2015), side 27 og Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, Modern Law Review, UNSWLRS (2019), side 13.

⁶⁵ <https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html> [sidst aktiveret d. 10. oktober 2020].

skabe en "... *sincerity culture, and promoting honesty and traditional virtues [by using] encouragement for trustworthiness and constraints against untrustworthiness as incentive mechanisms.*"⁶⁶

Systemet belønner eller sanktionerer individer eller virksomheder baseret på deres gerninger, som nøje overvåges. De kinesiske borgere kan f.eks. blive fratrukket point for at få bøder og for at betale bøderne for sent. Der findes i alt 150 kategorier af positiv adfærd, der takseres med en forøgelse af scoren, og 570 kategorier af negativ adfærd, der reducerer individers SCS-score.

Implikationerne af borgernes SCS-score favner bredt og en lav score kan have store økonomiske og sociale konsekvenser for de kinesiske borgere. For eksempel kvalificerer folk med en lav SCS-score sig ikke til at optage bestemte lån eller blive ansat i visse jobs. I kontrast hertil opnår individer med en højere SCS-score billigere transport, gratis adgang til træningscentre og de prioriteres på hospitalernes ventelister.⁶⁷

Hele dette pointsystem administreres automatisk gennem et computersystem, og er blevet til på baggrund af et omfattende samarbejde mellem den kinesiske regering og tech-giganten Alibaba⁶⁸. SCS-systemet kombinerer informationer fra en lang række af Alibabas databaser, der blandt andet indeholder informationer om individers online browsing- og købshistorik, skatteinformationer og trafikforseelser for på automatisk vis at bestemme individers moral og troværdighed.⁶⁹

SCS-systemet fra Kina er et skrækeksempel, som er mere interessant end relevant for denne afhandling. Et tilsvarende system vil formentlig ikke udspille sig i et demokratisk samfund, men eksemplet illustrerer, hvordan automatiske afgørelser om borgernes rettigheder, kan misbruges til at gøre indgreb i borgerens retssikkerhed.

3.3. Opsamling på anvendelsen af automatiske afgørelser i dag

Computerteknologi har i mange år været anvendt til at assistere menneskelige sagsbehandlere med datakomprimering forud for forvaltningsafgørelser.⁷⁰ De seneste års teknologiudvikling

⁶⁶ Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019), side 12.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid, side 13.

⁷⁰ Finck, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law*, Oxford University Press (2020), side 4.

har imidlertid ført til, at offentlige forvaltninger rundt omkring i Europa er begyndt at eksperimentere med anvendelsen af machine learning som assistenceværktøj til at træffe automatiske afgørelser.⁷¹ Machine learning-teknologien har potentialet til at kunne assistere forvaltningen med skønsmæssige afgørelser, hvilket kan være med til at løfte en ressourcekrævende opgave i medlemsstaternes forvaltningsmyndigheder.

COMPAS, og SCS-systemet fra henholdsvis USA og Kina er langt fra virkeligheden i de europæiske medlemsstater, men eksemplerne kan give et indtryk af, hvad potentialet af teknologien rækker til.

4. Computerspecifikke udfordringer for retssikkerheden i forvaltningsafgørelser

4.1. Indledende bemærkninger

I dette afsnit redegør vi for præmissen for hele afhandlingen, nemlig at der findes nogle særegne retssikkerhedsmæssige udfordringer ved anvendelsen af automatiske afgørelser i forvaltningen, som ikke på samme måde findes ved den traditionelle afgørelsesvirksomhed. Disse kalder vi ”computerspecifikke udfordringer” eller ”computerspecifikke risici”.

Afsnittet skal derfor læses som en beskrivelse af hele den pulje af nye problemer, der opstår med anvendelsen af automatiske afgørelser. I opgavens *del II* undersøger vi, hvor stor en del af denne pulje, der er beskyttet af nugældende EU-ret, og i opgavens *del III* vurderer vi, hvordan de tilbageværende problemer kan imødekommes gennem yderligere regulering. Dette afsnit er derfor helt afgørende for forståelsen af afhandlingens relativt tekniske problem, idet det udgør grundlaget for resten af afhandlingen.

4.2. Retssikkerhedsbegrebet

I dette afsnit forklarer vi, hvad der i afhandlingens problemformulering menes med ”retssikkerhed”, og vi uddyber, hvilke retssikkerhedsmæssige udfordringer automatiske afgørelser medfører.

⁷¹ Chiusi, Fabio, AlgorithmWatch, Automating Society Report 2020 (2020), side 2.

Retssikkerhed er først og fremmest et begreb, der mangler en klar og universel definition. Det er allestedsnærværende, men alligevel diffust.⁷² Forskellige samfund kan dermed tilslutte sig retssikkerhedsprincippet og på samme tid være uenige om, hvad det indebærer. Forfatteren Brian Tamanaha har skrevet:

*“Some believe that the rule of law includes protection of fundamental rights. Some believe that democracy is part of the rule of law. Some believe that the rule of law is purely formal in nature, requiring only that laws be set out in advance in general, clear terms, and be applied equally to all.”*⁷³

På det øverste abstraktionsniveau argumenterer Tamanaha for, at retssikkerhed er en analogi for ideen om det gode i den forstand, at alle er fortalere for det samtidigt med at have forskellige opfattelser af, hvad det er.⁷⁴

”Retssikkerhed” er altså et meget bredt begreb, der netop er valgt som genstand for nærværende afhandling, eftersom det også kan dække over ideen om en god forvaltning og noget, der bør være et mål i EU-medlemsstaterne.

For at det skal give mening at undersøge ”retssikkerhedsmæssige udfordringer”, er det imidlertid nødvendigt at præcisere, hvad dette begreb indebærer. Til det formål kan det være en fordel at opdele begrebet i en formel og en indholdsmæssig forståelse. Førstnævnte fokuserer på formelle aspekter omkring myndighedernes retsudøvelse, mens sidstnævnte fokuserer på indholdet af retsafgørelsen.⁷⁵

Det er denne sondring, som nærværende afhandling vil tage udgangspunkt, idet de retssikkerhedsmæssige udfordringer, der undersøges i afhandlingen, er den formelle udfordring, som er (1) mangel på transparens i den automatiske afgørelse, og den indholdsmæssige udfordring, som er (2) mangel på saglighed i den automatiske afgørelse.

Denne opdeling er nødvendig, idet de to kategorier af udfordringer indebærer forskellige problemer, der (delvist) imødekommes af forskellige regler. Transparens og saglighed vil således

⁷² Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019), side 3.

⁷³ Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), side 2f.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Craig, P. P., ‘Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework’ (1997), side 467.

udgøre afhandlingens to temaer i en opdeling, der konsekvent vil anvendes i to separate spor igennem hele afhandlingen.

Fælles for begge kategorier er, at både transparens og saglighed er principper, der er formet over tid gennem administrative regler og praksis.⁷⁶ Den teknologiske udvikling og en udskiftning af den traditionelle, menneskelige sagsbehandler til fordel for en algoritmebaseret sagsbehandling kan derfor rejse tvivl om deres kompatibilitet med de etablerede retsprincipper. Derudover hænger de to principper sammen, idet en mangel på saglighed vil øge behovet for transparens, hvilket er en afgørende forudsætning for, at borgeren såvel som offentligheden kan reagere på den manglende saglighed.

Nedenfor uddybes de to principper.

4.3. Mangel på transparens

Et vigtigt aspekt af retssikkerhedsprincippet er, at forvaltningen skal være transparent i forhold til de regler den gennemfører og de beslutninger, som forvaltningen træffer.⁷⁷ Transparens kræver offentlighed omkring forvaltningens drift, og at enkeltpersoner har adgang til og forståelse for regler og afgørelser. Dette er afgørende for, at borgere kan forstå årsagerne til de afgørelser, der påvirker dem, og for at forudsige, hvordan fremtidige afgørelser kan påvirke dem. I demokratiske systemer, som dem i EU, er transparens ikke kun vigtigt på et individuelt plan men også på et kollektivt plan, idet det sikrer at en rekursmyndighed også kan forstå afgørelsen og dermed har mulighed for at evaluere forvaltningens begrundelse.

”Transparens” er på samme måde som ”retssikkerhed” et bredt begreb. Kernen af princippet om transparens er blevet fremhævet som værende en effektiv ret til at få en forklaring af, hvorfor og hvordan en myndighed har truffet en konkret afgørelse.⁷⁸ Transparens i forvaltningens afgørelsesvirksomhed opfylder flere vigtige formål som for eksempel at sikre borgerrettigheder og ansvarlighed i forvaltningen, eftersom fejl i afgørelser bliver offentlige og kan påklages til eller sanktioneres af domstole eller rekursmyndigheder.⁷⁹

⁷⁶ Finck, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law*, Oxford University Press (2020), side 7.

⁷⁷ Ibid. side 8.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Se nærmere I T-30/91 af 29. juni 1995 jf. præmis 59.

Et andet vigtigt hensyn bag princippet om transparens er, at det er en afgørende forudsætning for udøvelsen af andre rettigheder, som for eksempel retten til forsvar og retten til at blive hørt.⁸⁰

Som et grundlæggende princip i ethvert liberalt demokrati, må kravet om transparens være teknologineutralt og uafhængigt af, hvordan afgørelsen bliver truffet. Som den britiske Supreme Court-dommer, Lord Carnwarth, fremhævede i dommen, *Dover District Council*, skal indholdet af retten til begrundelse af en afgørelse ikke:

*“in principle turn on differences in the procedures by which it is arrived at.”*⁸¹

Det vil sige, at retten til en begrundelse for en afgørelse ikke bør afhænge af, hvordan afgørelsen er truffet.

Der findes ikke desto mindre grunde til at betvivle, om automatiske afgørelser i kraft af deres natur er i stand til at overholde sådanne idealer. Forfatterne Coglianesse og Lehr har behandlet tre af disse grunde.

For det *første* vil machine learning-baserede algoritmers autodidaktiske egenskaber gøre, at mennesker ikke altid kan forudse, hvordan algoritmen vil udvikle sig.⁸² Dette kan gøre det vanskeligt at redegøre for systemets funktionalitet på en måde, der er transparent for borgeren.

En anden grund til, at det kan være svært at gennemskue, hvordan systemet fungerer, som Coglianesse og Lehr ikke berører, er reglerne om forretningshemmeligheder. I tilfælde hvor systemet er udviklet af en privat leverandør, kan regler om forretningshemmeligheder, der findes i direktiv 2016/943 af 8. juni 2016⁸³, begrænse niveauet af transparens omkring automatiske afgørelser yderligere, idet de kan være til hinder for, at modellerne bag automatiske afgørelser kan komme til en parts eller til offentlighedens kendskab.

For det *andet* har algoritmer en tendens, der gør, at outputtet (afgørelsen) af dens processer ikke altid er intuitivt forklarlige, og derfor ikke kan understøtte simple forklaringer af en art,

⁸⁰ Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik & Ventegodt, Maria., *EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave (2018), side 421.

⁸¹ *Dover District Council v CPRE Kent*, UKSC 79 (2017).

⁸² Se afsnit 2.1.

⁸³ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.

der lever op til samme standard for, hvordan forvaltningsretlige afgørelser normalt bliver begrundet og legitimeret.⁸⁴ Her menes, at algoritmer er baseret på kodesprog, hvilket besværliggør de normale processer for begrundelse og legitimering.

For det *tredje* kan machine learning-baserede computersystemer være meget effektive, hvilket kan understøtte en forvaltning, der fungerer så hurtigt, at den kan lamme eller potentielt omgå borgeres muligheder for at blive hørt samt overveje forvaltningens resultater.⁸⁵ Det må dog vurderes, at der allerede i EU findes klare og simple regler, der udgør passende sikkerhedsforanstaltninger til dette problem.⁸⁶ I tilfælde af at denne vurdering er forkert, må det være forholdsvis simpelt at indføre regler om eksempelvis rimelige høringsfrister, der sikrer, at borgeren bliver inddraget. En effektiv sagsbehandling er en af fordelene ved en automatisering af forvaltningen og kan ikke anses som noget grundlæggende problem.

Både det første og det andet problem kan kategoriseres under det, der populært kaldes *black box-problemet* og dækker over, hvordan det på generelt såvel som konkret plan kan være vanskeligt at forstå, hvordan et input bliver til et output. Problemerne adskiller sig dog fra hinanden i den forstand, at det første problem vedrører systemets generelle funktionalitet, og det andet vedrører systemets behandling af en konkret sag.

Det vil derfor være borgeren, som er part i en afgørelse, der vil lide under en transparens mangel i forhold til den konkrete afgørelse, mens transparens omkring den generelle systemfunktionalitet også vil være i den brede offentligheds interesse.

Problemet vil sandsynligvis kun vokse sig større efterhånden som modellerne bliver mere og mere komplekse i takt med den teknologiske udvikling. Black box-problemet vil uden tvivl være langt større ved et system baseret på deep learning end en model bygget på et simpelt beslutningstræ. Machine learning-algoritmer kan fungere på baggrund af tusindvis af variable, hvilket kan gøre det uoverskueligt at gennemskue og forklare, hvordan en afgørelse bliver truffet.⁸⁷ Derfor er det afgørende, at der findes regler, som forpligter de offentlige myndigheder til at forklare både afgørelsen og systemfunktionaliteten, sådan at de er nødt til at sørge for, at det

⁸⁴ Coglianese, C. og Lehr, D., *Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era* 105 *Georgetown Law Journal* (2017), side 1167.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Se nærmere i Chartrets artikel 41, stk. 1, litra a.

⁸⁷ Se afsnit 6.4.2.1.1 om Trelleborg-casen, hvor en aktindsigtsanmodning om systemets funktion blev besvaret med 27.000 siders kode.

er muligt at give sådanne forklaringer, hvis offentlige myndigheder ønsker at benytte sig af automatiske afgørelser.

4.4. Mangel på saglighed

Princippet om saglig forvaltning, også kaldet magtfordrejningslæren, er oprindeligt blevet fremstillet i fransk teori og praksis fra den franske øverste forvaltningsdomstol, Conseil d'Etats, som en garanti for en forvaltningsakts materielle rigtighed.⁸⁸ Mere præcist afhænger overholdelse af saglighedsprincippet i en automatisk afgørelse af, om den pågældende forvaltningsafgørelse, set ud fra lovens formål, er båret af sagligt vedkommende hensyn og præmisser.⁸⁹ Princippet har både et negativt afgrænsende indhold, dvs. at ingen usaglige hensyn må inddrages, men det har også et positivt afgrænsende indhold, hvilket betyder, at alle saglige hensyn skal inddrages.⁹⁰ Det er ikke tilstrækkeligt at inddrage alle saglige hensyn; de skal også afvejes over for hinanden efter de EU-retlige eller nationale prioriteringsregler, der måtte gælde.⁹¹

Saglighedsprincippet er sjældent væsentligt i sager, hvor der ikke er nogen hensyn, der skal iagttages og afvejes over for hinanden. Derimod er det afgørende for retssikkerheden, at en sag, der kræver iagttagelse af et konkret og frit skøn overholder saglighedsprincippet. Saglighedsprincippet kan i disse sager næppe overholdes ved brug af almindelige algoritmer, idet almindelige algoritmer, som beskrevet ovenfor i afsnit 2.1.1, kun kan behandle konkrete, målbare data ud fra prædefinerede regler, og ikke kan udføre abstrakte vurderinger.

Saglighedsprincippet indebærer, at computersystemet, der træffer den automatiske afgørelse, skal være i stand til (1) at identificere alle saglige hensyn i en konkret sag og inddrage disse i databehandlingen (positivt led), (2) at identificere eventuelle usaglige hensyn og udelade disse i databehandlingen (negativt led) og (3) at afveje alle saglige hensyn over for hinanden. Dette er et højt krav at stille et computersystem, der på nuværende stadie i den teknologiske udvikling⁹², ikke har menneskers evne til at praktisere grundlæggende fornuft. Derfor giver brugen

⁸⁸ Revsbech, Karsten, m.fl., *Forvaltningsrettens Almindelige emner*, Jurist og Økonomforbundets forlag 6. udgave (2016), side 225.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid, side 226.

⁹¹ Ibid., side 225.

⁹² Se afsnit 2.1.2. om deep learning og hvordan computere formentligt en dag vil kunne træffe skønmæssige afgørelser lige så godt eller bedre end mennesker.

af automatiske afgørelser anledning til en række væsentlige problemer i forhold til saglighedsprincippet i skønsmæssige afgørelser, som vil blive uddybet nedenfor.

Det lægges til grund, at der findes tre generelle grunde til, at anvendelsen af automatiske afgørelser ofte ikke vil leve op til princippet om saglighed i forvaltningen. For det første vil en algoritme kun være så god som det data, den er blevet præsenteret for - et problem der er kendt som ”garbage in, garbage out-problemet”.⁹³ For det andet kan selve systemet være fejldesignet på en sådan måde, at det i virkeligheden svarer til, at der inddrages usaglige hensyn, udelades saglige hensyn, eller afvejes forkert mellem saglige hensyn.⁹⁴

Både fejl relateret til det første og det andet problem kan være forsætlige såvel som uforsætlige fra den, der er ansvarlig for systemets funktionalitet. På samme måde kan en menneskelig sagsbehandler være bevidst subjektiv, ubevidst subjektiv eller bare sløset eller ukvalificeret. Dette hænger sammen med det tredje problem, der dækker over, at systemer kan være genstand for skadelige indgreb fra en tredjepart. Disse problemer uddybes nærmere nedenfor.

4.4.1. Garbage in, garbage out-problemet

Machine learning-baserede systemer kan kun være så gode som det datasæt, det trænes på baggrund af. Garbage in, garbage out-problemet vil altid være en risiko, der skal tages højde for.⁹⁵ I tilfælde, hvor datasættet ikke er tilsvarende omstændighederne i den konkrete sag, eller hvor det blot er af ringe kvalitet eller utilstrækkeligt, er det sandsynligt, at outputtet (afgørelsen) vil være behæftet med mangler, som i sagens natur vil minde om mangler i en afgørelse truffet af en menneskelig sagsbehandler, der enten kan karakteriseres som subjektiv, sløset eller dum.

Hvis datasættet, som et system er trænet på baggrund af, består af afgørelser, der er truffet af mennesker, hvis subjektivitet har haft betydning for afgørelsen, vil den automatiske afgørelse, som systemet træffer, påvirkes af disse usaglige kriterier. Det er i et studie fra 2009 påvist, at den etniske baggrund hos både parterne og dommerne i amerikanske retssager gennemsnitligt set havde betydning for afgørelsernes resultater.⁹⁶ For eksempel havde hvide dommere statistisk set vanskeligere ved at vise empati for en afroamerikansk part og finde vedkommendes

⁹³ <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095842747> [sidst aktiveret d. 14. oktober 2020].

⁹⁴ Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, Juristen nr. 4 2020, side 145.

⁹⁵ <https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095842747> [sidst aktiveret d. 14. oktober 2020].

⁹⁶ Chew, Pat K. og Carnegie, Robert E. Kelley, Myth of the Color-Blind Judge: An Empirical Analysis of Racial Harassment Cases, Washington University Law Review (2009), side 1161.

anbringender pålidelige, end i de tilfælde, hvor parten var hvid. Havde dette været EU, og var et datasæt med en lignende tendens blevet anvendt til at træne et system til at træffe forvaltningsafgørelser, ville systemet udvise lignende racediskriminerende tendenser.

Der kan på samme måde forekomme forkerte afgørelser, hvis datasættet indeholder forældet data. For eksempel vil et system, der er trænet på baggrund af et datasæt om arbejdsmarkedsstatistik fra 1950'erne, vurdere at kvinder er ukvalificerede til rigtig mange jobs.

Som et eksempel på en algoritme, der på grund af et for snævert datasæt, fremstår dumt eller ”kunstigt uintelligent”, kan nævnes en sag, hvor en Instagram-algoritme, som var programmeret til at identificere upassende indhold på platformen, bortviste en kvinde for at poste et billede af en rund, marcipanfarvet kage, fordi algoritmen vurderede, at det var et kvindebryst.⁹⁷

I en anden sag havde en mørk kvinde ansøgt om at modtage et nyt pas. I den forbindelse skulle hun indsende et billede af sit ansigt. Billedet skulle overholde en række kriterier for at være brugbart som pasfoto. Vurderingen af om billedet var brugbart, blev foretaget automatisk af en algoritme. Systemet valgte ikke at godkende billedet som brugbart til pasfoto, idet algoritmen konkluderede, at kvinden havde åben mund, selvom kvinden helt åbenlyst havde lukket mund. Det ville for enhver menneskelig sagsbehandler være tydeligt, at kvindens mund var lukket, men alligevel valgte algoritmen at afvise billedet.⁹⁸ Det er usikkert, hvorvidt den åbenlyst ukorrekte afvisning af billedet skete som et resultat af et dårligt datasæt eller som resultat af mangelfuld programmering, som vil blive behandlet nedenfor.

4.4.2. Fejl i selve systemet (mangelfuld programmering)

Saglighed i en automatisk afgørelse kræver ikke blot et tilstrækkeligt datasæt. Det forudsætter også, at selve systemet er designet således, at det kan identificere alle saglige og eventuelle usaglige hensyn.

Uhensigtsmæssige oplærings- og teststrategier eller mangel på opmærksomhed i forhold til hjemmelslovgivningens forudsætninger kan føre til, at en algoritme bygges over mønstre, der svarer til usaglige kriterier.⁹⁹ En machine learning-baseret algoritme, der skal træffe en forvalt-

⁹⁷ <https://www.digitaltrends.com/photography/instagram-cake-mistake/> [sidst aktiveret d. 25. oktober 2020].

⁹⁸ <https://www.bbc.com/news/technology-54349538> [sidst aktiveret d. 25. oktober 2020].

⁹⁹ Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, Juristen nr. 4 2020, side 145.

ningsretlig afgørelse, kan, i takt med at den bliver fodret med data i form af historiske afgørelser, begynde at identificere uhensigtsmæssige mønstre, som vil påvirke outputtet, i de sager algoritmen behandler. Dette er uhensigtsmæssigt af to årsager.

For det første vil der altid være atypiske sager, hvor omstændigheder fra tidligere praksis ikke kan have trænet algoritmen til at behandle den konkrete sag, idet de faktiske omstændigheder er anderledes i den nye sag.

For det andet vil der kunne forekomme sammenhænge i retspraksis, der ikke fuldt ud repræsenterer de reelle sammenhænge, der lovligt kan inddrages. Dette kan illustreres med to eksempler:

- 1) Det er påvist, at kvinder statistisk set kører mere sikkert i bil end mænd, hvilket gør, at kvinder gennemsnitligt betaler mindre i forsikringer i EU.¹⁰⁰ Men det faktum, at de er kvinder, er ikke den reelle grund til, at de kører mere sikkert i bil. Det er i stedet nogle neurologiske og psykologiske egenskaber, der er stærkere hos kvinder end hos mænd.¹⁰¹
- 2) Det er påvist, at sorte mennesker er mere tilbøjelige til at begå kriminalitet end hvide mennesker.¹⁰² Men dét, at de er sorte, er ikke den reelle grund til, at de begår kriminalitet. Det skyldes sandsynligvis i stedet nogle kulturelle og socioøkonomiske forhold samt stigmatisering.

Hvis en borger hører ind under en kategori, der på samme måde som i de to eksempler ovenfor er defineret ud fra en umiddelbar sammenhæng, men borgerens forhold ikke kan identificeres med de reelle grunde til sammenhængen, er der risiko for at borgerne bliver udsat for en diskriminerende automatisk afgørelse.

Dette problem kan imødekommes ved at programmere prædefinerede hensyn til at være de eneste hensyn, som systemet skal lægge vægt på. Hvis dette findes teknisk muligt, og hvis der foreligger et tilstrækkeligt stort og bredt datasæt, imødekommes det negative led af saglighedsprincippet, idet der ikke vil blive lagt vægt på usaglige hensyn. Problemet er dog stadig, at det

¹⁰⁰ <https://www.confused.com/on-the-road/cost-of-motoring/women-really-are-safer-drivers>, [sidst aktiveret d. 25. oktober 2020].

¹⁰¹ Binns, Reuben, Algorithmic Accountability and Public Reason, University of Oxford (2017).

¹⁰² <https://www.gov.uk/government/statistics/race-and-the-criminal-justice-system-statistics-2018> [sidst aktiveret d. 29. oktober 2020].

må siges at være en praktisk umulighed allerede i udviklingen af systemet at prædefinere alle tænkelige saglige hensyn, der kunne formodes at skulle inddrages i alle konkrete sager i fremtiden.

Et ekstremt eksempel som forældremyndighedssager kan bruges til at illustrere denne udfordring:

- Efter den danske forældreansvarslovs § 4, 1. pkt.¹⁰³, der tager udgangspunkt i artikel 3 FN's Børnekonvention¹⁰⁴ skal afgørelser efter loven træffes ud fra, hvad der er bedst for barnet.

I lovforslagets specielle bemærkninger fremgår det, at der er tale om en retlig standard, som er under stadig udvikling og afhænger af forskellige opfattelser og værdinormer.¹⁰⁵

Det forekommer utænkeligt, at offentlige myndigheder vil træffe forældremyndighedssager automatisk. Ikke desto mindre er bestemmelsen et ideelt teoretisk eksempel på, hvordan det kan være umuligt at forestille sig, at en IT-leverandør skal kunne udvikle et system, der kan træffe visse former for afgørelser, fordi det kræver iagttagelse af et frit skøn. Hvordan det vil kræve, at IT-leverandøren i samarbejde med forvaltningen kunne udvikle en algoritme, der både kunne inddrage en lang række saglige hensyn i vurderingen af, hvad der er bedst for barnet, herunder forskellige opfattelser og værdinormer, og at den kunne være opdateret med og selv tage del i den udvikling, som den retlige standard er under.

I sammenhæng med den sidstnævnte forudsætning skal det også nævnes, at en computer nemlig formentligt ikke vil kunne afgøre principielle sager, fordi den er baseret på historiske data og dermed f.eks. ikke kan inddrage saglige hensyn, der opstår på baggrund af samfundsudviklingen eller ny teknologi. Således er det altså meget vanskeligt at se, hvordan det positive led af saglighedsprincippet kan iagttages af en algoritme på kontinuerlig basis.

¹⁰³ LBKG 2019-08-07 nr. 776 Forældreansvarsloven.

¹⁰⁴ Se bemærkningerne til § 4 i forslaget til loven: L 133 (som fremsat): Forslag til forældreansvarslov.

¹⁰⁵ Ibid.

4.4.3. Indgreb fra tredjeparter

Jo mere udbredt brugen af automatiske afgørelser i forvaltningen bliver, jo større må risikoen være for, at aktører med fjendtlige motiver vil manipulere med de automatiske afgørelser eller skade systemerne bag. Dette kan gøres på mange måder. For det første kan det ske ved at forurene det datasæt, der træner algoritmen. For det andet kan det ske ved at hackere skaffer sig adgang til selve algoritmen og ændrer i algoritmen, og for det tredje ved at selve udvikleren af systemet, forudsat at denne er en privat virksomhed, manipulerer med myndighedsudøvelsen ved at skrive usaglige hensyn ind i systemets kode for at pleje sine egne interesser.

Geopolitiske overvejelser om rivaliserende staters interesser og muligheder for disruption af EU-medlemsstaters systemer til automatiske afgørelser ligger uden for rammerne af denne afhandling. Det er blot væsentligt at have for øje, at det formentligt kan være en risiko på niveau med de andre risici, som ikke foreligger ved traditionel afgørelsesvirksomhed, særligt i en tid hvor det er påvist, at stater har anvendt moderne teknologi til at manipulere med demokratiet i andre stater.¹⁰⁶ Det kan heller ikke afvises, at den samme form for manipulation kan blive udøvet af private aktører.

I afhandlingens retssikkerhedsmæssige perspektiv er det mere interessant, hvilken betydning det har, når en offentlig myndighed lægger udvikling, drift og vedligeholdelse af det IT-system, der skal praktisere myndighedens afgørelsesvirksomhed, i hænderne på en IT-leverandør.

4.4.4. En ond cirkel

Et output, der på grund af en af de tre ovenstående grunde, er forkert eller ikke bliver rettet, går ikke kun ud over retssikkerheden for den borger, der er genstand for afgørelsen. På grund af den måde, hvorpå machine learning fungerer, vil systemet med tiden udvikle en fast praksis, hvilket medfører at fremtidige afgørelser også vil være usaglige, eftersom de vil bygge på tidligere automatiske afgørelser af samme system.

¹⁰⁶ <https://www.nytimes.com/news-event/russian-election-hacking> [sidst aktiveret d. 29. oktober 2020].

4.5. Opsamling på de retssikkerhedsmæssige udfordringer ved automatiske afgørelser

På trods af det enorme effektiviseringspotentiale, som en automatisering af forvaltningsafgørelser indeholder, har den bagvedliggende teknologi en natur, der uvilkårligt medfører nogle grundlæggende retssikkerhedsmæssige risici. Disse risici kan overordnet opdeles i risici for mangel på transparens og risici for mangel på saglighed. Som gennemgået, hører der under hver af disse to kategorier en række af mere specifikke risici, som finder sted ved både de *delvist automatiske* og de *fuldautomatiske* afgørelser. Det afgørende for forekomsten af de forskellige risici er primært, om computeren skal foretage frie vurderinger som led i sagsbehandlingen. De specifikke risici er overskueliggjort nedenfor.

Forskellige forhold medfører, at automatiske afgørelser kan lide under et lavere niveau af transparens end manuelle afgørelser. Risiciene for mangel på transparens kan opdeles i to forskellige risici:

- 1) **Black box-problemet ift. generel systemfunktionalitet:** Ved komplekse machine learning-baserede IT-systemer kan der opstå transparensmangel vedrørende systemets generelle funktionalitet. Problemet intensiveres, hvor systemet ved hjælp af deep learning har mulighed for at udvikle sig selv.
- 2) **Black box-problemet ift. til den konkrete afgørelse:** Det kan være vanskeligt eller umuligt for en myndighed at forklare på en forståelig måde for borgeren, hvordan et komplekst IT-system når frem til en konkret afgørelse om borgeren.

I modsætning til ved de to transparens-mæssige udfordringer, er der for så vidt angår saglighed kun én udfordring, som er, at automatiske afgørelser kan få et usagligt indhold på grund af, at det er en computer, der har truffet afgørelsen helt eller delvist. Der er imidlertid flere forskellige faktorer med ophav i computersystemers natur, som indebærer, at computere vil have store udfordringer med at træffe afgørelser, der lever op til det forvaltningsretlige saglighedsprincip:

- 1) **Garbage in, garbage out-problemet:** En computers output kan kun være så godt, som det datasæt, som systemet fodres med tillader. Er det data, som et system er trænet på baggrund af ufuldkomment eller udtryk for usaglige afgørelser, vil systemet også træffe ufuldkommene og usaglige afgørelser.

- 2) **Mangelfuld programmering:** At programmere et system til at kunne navigere i abstrakte faktiske omstændigheder og inddrage alle saglige hensyn i en sag, afveje disse korrekt samt se bort fra alle usaglige hensyn, kan være en uoverkommelig opgave.
- 3) **Indgreb fra tredjeparter:** Et computersystem kan manipuleres af fremmede stater, private tredjeparter eller selve udvikleren af systemet.

Igennem resten af afhandlingen, vil det med udgangspunkt i ovenstående risici undersøges, hvilken retssikkerhedsmæssig beskyttelse gældende EU-ret giver borgeren, hvis vedkommende er genstand for en automatisk afgørelse. Risiciene for retssikkerheden vil konsekvent blive benævnt under betegnelsen ”computerspecifikke udfordringer” eller ”computerspecifikke risici”.

4.6. Menneskespecifikke udfordringer for retssikkerheden i forvaltningsafgørelser

Ligesom vi ovenfor argumenterer for, at der findes nogle særegne retssikkerhedsmæssige udfordringer ved anvendelsen af automatiske afgørelser i forvaltningen, kan der også argumenteres for, at der findes menneskelige svagheder, der ikke gør sig gældende for computere. Disse kaldes i afhandlingen for ”menneskespecifikke udfordringer”.

En negativ egenskab som dovenskab kommer aldrig i spil for computere, idet de i sagens natur ikke er afhængig af motivation og incitament for at arbejde. Mennesker arbejder således også betragteligt langsommere end computere. Dette er primært relevant i forhold til borgerens og samfundets interesse i en hurtig og effektiv sagsbehandling.

Der findes også menneskespecifikke svagheder, der kan påvirke sagligheden af en afgørelse af grunde, som ikke gør sig gældende for computere. Psykologiske faktorer gør, at mennesket kan have en egeninteresse i udfaldet af givne sager. Mennesket kan have en tendens til at tilgodese sig selv og mennesker, vedkommende holder af, og ligeledes til at forfordele de personer, vedkommende ikke bryder sig om. Computere har ingen privatsfære og vil derfor ikke lide af denne svaghed.

Når det skal vurderes, hvordan automatiske afgørelser bør reguleres, bør de menneskespecifikke udfordringer også tages i betragtning. Særligt det forhold, at computere er væsentlig mere

effektive end mennesker, er naturligvis relevant i et samfundsøkonomisk perspektiv, der også udgør det tungeste argument for at automatisere forvaltningsafgørelser i videst muligt omfang.

Mens forskellen på computere og menneskers effektivitet taler for anvendelsen af automatiske afgørelser, kan ovenstående pointe om, at mennesker kan være usaglige af grunde, der ikke gør sig gældende for computere, indirekte tale for at regulere anvendelsen af automatiske afgørelser.

Den menneskelige tendens til at være usaglig, når en beslutning kan få indflydelse på vedkommendes egne private forhold, er en tendens, som retssamfundet allerede har kunnet forholde sig til gennem tusindvis af år. På den måde er der skabt en bevidsthed om, hvilke konsekvenser menneskelig usaglighed kan indebære. Mennesker har derfor også forsøgt at foregribe problemet gennem regulering, hvilket inhabilitetsregler er et godt eksempel på. Computerspecifikke udfordringer for retssikkerheden er et emne, der er meget nyt i forhold til de menneskespecifikke.

På samme måde, som der opstod et behov for at regulere mod menneskespecifikke udfordringer, vil der altså formentligt også være et behov for at regulere mod computerspecifikke udfordringer. I det følgende vil vi undersøge, i hvilken udstrækning dette behov allerede er dækket gennem nuværende relevante EU-regler.

4.7. Hvorfor skrive en afhandling om noget der endnu ikke finder sted?

Afsnittene om henholdsvis de computerspecifikke og menneskespecifikke udfordringer for retssikkerheden i forvaltningsafgørelser vidner om, at den computerteknologi, der findes lige nu, er velegnet til at træffe afgørelser på baggrund af almindelige algoritmer, hvor retsfaktum kan opgøres i tal. I et retssikkerhedsmæssigt perspektiv egner den sig dog betydeligt ringere til at træffe afgørelser, der forudsætter iagttagelse af et frit skøn. Af samme grund anvendes det sidstnævnte også i meget lille grad inden for offentlige myndigheder i EU's medlemsstater i dag. Så hvorfor giver det mening at undersøge et problem, der ikke for alvor er en realitet?

Det gør det ud fra en naturlig antagelse om, at teknologien vil udvikle sig hurtigt i løbet af de kommende år. Alle de eksempler der er givet ovenfor, er implementeret i løbet af de sidste få år, og i løbet af de næste fem år vil der formentlig ske en udvikling hen mod en endnu mere autonom og kompleks anvendelse af computere til at træffe afgørelser i forvaltningen.

Forskere i kunstig intelligens har forudset, at computere med 50 % sandsynlighed vil være bedre end mennesker til alle kognitive opgaver i 2060.¹⁰⁷ Nogle mener endda, at det kan ske inden 2045.¹⁰⁸ Hvis disse forskere har ret, vil der formentligt inden længe udvikles computer-systemer, der er bare tilnærmelsesvist lige så gode som mennesker til at træffe skønsbaserede afgørelser. I en nær fremtid et sted mellem imellem i dag og det punkt, hvor teknologien kan måle sig med mennesket, vil der være en situation, hvor offentlige myndigheder har computer-systemer til rådighed, som vil kunne varetage skønsmæssige opgaver. Her vil de computerspecifikke risici spille en betydelig rolle, hvorfor det er relevante at foregribe disse risici allerede nu.

Det er altså vigtigt at fremhæve, at det er muligt, at teknologien om flere årtier vil nå et niveau, hvor de udfordringer, der er præmissen for denne afhandling ikke længere vil eksistere. Denne afhandlings fokus er imidlertid de udfordringer, EU's medlemsstater står over for i den nære fremtid, hvor mennesket stadig er computere overlegne på nogle områder.

Historien har vist os, at så snart der findes teknologi, der giver et potentiale til øget effektivisering, vil mennesket udnytte dette, hvis der ikke er nogen regler til at forhindre det.¹⁰⁹ Derfor er der allerede nu grund til at begynde at undersøge, om der eksisterer et tilstrækkeligt retligt værn i EU mod de risici, som den situation vil implicere.

¹⁰⁷ <https://www.newscientist.com/article/2133188-ai-will-be-able-to-beat-us-at-everything-by-2060-say-experts/> [sidst aktiveret d. 10. november 2020].

¹⁰⁸ <https://blog.ferrovial.com/en/2017/02/initiative-2045-or-the-moment-when-robots-will-overtake-humans/> [sidst aktiveret d. 10. november 2020].

¹⁰⁹ Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019), side 133.

Del II – EU-borgerens retlige beskyttelse mod de computerspecifikke udfordringer

5. Databeskyttelsesforordningens retlige beskyttelse mod de computerspecifikke udfordringer

5.1. Indledende bemærkninger

Databeskyttelsesforordningen er (sammen med retshåndhævelsesdirektivet om databeskyttelse i strafferetsplejen¹¹⁰) det eneste EU-regelsæt, der med artikel 22 eksplicit regulerer automatiske afgørelser. Derfor har vi valgt at tage udgangspunkt i databeskyttelsesforordningen i undersøgelsen af, hvilken retlig beskyttelse, EU-borgeren har mod de computerspecifikke udfordringer ved automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

De relevante regler findes forskellige steder i databeskyttelsesforordningen, men først og fremmest i artikel 22, der eksplicit regulerer ”automatiske individuelle afgørelser” og derfor udgør den mest relevante EU-bestemmelse på området. Derudover findes der en række bibestemmelser, der for eksempel omhandler den dataansvarliges oplysningspligt og den registreredes indsigt i oplysninger om automatiske afgørelser, der træffes med den registrerede som genstand.

Automatisk behandling af personoplysninger med henblik på at træffe en afgørelse er en selvstændig databeskyttelsesretlig behandlingsform¹¹¹, og reglerne om automatiske afgørelser har i kraft af deres placering i databeskyttelsesforordningen først og fremmest et databeskyttelsesretligt sigte. Databeskyttelse er dog ikke reglerne eneste formål. EU-Kommissionen (herefter Kommissionen) skrev i forslaget til artikel 22’s forgænger, databeskyttelsesdirektivets artikel 15:

“The use of extensive data profiles of individuals by powerful public and private institutions deprives the individual of capacity to influence decision-making processes within those institutions, should decisions be taken on the sole basis of his ‘data shadow’.”¹¹²

¹¹⁰ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2016-04-27 (retshåndhævelsesdirektivet).

¹¹¹ Databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 2.

¹¹² Forslag til Databeskyttelsesdirektivet (1990), side 29.

Derudover har Kommissionen udtrykt en bekymring for, at afgørelser, der alene baserer sig på automatisk behandling, vil få mennesker til at stole blindt på validiteten af afgørelserne og dermed afholde sig fra at tage initiativ til at forholde sig kritisk til dem:

“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.”¹¹³

Kommissionen beskriver altså en frygt, dels for at brugen af maskiner til at automatisere afgørelser vil reducere tilbøjeligheden i befolkningen til at udfordre myndighedernes afgørelser, men måske endda også, at det vil skade den menneskelige værdighed ved at afgørelser rettet mod et menneske bliver truffet på baggrund af vedkommendes “data-skygge” frem for på baggrund af mennesket som helhed.¹¹⁴

På den måde skal artikel 22 og dens bibestemmelser altså ikke alene ansues som et databeskyttelsesretligt værn – bestemmelsen har i høj grad også til formål at beskytte borgeren mod de retssikkerhedsmæssige og måske endda også mere etiske problemer, som automatiske afgørelser medfører.

EU-Domstolen har endnu ikke haft anledning til at tage direkte stilling til databeskyttelsesforordningens artikel 22 eller dens bibestemmelser. Derfor tager følgende analyse udgangspunkt i forordningstekstens ordlyd, som vil blive søgt udfyldt gennem inddragelse af vejledninger og retningslinjer fra artikel 29-gruppen og EDPB, præambelbetragtninger, kilder fra enkelte nationale datatilsyn samt relevant litteratur.

Det forhold, at bestemmelsen er placeret i et databeskyttelsesretligt regelsæt, gør imidlertid, at der er nogle sproglige detaljer, der skal afklares forud for selve analysen.

- *Den fysiske person der er genstand for afgørelsen:* Den fysiske person, der i artikel 22 er genstand for den automatiske afgørelse, går i databeskyttelsesforordningen under betegnelsen ”den registrerede”. I nærværende afhandling, som ikke har et databeskyt-

¹¹³ Ændret forslag til Databeskyttelsesdirektivet (1992), side 26.

¹¹⁴ Se afsnit 4.4.1. der giver eksempler på, at borgere kan blive bedømt på baggrund af mønstre, der ikke afspejler deres individuelle profil.

telsesretligt, vil begrebet ”den registrerede” kun bruges, når der refereres direkte til forordningsteksten, mens personen, der er genstand for afgørelsen ellers vil blive refereret til under betegnelsen ”borgeren”, som er mere passende i afhandlingens kontekst.

- *Den juridiske person der træffer afgørelsen:* Den juridiske person der i artikel 22 træffer den automatiske afgørelse, går i databeskyttelsesforordningen under betegnelsen ”den dataansvarlige”. I nærværende afhandling vil begrebet ”den dataansvarlige” kun bruges, når der refereres direkte til forordningsteksten, mens den juridiske person, der træffer afgørelsen ellers vil blive refereret til under betegnelsen ”den offentlige myndighed” eller bare ”myndigheden”, som er mere passende i afhandlingens kontekst.

Nedenfor ses de relevante dele af artiklens ordlyd, og i det følgende vil det undersøges, hvordan den sammen med relevante bibestemmelser om oplysningspligt og indsigtret kan bidrage til henholdsvis transparens og saglighed i automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Artikel 22

Stk. 1. Den registrerede har ret til ikke at være genstand for en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, som har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende.

Stk. 2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis afgørelsen:

- a. er nødvendig for indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt mellem den registrerede og en dataansvarlig
- b. er hjemlet i EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt, og som også fastsætter passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser eller
- c. er baseret på den registreredes udtrykkelige samtykke.

Stk. 3. I de tilfælde, der er omhandlet i stk. 2, litra a) og c), gennemfører den dataansvarlige passende foranstaltninger til at beskytte den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser, i det mindste den registreredes ret til menneskelig indgriben fra

den dataansvarliges side, til at fremkomme med sine synspunkter og til at bestride afgørelsen.

5.2. Anvendelsesområdet af artikel 22

Artikel 22 er den centrale artikel vedrørende databeskyttelsesforordningens retssikkerhedsmæssige beskyttelse af en borger, der er genstand for en automatisk afgørelse, og det er derfor relevant indledningsvist at slå fast, hvornår bestemmelsen finder anvendelse.

Selvom artikel 22 minder om dens forgænger i databeskyttelsesdirektivets artikel 15, forekommer førstnævntes anvendelsesområde bredere. Afgørelser skulle – for at være omfattet af direktivets artikel 15 – være baseret på behandling med det formål at vurdere bestemte personlige forhold, hvilket svarer til en form for profilering.¹¹⁵ Dette er ikke tilfældet med artikel 22, som bestemmer, at den pågældende afgørelse blot skal være ”baseret på automatisk behandling, herunder profilering” for at falde in under bestemmelsens anvendelsesområde. Brugen af kommaet til at separere ”automatisk behandling” og ”herunder profilering” indikerer, at profilering blot er en af flere former for automatisk behandling, der omfattes af bestemmelsen.

Profilering defineres i databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 4 som:

”enhver form for automatisk behandling af personoplysninger, der består i at anvende personoplysninger til at evaluere bestemte personlige forhold vedrørende en fysisk person, navnlig for at analysere eller forudsige forhold vedrørende den fysiske persons arbejdsindsats, økonomiske situation, helbred, personlige præferencer, interesser, pålidelighed, adfærd, geografisk position eller bevægelser.”

Ved brug af profilering i forbindelse med en automatisk afgørelse er der altså en særlig risiko for, at en borger bliver udsat for usaglig behandling, idet afgørelsen vil blive truffet på baggrund af en statistisk forudsigelse af vedkommendes forhold, der kan vise sig ikke at være sand.¹¹⁶

¹¹⁵ Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, artikel 15.

¹¹⁶ Som et eksempel på en profilering kan nævnes en undersøgelse, der beskrives til artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske afgørelser (side 16), hvor det efter at have kombineret Facebook "likes" med begrænsede undersøgelsesdata kunne konstateres, at forskerne forudsagde en mandlig brugers seksuelle orientering korrekt 88 % af tiden, en brugers etniske oprindelse i 95 % af tiden, og om en bruger var kristen eller muslimsk 82 % af tiden.

En pålæggelse af hastighedsbøde, der udelukkende er baseret på dokumentation fra hastighedskameraer, er et eksempel på en automatisk afgørelse, som ikke ville være dækket af direktivets artikel 15, men som vil være dækket af artikel 22, idet afgørelsen ikke er baseret på en evaluering af personlige forhold for at analysere eller forudsige andre forhold om bilisten.¹¹⁷

På denne måde rummer reglerne om automatiske afgørelser i databeskyttelsesforordningen en betydeligt bredere beskyttelse af borgerens interesser i ikke at være genstand for en automatisk afgørelse, end hvad der var tilfældet med direktivet. Artikel 22 dækker således også alle former for forvaltningsafgørelser, så længe de foretages *fuldautomatisk*.

5.3. Hvilken beskyttelse yder databeskyttelsesforordningen mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser?

I dette afsnit vil det undersøges, hvilken beskyttelse databeskyttelsesforordningen yder mod de specifikke udfordringer angående transparens i automatiske afgørelser, der opremses i afsnit 4.3.

Der er generelt uenighed om, i hvilket omfang databeskyttelsesforordningen giver retlige garantier for transparens i forbindelse med brugen af automatiske afgørelser. Som et eksempel på den uenighed kan fremhæves, at det engelske datatilsyn mener, at en dataansvarlig skal kunne verificere resultatet af en konkret afgørelse samt give en simpel forklaring for rationalet bag den.¹¹⁸ Andre har argumenteret for, at dette ikke er tilfældet, hvilket vil blive behandlet længere nede.¹¹⁹

Dette afsnit har til formål at afklare denne uklarhed. Til dette formål sondres der på samme måde som i afsnit 4.3 mellem:

- 1) **transparens ift. generel systemfunktionalitet:** det vil sige transparens omkring måden systemet fungerer på, og logikken bag den måde systemet træffer afgørelser på. Det

¹¹⁷ Se Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 8.

¹¹⁸ <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-databeskyttelsesforordningen/automated-decision-making-and-profiling/?template=pdf&patch=10> [sidst aktiveret d. 25. september 2020].

¹¹⁹ Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017).

kan være ved at forklare de beslutningstræer, modeller, kriterier og klassificeringsstrukturer, som systemet bygger på, og

- 2) **transparens ift. til den konkrete afgørelse:** det vil sige begrundelsen for, at en konkret afgørelse har fået det udfald, den har. Dette involverer en forklaring af hele subsumptionsprocessen i afgørelsen, hvor det forklares, hvordan inputtet (omstændighederne for den konkrete sag) er blevet behandlet i systemet, og hvorfor outputtet (afgørelsen) som resultat af behandlingen er blevet, som det er.

Herudover kan der sondres mellem forklaringer af automatiske afgørelser på baggrund af, hvornår de gives i forhold til selve afgørelsen:

- a. *ex ante* forklaringer, der gives før selve afgørelsen. En sådan forklaring kan i sagens natur udelukkende omhandle systemfunktionalitet, eftersom begrundelsen for den konkrete afgørelse ikke eksisterer, før selve afgørelsen er truffet.
- b. *ex post* forklaringer, der gives efter selve afgørelsen. En sådan forklaring kan omhandle både systemfunktionaliteten og begrundelsen for den konkrete afgørelse.

Der findes tre momenter i databeskyttelsesforordningen, som giver anledning til at undersøge, i hvilket omfang databeskyttelsesforordningen sikrer transparens i automatiske afgørelser. Transparens kan således tænkes at sikres af (1) kravet om passende foranstaltninger i artikel 22, stk. 2, litra b, og stk. 3, sammenholdt med præambelbetragtning 71, (2) oplysningsforpligtelser i artikel 13 og 14 (3) og retten til indsigt i artikel 15. Disse momenter vil i det følgende blive omtalt som henholdsvis ”passende foranstaltninger”, ”oplysningsforpligtelsen” og ”indsigtsretten”, og de vil blive analyseret enkeltvist.¹²⁰

5.3.1. Adgang til transparens udledt af kravene om passende foranstaltninger i artikel 22?

Den dataansvarlige skal i medfør af henholdsvis artikel 22, stk. 2, litra b, og artikel 22, stk. 3, indføre passende foranstaltninger i forbindelse med automatiske afgørelser.

Eftersom den dataansvarlige i relation til denne afhandling altid vil være en offentlig myndighed, antages det, at stk. 2, litra b, vil være den mest relevante bestemmelse. Denne antagelse

¹²⁰ Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017).

skyldes, at det EU-retlige legalitetsprincip betyder, at offentlige myndigheders indgreb i borgernes retsforhold skal have hjemmel i lov, hvorfor litra b formentligt altid vil være den undtagelsesbestemmelse til stk. 1, som offentlige myndigheder vil gøre brug af.¹²¹

Efter denne bestemmelse skal en EU-retlig eller national hjemmel til at foretage automatiske afgørelser også indeholde passende foranstaltninger til at beskytte borgerens rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser. Hvad der udgør passende foranstaltninger osv., er ikke nærmere fastlagt i artikel 22, stk. 2, litra b.

For at klarlægge indholdet af begrebet passende foranstaltninger i artikel 22, stk. 2, litra b, er det imidlertid relevant at se på artikel 22, stk. 3, der indeholder et lignende krav om passende foranstaltninger, som dog kun gælder ved automatiske afgørelser truffet på baggrund af artikel 22, stk. 2, litra a (for at indgå eller opfylde en kontrakt) eller c (med udtrykkeligt samtykke). Bestemmelsen fastlægger, at:

”den dataansvarlige skal gennemføre passende foranstaltninger til at beskytte den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser, i det mindste den registreredes ret til menneskelig indgriben fra den dataansvarliges side, til at fremkomme med sine synspunkter og til at bestride afgørelsen.” (egen understregning)

Der fremgår altså heller ikke nogen ret til hverken forklaring af systemfunktionaliteten eller af den konkrete afgørelse i artikel 22, stk. 3.

I præambelbetragtning 71, som også omhandler automatiske afgørelser, står der, at en registreret, der er genstand for en automatisk afgørelse:

”under alle omstændigheder bør være omfattet af de fornødne garantier, herunder specifik underretning af den registrerede og retten til menneskelig indgriben, til at fremkomme med synspunkter, til at få en forklaring på den afgørelse, der er truffet efter en sådan evaluering, og til at bestride afgørelsen.” (egen understregning)

¹²¹ Engsig Sørensen, Karsten, Runge Nielsen, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014), side 105.

Efter denne ordlyd tildeles borgeren således en ret til en ex post-forklaring af konkrete afgørelser. Denne garanti giver anledning til at undersøge præambelbetragtningers retskildemæssige værdi, for at vurdere, om de kan være retligt bindende og dermed vil sikre borgeren en reel beskyttelse.

I artiklen “The Law of Recitals in European Community Legislation” skriver Klimas og Vaiciukaite, følgende om præambelbetragtningers retskildemæssige værdi: “*Recitals have no positive operation of their own*” og “*cannot cause legitimate expectations to arise*”.¹²² Præambelbetragtninger fungerer således først og fremmest som vejledning til, hvordan bestemmelserne i forordningen skal forstås.¹²³

Ovenstående har desuden støtte i praksis fra EU-Domstolen, der viser, at præambelbetragtningers rolle er at løse uklarheder i artiklerne. EU-Domstolen har udtalt sig direkte om den retlige status af præambelbetragtninger ved at fremhæve, at “*Whilst a recital in the preamble to a regulation may cast light on the interpretation to be given to a legal rule, it cannot in itself constitute such a rule.*”¹²⁴ Borgeren kan således ikke på denne baggrund støtte ret på præambelbetragtning 71 alene.

Det bør også fremhæves, at den forklaring, som borgeren har ret til efter præambelbetragtning 71 formentlig henviser til ordene ”en sådan evaluering”, som relaterer sig til den efterfølgende menneskelige indgriben. Med andre ord dækker retten til forklaring efter præambelbetragtning 71 – selv hvis den var retligt bindende – kun den efterfølgende menneskelige indgriben og ikke selve den automatiske afgørelse.

Artikel 22, stk. 3, oplister de minimumskrav, som den dataansvarlige skal have sikret, før denne overholder pligten til at gennemføre passende foranstaltninger, når borgeren er genstand for automatiske afgørelser. Det er ikke umiddelbart klart om de samme minimumskrav gør sig gældende for afgørelser truffet efter artikel 22, stk. 2, litra b, som netop omhandler de tilfælde, hvor national lovgivning hjemler brugen af automatiske afgørelser, hvorfor EU-lovgiver må

¹²² Klimas, Tadas og Vaiciukaite, Jurate, The Law of Recitals in European Community Legislation, ILSA Journal of International & Comparative Law 32 (2008).

¹²³ “Recitals explain the background to the legislation and the aims and objectives of the legislation. They are, therefore, important to an understanding of the legislation which follows.”, fra: Guide to the Approximation of European Union Environmental Legislation - Annex I How to interpret EU environmental legislation: <http://ec.europa.eu/environment/archives/guide/annex1.htm> [sidst aktiveret d. 7. oktober 2020].

¹²⁴ C-215/88 Casa Fleischhandels af 13. juli 1989 præmis 31.

have haft et ønske om at overlade fortolkningen af passende foranstaltninger til den nationale lovgivning.

Det kan ikke udelukkes, at det i fremtiden vil blive uddybet i praksis, hvad der menes med ”passende foranstaltninger” efter litra b, herunder om dette indebærer en pligt til også at give en forklaring. Dette er dog fortsat uprøvet.¹²⁵

I tillæg til ovenstående kan det påpeges, at rettigheder skal fremgå eksplicit af reguleringen eller af retspraksis, før de kan påberåbes. Grænserne for om en borger er berettiget til en given rettighed kan være genstand for fortolkning, men et retligt grundlag for om rettigheden overhovedet eksisterer må ikke være genstand for tvivl. Den registreredes rettigheder vil altid tilsvarende udgøre en pligt for den offentlige myndighed, som ved forsømmelse af disse pligter kan sanktioneres med erstatning og bøder, herunder efter de databeskyttelsesretlige regler.¹²⁶ Det ville være kontroversielt at møde offentlige myndigheder med bøder eller erstatningskrav, uden at den pligt som den dataansvarlige skulle have forsømt at overholde, først var blevet præciseret i et regelsæt. Andet ville stride imod det strafferetlige legalitetsprincip i Den Europæiske Menneskeretskonventions artikel 7.

5.3.1.1. Lovgivningsprocessen op til den endelige vedtagelse af databeskyttelsesforordningen taler yderligere imod, at ”passende foranstaltninger” rummer en ret til forklaring

Set i forhold til forordningens udvikling i lovgivningsprocessen op til vedtagelsen af den endelige forordningstekst, fremstår det som et aktivt valg fra lovgivers side at undlade netop den del af præambelbetragtning 71, som omhandler retten til forklaring på afgørelsen i artikel 22.

Tidligere versioner af databeskyttelsesforordningen viser nemlig, at der var planlagt strengere regler for automatiske afgørelser og profilering end dem, som fremgår af den nugældende forordning.¹²⁷ Det fremgår desuden af det indledende arbejde, som ligger til grund for forordningens indhold, at en ret til begrundelse var oppe at vende af flere omgange, men senere blev udeladt.¹²⁸ Europa-Parlamentet foreslog at inddrage en ret til menneskelig vurdering i de sager,

¹²⁵ Der er endnu ikke (pr. den 6. december 2020) noget praksis fra EU-Domstolen, som direkte omhandler artikel 22.

¹²⁶ Se databeskyttelsesforordningens artikel 82 om erstatning og artikel 83 om bøder.

¹²⁷ Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017).

¹²⁸ Ibid.

hvor automatiske afgørelser blev brugt. Borgeren skulle i den forbindelse have ret til begrundelse i forhold til den menneskelige vurdering, men forslaget endte som bekendt ikke i den endelige udgave af forordningen.¹²⁹

Forslaget gik ud på at borgere, der bliver genstand for automatiske afgørelser, skulle have “*the right to obtain human assesment and an explanation of the decision reached after such assesment*“, og efter ordlyden af Europa-Parlamentets tidligere forslag til forordningen, skulle retten til begrundelse relatere sig til den menneskelige vurdering og ikke selve den automatiske afgørelse.¹³⁰

Sammenfattende nyder EU-borgeren altså ikke nogen retligt bindende ret til at få hverken en forklaring af systemfunktionaliteten eller af den konkrete automatiske afgørelse på baggrund af reglerne om passende foranstaltninger i databeskyttelsesforordningen. Det er i den sammenhæng interessant, at lovgiver tydeligvis har taget et aktivt valg om at udelade en ret til forklaring i artikel 22, stk. 2, litra b, og stk. 3.

5.3.2. Adgang til transparens udledt af oplysningsforpligtelsen i databeskyttelsesforordningen

5.3.2.1. Transparens omkring systemfunktionaliteten udledt af oplysningsforpligtelsen

Databeskyttelsesforordningens artikel 13 og 14 omhandler begge en ret til forklaring, og den eneste forskel på de to bestemmelser er, at artikel 13 omhandler de tilfælde, hvor de behandlede oplysninger stammer fra den registrerede selv, og artikel 14 angår oplysninger, som er indsamlet fra andre kilder. Begge bestemmelser opremser den information, som den registrerede har ret til når den dataansvarlige har modtaget oplysningerne om den registrerede. I stk. 2 af både artikel 13 og 14 oplistes de yderligere informationer, som den registrerede har ret til med henblik på at sikre “rimelig og gennemsigtig behandling” af den registreredes personoplysninger.

I henholdsvis artikel 13 stk. 2 litra f, og artikel 14, stk. 2, litra g, nævnes automatiske afgørelser specifikt. Den information som skal gives vedrørende automatiske afgørelser efter bestemmelserne, er enslydende, og omfatter (1) forekomsten af automatiske afgørelser, (2) logikken heri,

¹²⁹ <https://iapp.org/news/a/top-10-operational-impacts-of-the-databeskyttelsesforordning-part-5-profiling> [sidst aktiveret d. 13. oktober 2020].

¹³⁰ Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017).

(3) betydningen af en sådan behandling og (4) de forventede konsekvenser for den registrerede. Der gælder således en klar ret for borgeren til at få en forklaring af logikken og dermed funktionaliteten af det system, der skal træffe en konkret afgørelse om vedkommende. Bestemmelserne giver altså en vis transparens, idet de dækker udfordringen om transparens af systemfunktionaliteten. Der er i den henseende dog det problem, at artikel 13 og 14 henviser til forordningens artikel 22, som kun omfatter fuldautomatiske afgørelser. Dermed har borgeren efter artikel 13 og 14 ingen adgang til transparens omkring systemfunktionaliteten, hvor vedkommende er genstand for en delvis automatisk afgørelse.

Det er dog stadig relevant at undersøge, om dette også omfatter en ret til en forklaring af en konkret afgørelse, eller om retten kun vedrører systemfunktionaliteten.

5.3.2.2. *Transparens omkring den konkrete afgørelse udledt af oplysningsforpligtelsen*

Efter det danske datatilsyns vejledning til den registreredes rettigheder¹³¹ og justitsministeriets betænkning til databeskyttelsesforordningen¹³² skal den registrerede have mulighed for at forstå de overvejelser, der ligger til grund for behandlingen, og hvordan ”systemet” er kommet frem til de forskellige afgørelser. En ordlydsfortolkning af betænkningen og vejledningen lægger op til, at der i det mindste bør foreligge en form for begrundelse af den automatiske afgørelse.

Det kan imidlertid anføres som argument imod, at artikel 13 skulle indeholde en ret til en *ex post* forklaring af automatiske afgørelser, at de oplysninger, som skal gives efter bestemmelsen, skal gives på det tidspunkt, hvor oplysningerne indsamles hos den registrerede jf. stk. 1. Det samme argument kan føres for artikel 14, hvorefter den dataansvarlige efter stk. 3, litra a, skal give informationer inden for en rimelig frist efter indsamlingen, men senest inden for en måned.

Den information som den registrerede har ret til efter artikel 13 og 14, skal således foreligge allerede inden, der er truffet afgørelse. Det er i sagens natur ikke muligt for den dataansvarlige at yde en begrundelse for den automatiske afgørelse allerede inden afgørelsen er truffet, og de oplysninger om logikken bag afgørelsen, som skal gives efter artikel 13 og 14, kan således udelukkende gives i form af en *ex ante* forklaring af systemfunktionaliteten. Tidspunktet for

¹³¹ Datatilsynets vejledning om de registreredes rettigheder, side 28.

¹³² Betænkning nr. 1565 om databeskyttelsesforordningen, side 292f.

anvendelsen af artikel 13 og 14 udelukker således, at der kan være tale om en egentlig ret til begrundelse *ex post*.

Den offentlige myndighed har stadig pligt til at give en forklaring af systemet i sig selv, dens karakteristika, og forventninger til, hvordan forskellige input i systemet vil lede til forskellige output (afgørelser). I de tilfælde, hvor den automatiske del af afgørelsen er et udtryk for helt simple beslutningstræer, vil borgeren selv kunne regne begrundelsen ud, idet en tilstrækkelig *ex ante* beskrivelse af logikken i systemet samt de forventede konsekvenser reelt kan muliggøre en forudsigelse af den automatiske afgørelses endelige resultat. Eftersom det ikke er denne type systemer, der typisk indebærer manglende transparens for borgeren, bliver problemet om transparens ift. den konkrete afgørelse altså ikke løst af den grund.

Det kan derfor konstateres, at borgeren hverken efter artikel 13 eller 14 har en reel ret til en *ex post* forklaring af den konkrete afgørelse. Bestemmelserne indeholder dog en vis beskyttelse af borgerens retssikkerhed, idet de sikrer en vis grad af transparens i forhold til forekomsten af, og følgervirkningerne af en automatisering af de afgørelser, som rettes mod borgeren. Der kan dog ikke udledes en ret til en begrundelse af den konkrete afgørelse efter artikel 13 og 14, idet tidspunktet for anvendelsen af bestemmelserne falder før udfærdigelsen af en egentlig afgørelse, hvilket dermed udelukker en ret til en *ex post* forklaring.

5.3.3. Adgang til transparens udledt af indsichtsretten i databeskyttelsesforordningen?

Den registrerede har også efter artikel 15 i databeskyttelsesforordningen ret til at blive informeret om forekomsten af automatiske afgørelser jf. artikel 15, stk. 1, litra h. Bestemmelsens ordlyd er den eksakt samme, som fremgår af artikel 13, stk. 2, litra f, og artikel 14, stk. 2, litra g. I modsætning til artikel 13 og 14 er artikel 15 dog udformet som en rettighed for den registrerede, der efter bestemmelsen har ret til en bekræftelse på, om personoplysninger om den pågældende bliver behandlet og i bekræftende fald har den registrerede ret til en række informationer, der er opsummeret i stk. 1, litra a-h.

Indholdet af artikel 15, stk. 1, litra h, er som sagt ikke forskelligt fra de tilsvarende bestemmelser i artikel 13 og 14, men der er alligevel en afgørende forskel i anvendelsestidspunktet, som kan have betydning for den registreredes ret til en forklaring af en konkret afgørelse.

Artikel 15 giver nemlig en ret til ”indsigt”, der er en rettighed, som den registrerede selv kan påberåbe sig, hvor artikel 13 og 14 er en informationspligt, som det pålægges den dataansvarlige at overholde. Dermed er anvendelsen af artikel 15 ikke tidsbegrænset på samme måde som i artikel 13 og 14. Indsigtsretten efter artikel 15 kan påberåbes af enhver, og er ikke begrænset i forhold til et bestemt anvendelsestidspunkt. Den registrerede har således til en enhver tid ret til at påberåbe sig retten til indsigt. Dette udgangspunkt fjerner den tidsbegrænsning, som er et af de bærende argumenter for, at artikel 13 og 14 ikke indeholder en ret til en *ex post* forklaring.

På den anden side er formuleringen af bestemmelserne om automatiske afgørelser i de tre artikler den samme, og derfor henviser artikel 15 også til ordene ”logikken bag” og ”forventede konsekvenser”, der henviser til systemfunktionaliteten. De oplysninger, der skal gives indsigt i efter artikel 15, vil derfor formentligt ikke omfatte en forklaring af den konkrete afgørelse.

Der er således argumenter for og i mod, at artikel 15 skulle indeholde en ret til en begrundelse af den konkrete afgørelse *ex post*. Det faktum, at retten til indsigt kan påberåbes både før og efter, at en afgørelse er blevet truffet, taler for, at artikel 15 indeholder en ret til en forklaring af den konkrete afgørelse. En ordlydsfortolkning af bestemmelsen sammenholdt med den identiske ordlyd i bestemmelserne om oplysningspligt taler til gengæld for den modsatte antagelse. Derfor er det relevant at se på præambelbetragtningerne til artikel 15 for at finde frem til formålet med bestemmelsen.

Præambelbetragtning 63 uddyber artikel 15. Præambelbetragtning 63 anfører, at borgeren skal have mulighed for at forvisse sig om og kontrollere en behandlings lovlighed.

Det ville i den forbindelse være nyttigt for borgeren at modtage en konkret begrundelse, hvis denne skulle have mulighed for at kontrollere lovligheden af den automatiske afgørelse. Præambelbetragtningen henviser til undersøgelsesresultater, lægelige vurderinger, samt enhver behandling og ethvert indgreb, som er foretaget. Disse er fremhævet som eksempler på, hvad den registrerede skal have ret til indsigt i.

Præambelbetragtningen henviser derfor også til en indsigtsret i behandlinger af personoplysninger som er foretaget – altså en *ex post* forklaring heraf. Lægelige behandlinger og indgreb kan imidlertid ikke sammenlignes med en hvilken som helst anden form for behandling af personoplysninger. Særligt virker der ikke til at være belæg for at konstatere, at en ret til indsigt i lægelige vurderinger mv. også vil give en ret til indsigt i vurderinger i forbindelse med en automatisk afgørelse.

Præambelbetragtning 63 lægger derfor ikke op til, at artikel 15 skal indeholde en ret en begrundelse for den konkrete automatiske afgørelse. Udgangspunktet må således være, at den registrerede kan få indsigt i de oplysninger, som den dataansvarlige besidder og behandler, men ikke den bagvedliggende begrundelse for den automatiske afgørelse. Dette understøttes af det faktum, at præambelbetragtning 63 lige som selve artikel 15 blot siger, at den registrerede bør have ret til indsigt i logikken bag en automatiske behandling og de forventede konsekvenser heraf, hvilket er identisk med ordlyden i artikel 13 og 14, som ikke giver nogen ret til begrundelse af den konkrete afgørelse.

Den information, som skal gives efter artikel 15 kan således ikke fortolkes til at rumme yderligere information end det, der er tilfældet med artikel 13 og 14.

Denne opfattelse tilsluttes af artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering, hvorefter den dataansvarlige skal give den registrerede oplysninger om de forventede konsekvenser af behandlingen og ikke en forklaring på en konkret afgørelse.¹³³ Omvendt nævner det danske datatilsyn i deres vejledning til de registreredes rettigheder, at indsigtsretten efter artikel 15 indebærer en beskrivelse af, hvilke overvejelser, der ligger til grund for behandlingen, samt hvordan ”systemet” kommer frem til afgørelserne.¹³⁴

Umiddelbart fremstår det som om, at de to vejledninger er modsigende, men det er ikke nødvendigvis tilfældet, idet ”overvejelser” vedrørende en behandling formentlig relaterer sig til de rent persondataretlige aspekter i behandlingen, og ikke en retlig begrundelse for den automatiske afgørelse. En forklaring af hvordan et system kommer frem til afgørelser er heller ikke nødvendigvis information om retlige argumenter, men mere en beskrivelse af den systemfunktionalitet, som ligger til grund for det system, hvorfra afgørelsen stammer. Det, som det danske datatilsyn anfører, er således ikke i strid med artikel 29-gruppens retningslinjer og stemmer også overens med bestemmelsernes indhold.

Derudover må det siges at ligge fast, at artikel 29-gruppens (nu EDPB) vejledning bør lægges til grund forud for vejledninger fra det danske datatilsyn. Med andre ord bør artikel 29-gruppens vejledning have større retskildemæssig værdi.

¹³³ Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 28.

¹³⁴ Datatilsynets vejledning om de registreredes rettigheder, side 28.

Opsummerende kan det anføres, at de oplysninger, som skal gives efter artikel 13, 14 og 15 vedrørende automatiske afgørelser, som udgangspunkt er ens, og på baggrund af ovenstående analyse af artikel 13 og 14, kan det udelukkes, at bestemmelsen om indsigt i forbindelse med automatiske afgørelser i artikel 15 har et andet indhold. Artikel 15 er udformet som en ret-tighed, der altid kan påberåbes af den registrerede. Indholdet af den rettighed er dog begrænset til en forklaring af systemfunktionaliteten og ikke en begrundelse af den konkrete afgørelse *ex post*. Det kan derfor konkluderes, at artikel 15 ikke indeholder en ret til begrundelse af den konkrete automatiske afgørelse. Dog giver artikel 15, lige som artikel 13 og 14, borgeren en adgang til transparens omkring systemfunktionaliteten for så vidt angår de *fuldautomatiske* afgørelser.

5.3.4. Opsamling på databeskyttelsesforordningens beskyttelse mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser

Det skal først og fremmest lægges fast, at databeskyttelsesforordningens artikel 22 kun finder anvendelse for de *fuldautomatiske* afgørelser. Bibestemmelserne hertil, herunder artikel 13-15, henviser direkte til artikel 22 og har derfor samme anvendelsesområde.

Artikel 22 indeholder ikke en eksplicit ret til begrundelse af den konkrete automatisk afgørelse. Det fremgår dog af præambelbetragtning 71, at den registrerede bør have en vis ret til forklaring. Præambelbetragtningen er imidlertid ikke en retligt bindende regel, og borgeren kan derfor ikke støtte ret herpå. Der kan heller ikke udledes en ret til begrundelse af artikel 22, stk. 2, litra b, og stk. 3, men det er muligt, at dette udgangspunkt ændres, hvis EU-Domstolen på et senere tidspunkt fastlægger, hvad der udgør ”passende foranstaltninger”. Processen bag udformningen af artikel 22 viser, hvordan lovgiver har taget et aktivt valg om at undlade et krav om begrundelse i bestemmelsen.

En ret til begrundelse kan heller ikke udledes af bibestemmelserne i artikel 13, 14 og 15, som dog giver borgeren en vis grad af transparens, idet de indeholder en pligt til henholdsvis at oplyse og give indsigt i funktionaliteten af det system, der bruges til at træffe en fuldautomatisk afgørelse. Dette vil dog kun i meget simple sager kunne hjælpe borgeren med selv at regne ud, hvordan den konkrete afgørelse er truffet.

Databeskyttelsesforordningen dækker således den første computerspecifikke transparens-mæssige udfordring, idet den indeholder en ret til forklaring af systemfunktionaliteten i *fuldautomatiske* afgørelser. Den samme adgang til transparens i systemfunktionaliteten gælder dog ikke

i *delvist automatiske* afgørelser. Forordningen indeholder imidlertid ingen ret til begrundelse for den konkrete afgørelse, hvilket er et helt centralt moment i forhold til transparens i den offentlige forvaltning.

5.4. Hvilken beskyttelse yder databeskyttelsesforordningens mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser?

I det følgende indstilles fokus mod spørgsmålet om, hvilken beskyttelse databeskyttelsesforordningens artikel 22 giver EU-borgeren mod de saglighedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning medfører.

Efter ordlyden af artikel 22, stk. 1, har borgeren en ret til ikke at være genstand for en *fuldautomatisk* afgørelse. Ud fra en modsætningslutning må denne rettighed betyde, at afgørelsen kun lovligt kan træffes enten *delvist automatisk* eller *manuelt* af en menneskelig sagsbehandler.

Der findes imidlertid tre undtagelser til udgangspunktet om borgerens ret til ikke at være genstand for en fuldautomatisk afgørelse. Disse oplystes i bestemmelsens stk. 2 og åbner således op for, at offentlige myndigheder alligevel, under visse forudsætninger, må træffe automatiske afgørelser. Dette lægger således op til en nærmere undersøgelse af grænserne for retten til ikke at være genstand for en fuldautomatisk afgørelse for at kunne vurdere, hvilken beskyttelse mod risikoen for manglende saglighed, som borgeren nyder efter artikel 22 i databeskyttelsesforordningen.

I afsnittet nedenfor undersøger vi derfor *for det første*, om retten har karakter af et forbud eller en indsigelsesret. Rettens karakter kan have en vis betydning for borgerens retssikkerhed, idet værdien af en indsigelsesret afhænger af borgerens initiativ og ressourcer, mens et forbud vil gælde uanset hvad.

For det andet undersøger vi, hvilke betingelser der gælder for rettighedens anvendelse, for at afdække i hvilke tilfælde borgeren som udgangspunkt vil kunne påberåbe sig rettigheden.

For det tredje undersøger vi, hvilke undtagelser der gælder til rettigheden, for at afdække hvornår rettigheden til trods for udgangspunktet ovenfor alligevel ikke gælder.

For det fjerde undersøger vi, om kravet om passende foranstaltninger i artikel 22 stk. 2, litra b, og stk. 3, herunder navnlig retten til menneskelig indgriben, i øvrigt kan beskytte borgeren mod risikoen for manglende saglighed i en automatisk afgørelse.

5.4.1. Karakteren af artikel 22, stk. 1, kan have stor formel betydning for retssikkerheden

Først og fremmest bør det undersøges, hvorvidt artikel 22, stk. 1, og dermed retten til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse, skal fortolkes som et forbud eller en indsigelsesret for den registrerede. Spørgsmålet er genstand for stor uenighed¹³⁵, og er af stor relevans for borgerens retssikkerhed, idet borgeren må nyde en mere effektiv beskyttelse, hvis bestemmelsen er et forbud frem for en indsigelsesret. Fortolkes bestemmelsen som en indsigelsesret, skal borgeren selv påberåbe sig sin ret, hvilket naturligvis sætter borgeren i en mere udsat position, end hvis rettigheden uden videre skal iagttages af den offentlige myndighed.

Bestemmelsen lyder som følger: *”Den registrerede har ret til ikke at være genstand for en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering.”* På den ene side kan der argumenteres for, at brugen af ordet ”ret” taler for, at der er tale om en rettighed. På den anden side kan der argumenteres for, at bestemmelsen medfører et forbud mod automatiske afgørelser, der alene er baseret på automatisk behandling.

Uklarheden består således i, om denne ret skal udøves på den registreredes initiativ som en indsigelsesret, eller om bestemmelsen udgør et kvalificeret forbud uafhængigt af den registreredes initiativ.

Artikel 29-gruppen skrev i deres vejledning om automatiske afgørelser, at bestemmelsen skal fortolkes som et forbud.¹³⁶ EDPB har ikke udtalt sig om spørgsmålet, hvilket kunne tyde på, at de har samme opfattelse. Artikel 29-gruppen begrundede deres opfattelse af bestemmelsen som et forbud med, at undtagelsen om samtykke¹³⁷ ikke ville give mening, hvis artikel 22, stk. 1, skulle fortolkes som en indsigelsesret, idet en borger i sagens natur ikke både kan samtykke til og gøre indsigelse mod den samme behandling.¹³⁸ Artikel 29-gruppen fremhæver desuden, at

¹³⁵ Digitaliseringsstyrelsen skriver i deres vejledning om digitaliseringsklar lovgivning, side 13, at det er en indsigelsesret.

Bygrave skriver, at det er for uklart til at konkludere hverken det ene eller det andet, se Bygrave, Lee A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford (2020), side 532.

Artikel 29-gruppen hævdede i sine retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 20, at det er et forbud.

¹³⁶ Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 20.

¹³⁷ Se afsnit 5.4.3.3. om samtykke.

¹³⁸ Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 37.

det er nødvendigt at fortolke artikel 22, stk. 1, som et forbud, hvis funktionen af retten til menneskelig indgriben i artikel 22, stk. 3, skal give mening. En fortolkning af artikel 22, stk. 1, som en indsigelsesret til en automatisk afgørelse, ville overflødiggøre denne ret til menneskelig indgriben, eftersom det må antages, at en indsigelse mod en automatisk afgørelse de facto vil medføre, at afgørelsen skulle behandles af et menneske.

Et andet argument, der kan anføres til støtte for, at artikel 22, stk. 1, skal forstås som et forbud, er, at det ville give den registrerede en stærkere beskyttelse, hvilket ville passe bedst med forordningens formål om at beskytte den fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder. Endeligt ville det bringe databeskyttelsesforordningen i overensstemmelse med retshåndhævelsesdirektivet¹³⁹, der regulerer persondatabehandling i strafferetsplejen, hvor adgangen til at træffe automatiske afgørelser i direktivets artikel 11 eksplicit er reguleret som et forbud. En fortolkning af artikel 22, stk. 1, som et forbud ville altså gøre den samlede EU-regulering af automatiske afgørelser mere uniformt.

Ovenstående udgør vægtige argumenter, men de modsiges af ordlyden af artikel 22, stk. 1. Det forekommer besynderligt, at artikel 22, stk. 1, ikke er formuleret mere som artikel 22, stk. 4, der netop er formuleret eksplicit som et forbud mod automatiske afgørelser baseret på følsomme personoplysninger, eller den ovenfor nævnte retshåndhævelsesdirektivets artikel 11. Ovenstående leder til den opfattelse, at lovgiver var bevidst om, at sådanne åbenlyst forskellige formuleringer kan få forskellige normative virkninger. Derudover er der ingen holdepunkter i præambelbetragtningerne til databeskyttelsesforordningen, der antyder, at artikel 22, stk. 1, skal forstås som et forbud.¹⁴⁰ Det kan også fremhæves som et argument for, at artikel 22, stk. 1, skal forstås som en indsigelsesret, at bestemmelsen er placeret i kapitel tre i databeskyttelsesforordningen, som har titlen ”Den registreredes rettigheder”, hvilket kan indikere, at bestemmelsen skal forstås som en rettighed (til at gøre indsigelse). Dog er placeringen i kapitel 3 næppe afgørende, idet andre bestemmelser i dette kapitel ikke er formuleret som rettigheder, hvis udøvelse er afhængig af den registreredes initiativ, men i stedet som forpligtelser pålagt den dataansvarlige.¹⁴¹

¹³⁹ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2016-04-27 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA (2016/680).

¹⁴⁰ Se f.eks. databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 71.

¹⁴¹ Se for eksempel artikel 13 og 14 om oplysningspligten.

Det er også blevet fremhævet som en faktor, der taler imod, at artikel 22, stk. 1, skulle forstås som et forbud, at databeskyttelsesforordningens artikel 13, stk. 2, litra f, lader til at forudsætte, at automatiske afgørelser omfattet af artikel 22 allerede finder sted.¹⁴² Det virker ulogisk at have bibestemmelser, der regulerer forhold, som ikke på lovlig vis kan finde sted.

Dette argument mister dog sin gennemslagskraft, idet der gælder nogle undtagelser i artikel 22, der tilsammen skaber en rimelig bred adgang til at træffe automatiske afgørelser¹⁴³, hvilket forklarer, hvorfor bibestemmelser som artikel 13, stk. 2, litra f, forudsætter, at der foretages automatiske afgørelser.

Det afgørende argument synes at være det ovenfor nævnte om, at en indsigelsesret ville overflødiggøre den ret til menneskelig indgriben, der er nævnt i artikel 22, stk. 3. Retsvirkningen af at gøre indsigelse mod at være genstand for en automatisk afgørelse måtte være, at afgørelsen i stedet måtte blive truffet af et menneske, hvilket efter alt at dømme må være det samme som det at udøve sin ret til menneskelig indgriben. Det ville derfor være ulogisk både at give den registrerede en indsigelsesret og en ret til menneskelig indgriben, eftersom dette reelt bare vil være to rettigheder med det samme indhold. Derfor synes det at være mest logisk at fortolke artikel 22, stk. 1, som et forbud.

Opsummerende findes der altså både vægtige argumenter for, at artikel 22, stk. 1, skal forstås som et forbud og som en indsigelsesret. I sin kommentering af databeskyttelsesforordningen konkluderer Lee A. Bygrave, at bestemmelsen er så uklar, at det indtil videre ikke kan siges, hvilken måde bestemmelsen bør anvendes på.¹⁴⁴

Dog må argumenterne om bestemmelsens formål, og at en indsigelsesret ikke vil give nogen mening, idet der også findes en ret til menneskelig indgriben, vægtes så tungt, at artikel 22, stk. 1, må skulle fortolkes som et forbud. På denne baggrund er borgerens retssikkerhed således også betragteligt bedre beskyttet, end hvis borgeren på eget initiativ skulle påberåbe sig sin ret til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse.

¹⁴² Artikel 13, stk. 2, litra f bestemmer, at den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om ”forekomsten af automatiske afgørelser, herunder profilering, som omhandlet i artikel 22, stk. 1 og 4, og i disse tilfælde som minimum meningsfulde oplysninger om logikken heri samt betydningen og de forventede konsekvenser af en sådan behandling for den registrerede.”

¹⁴³ Se afsnittet om undtagelser i stk. 2 nedenfor.

¹⁴⁴ Bygrave, Lee A., *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford (2020), side 532.

5.4.2. Betingelser for anvendelse

Anvendelsen af artikel 22, stk. 1, er undergivet tre kumulative betingelser. Der skal være tale om (1) en afgørelse, der (2) alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, og (3) som enten har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker borgeren.

Hvad disse tre betingelser indeholder er relevant for, hvilken beskyttelse borgeren nyder mod risikoen for usaglige automatiske afgørelser efter artikel 22.

5.4.2.1. *Ad den første betingelse*

Begrebet ”afgørelse” i artikel 22 dækker bredere end den forvaltningsretlige afgørelse.¹⁴⁵ En dybere undersøgelse af, hvad begrebet ”afgørelse” omfatter, er dog ikke nødvendig, idet afhandlingens fokus er den forvaltningsretlige afgørelse, der sammen med afgørelser ved domstolene må være kernen af beskyttelsen.

5.4.2.2. *Ad den anden betingelse*

At afgørelsen alene skal være baseret på automatisk behandling betyder, at et menneske ikke må have haft reel indflydelse på afgørelsens resultat.¹⁴⁶ En myndighed kan derfor ikke omgå bestemmelsen ved at opdigte en menneskelig indgriben. Hvis et menneske f.eks. rutinemæssigt benytter automatisk genererede personprofiler uden at have reel indflydelse på resultatet, vil det stadig være en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling.¹⁴⁷ Ifølge Artikel 29-gruppens retningslinjer skal den dataansvarlige sikre, at et tilsyn med afgørelsen er meningsfuldt og ikke blot en tom gestus, og at det skal foretages af en person, der har både fornøden kompetence og mandat til at ændre afgørelsen, og som tager alle relevante oplysninger i betragtning.¹⁴⁸ Det vil også sige, at forbuddet i artikel 22, stk. 1, ikke er til hinder for at bruge automatiske processer som et hjælpemiddel for det menneske, der senere kritisk tager stilling til alle aspekter i de resultater, der udsprang af den automatiske proces, hvorefter vedkommende på baggrund af egne selvstændige overvejelser ville træffe en afgørelse.

¹⁴⁵ Se det danske datatilsyns afgørelse: Tilsyn med Rejsekort & Rejseplan A/S' behandling af personoplysninger (2019-41-0031), hvor Rejsekorts automatiske udregning af en rejses pris, blev behandlet som en automatisk afgørelse, der hører under artikel 22.

¹⁴⁶ Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 21.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid., side 22.

Et andet spørgsmål, der rejser sig på baggrund af betingelsen om, at afgørelsen alene er baseret på automatisk behandling, omhandler datagrundlaget for den automatiske afgørelse. Begrebet ”automatisk behandling” antyder umiddelbart, at de oplysninger, som behandlingen er baseret på, skal være i digital form. Betingelsens ordlyd giver måske ligefrem anledning til at antage, at selve dataindsamlingen skal ske automatisk, for eksempel gennem brugen af sensorer eller videokameraer. Et krav om at selve indsamlingen skal være automatisk, for at artikel 22 kan anvendes, vil dog betyde, at mange automatiske afgørelser, som kan udgøre risici for borgerens rettigheder, kan falde uden for artikel 22’s anvendelsesområde, og på den måde ville databeskyttelsesforordningens formål blive undermineret.¹⁴⁹ Det synes derfor mest nærliggende at fortolke kravet om fuld automatisk behandling sådan, at det er begrænset til at gælde kun for den efterfølgende behandling.

Ikke desto mindre betyder betingelsen, at artikel 22 begrænses betydeligt i sin beskyttelse mod usaglige automatiske afgørelser, idet den ikke omfatter delvist automatiske afgørelser, hvor skønsmæssige vurderinger er overladt til en computer, og hvor de computerspecifikke udfordringer således i lige så høj grad kan være til stede, som de kan være ved fuldautomatiske afgørelser.

5.4.2.3. *Ad den tredje betingelse*

Den tredje betingelse, om at afgørelsen enten skal have retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirke borgeren må i et vist omfang indebære, at afgørelsen skal ændre, forme eller på anden måde bestemme en borgers rettigheder eller pligter¹⁵⁰, eller at den medfører konsekvenser, som har en betydelig effekt på borgerens liv. Indholdet af betingelsens andet led, vil ikke blive undersøgt nærmere i denne afhandling, idet fokus for den er forvaltningsafgørelser, der uomtvisteligt har retsvirkning for borgeren.

5.4.3. Undtagelser til forbuddet

Databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, indeholder en række undtagelser til forbuddet i stk. 1. Det lægges fast i stk. 2, at stk. 1 ikke gælder i de tre tilfælde, hvor afgørelsen (1) er

¹⁴⁹ Se databeskyttelsesforordningens artikel 1, stk. 2.

¹⁵⁰ Blume, P, Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og økonomforbundets forlag, 2. udgave, (2014), side 114.

nødvendig for indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt, (2) er hjemlet i EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, eller (3) er baseret på den registreredes udtrykkelige samtykke.

Nedenfor vil det uddybes, hvad indholdet af disse tre undtagelser er, idet disse kvalificerer forbuddet i stk. 1 og dermed er afgørende for, hvilken beskyttelse mod risikoen for usaglige automatiske afgørelser artikel 22 reelt giver borgeren.

5.4.3.1. Ad kontrakt, litra a

Efter artikel 22, stk. 2, litra a, finder retten til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse ikke anvendelse, hvis afgørelsen er nødvendig for indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt mellem den registrerede og en dataansvarlig.

Indholdet af denne undtagelse vil ikke blive behandlet videre, idet den ikke er relevant i forhold til forvaltningsafgørelser.

5.4.3.2. Ad national eller EU-hjemmel, litra b

Efter artikel 22, stk. 2, litra b, finder retten til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse ikke anvendelse, hvis afgørelsen er hjemlet i EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt, og som også fastsætter passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser.

Det må på grund af denne undtagelse forventes, at national lovgivning vil komme til at spille en betydelig rolle for, hvilken beskyttelse den registrerede har imod at være genstand for automatiske afgørelser. Medlemsstaterne har med denne undtagelse en bred magt til selv at bestemme, hvilken adgang deres myndigheder skal have til at benytte sig af automatiske afgørelser.

Offentlige myndigheders automatiske afgørelser vil normalt være hjemlet i national ret, hvorfor det må forventes, at beskyttelsen i artikel 22 får en meget begrænset betydning for forvaltningens afgørelser. Der er altså for så vidt angår forvaltningsafgørelser mulighed for helt at udvande forbuddet i artikel 22, stk. 1, gennem national lovgivning.¹⁵¹

¹⁵¹ Betænkning nr. 1565 om databeskyttelsesforordningen, side 380.

5.4.3.3. *Samtykke, litra c*

Efter artikel 22, stk. 2, litra c, finder retten til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse ikke anvendelse, hvis afgørelsen er baseret på den registreredes udtrykkelige samtykke. Denne undtagelse er ny i forhold til direktivets artikel 15.

Idet undtagelsen om kontrakt i litra a, ikke er relevant i forhold til afgørelser i den offentlige forvaltning, vil samtykke være den eneste mulighed for offentlige myndigheder, såfremt der ikke findes en national eller EU-retlig hjemmel til at træffe en afgørelse automatisk. Derfor vurderer vi i dette afsnit, i hvilket omfang det vil være muligt for en offentlig myndighed at benytte sig af borgerens samtykke som undtagelse til forbuddet i stk. 1.

Samtykket skal være udtrykkeligt og er altså, på samme måde som det samtykke, der skal bruges for at kunne behandle følsomme personoplysninger¹⁵², underlagt en strengere standard end det almindelige databeskyttelsesretlige samtykke, der blot skal være utvetydigt, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 11. Derudover skal undtagelsen forstås i lyset af den almindelige databeskyttelsesretlige definition af et samtykke i artikel 4, nr. 11, hvorefter et samtykke i øvrigt skal være frivilligt, specifikt og informeret.

Særligt spørgsmålet, om hvorvidt et samtykke er givet frivilligt, giver anledning til nærmere overvejelser i situationer, hvor samtykket er en betingelse for at opnå noget, der er i den registreredes interesse. Databeskyttelsesforordningens artikel 7, stk. 4, bestemmer, at der skal tages størst muligt hensyn til, om en tjenesteydelse er gjort betinget af samtykke til behandling af personoplysninger, som ikke er nødvendig for at opnå denne tjenesteydelse. Ydermere fastslår præambelbetragtning 43, at et samtykke ikke bør udgøre et gyldigt retsgrundlag for behandling af personoplysninger i et specifikt tilfælde, hvis der er en klar skævhed mellem den registrerede og den dataansvarlige, navnlig hvis den dataansvarlige er en offentlig myndighed, og det derfor er usandsynligt, at samtykket er givet frivilligt under hensyntagen til alle de omstændigheder, der kendetegner den specifikke situation.

Det vil altså sige, at det kun i meget sjældne tilfælde vil være muligt for en offentlig myndighed at bruge litra c om samtykke som en undtagelse til forbuddet i stk. 1 på grund af det ulige magtforhold mellem borgeren og myndigheden. Helt umuligt vil det åbenlyst være i situationen, hvor en offentlig myndighed ville bruge samtykket som en betingelse for, at en borger kan

¹⁵² Se databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra a.

ansøge om en offentlig ydelse, da det både vil gå imod artikel 4, stk. 3, om samtykke, som betingelse for en ydelse og præambelbetragtning 43 om ulige magtforhold.

En offentlig myndighed vil formentlig have en mulighed for at træffe automatiske afgørelser på baggrund af samtykke i tilfælde, hvor borgeren bliver stillet over for et oprigtigt valg, hvor valget om ikke at give samtykke ikke vil stille vedkommende dårligere. I EDPB's retningslinjer om samtykke gives følgende eksempel på, hvor en offentlig myndighed godt kan anvende samtykke som behandlingsgrundlag:¹⁵³

“An individual who owns land needs certain permits from both her local municipality and from the provincial government under which the municipality resides. Both public bodies require the same information for issuing their permit but are not accessing each other’s databases. Therefore, both ask for the same information and the land owner sends out her details to both public bodies. The municipality and the provincial authority ask for her consent to merge the files, to avoid duplicate procedures and correspondence. Both public bodies ensure that this is optional and that the permit requests will still be processed separately if she decides not to consent to the merger of her data. The land owner is able to give consent to the authorities for the purpose of merging the files freely.”

Det kan altså ikke udelukkes, at borgerens samtykke til, at en offentlig myndighed der træffer en afgørelse automatisk, i særlige tilfælde kan være gyldigt. Hvis borgeren bliver præsenteret for et reelt frit valg om, hvorvidt en afgørelse skal træffes af en computer eller af en sagsbehandler, uden at det vil komme borgeren til skade at vælge at få en sagsbehandler til at træffe afgørelsen (ud over det faktum, at sagsbehandlingstiden formentligt vil være længere).

Ikke desto mindre må det forventes, at denne undtagelse vil have en begrænset betydning for offentlige myndigheders brug af automatiske afgørelser, da samtykket sjældent vil være gyldigt.

5.4.4. En ret til menneskelig indgriben i databeskyttelsesforordningen

Som bekendt handler dette afsnit om, hvordan artikel 22 beskytter imod de computerspecifikke risici for sagligheden i forvaltningsafgørelser. Det kan være med til at beskytte borgeren de computerspecifikke risici at udstyre borgeren med en ret til menneskelig indgriben.

¹⁵³ EDPB's Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679, side 8.

I artikel 22 stk. 3, fremgår det, at den dataansvarlige, der træffer automatiske afgørelser, skal indføre passende foranstaltninger, hvilket som minimum skal omfatte en ret til menneskelig indgriben, hvis en borger er genstand for en automatisk afgørelse truffet med afsæt i bestemmelsens stk. 2, litra a eller c.

I artikel 29-gruppens retningslinjer for individuelle afgørelser og profilering har gruppen beskrevet, hvad menneskelig indgriben bør indebære.¹⁵⁴ Gruppen anfører, at den menneskelige indgriben for det første ikke blot skal være et udtryk for rutinemæssig behandling. For det andet skal den menneskelige sagsbehandler reelt have mulighed for at ændre afgørelsen. For det tredje skal den menneskelige sagsbehandler medtage alle relevante oplysninger. Hvis ikke de tre betingelser for menneskelig indgriben er opfyldt, vil behandlingen ikke leve op til kravet om menneskelig indgriben.

De meget specifikke krav for, hvordan et menneske griber ind i afgørelsesprocessen, vil altså kunne reducere computerspecifikke risici for sagligheden. Pligten i stk. 3 vil dog formentlig have meget lille – hvis nogen – betydning for borgeren i forvaltningsafgørelser, idet den offentlige myndighed, der træffer automatiske afgørelser, formentligt altid vil bruge undtagelsen om hjemmel i litra b og da stk. 3 kun gælder for litra a og c.¹⁵⁵ Derfor er det relevant at undersøge, om en lignende pligt også kan udledes af litra b.

En ret til menneskelig indgriben er udover i stk. 3 kun nævnt ét andet sted i databeskyttelsesforordningen. I præambelbetragtning 71 fremgår det nemlig, at en automatisk afgørelse under alle omstændigheder bør:

”være omfattet af de fornødne garantier, herunder specifik underretning af den registrerede og retten til menneskelig indgriben, til at fremkomme med synspunkter, til at få en forklaring på den afgørelse, der er truffet efter en sådan evaluering, og til at bestride afgørelsen”

Dette udsagn i præambelbetragtning 71 dikterer altså, at der bør være en ret til menneskelig indgriben. Men af samme grunde som dem, der er nævnt i afsnit 5.3.2, er dette udsagn altså

¹⁵⁴ Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679, side 20.

¹⁵⁵ Se afsnit om undtagelserne i artikel 22, stk. 2.

ikke bindende for den offentlige myndighed. En ret til menneskelig indgriben vil stadig afhænge af, om regler, der indeholder et sådant krav, vedtages af nationale lovgivere i medlemsstaterne.

I selve artikel 22, stk. 2, litra b, som ikke eksplicit nævner nogen ret til menneskelig indgriben, fremgår det, at den dataansvarlige, der træffer automatiske afgørelser på baggrund af EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, for at skulle kunne anvende undtagelsen, også skal fastsætte passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser.

Det fremgår imidlertid ikke af bestemmelsen, hvad der kan udgøre passende foranstaltninger, herunder hvorvidt der gælder et krav om ret til menneskelig indgriben efter artikel 22, stk. 2, litra b.

Der kunne argumenteres for, at minimumsgrænsen i artikel 22, stk. 3, også skal fortolkes ind i stk. 2, litra b. Det virker imidlertid umiddelbart ulogisk, at en konkret ret til menneskelig indgriben skulle indgå i artikel 22, stk. 2, litra b, netop fordi lovgiver må have taget et valg om ikke at inkludere kravet i bestemmelsen og ikke medtage litra b i artikel 22, stk. 3, sammen med litra a og c. En borger ville derfor ikke kunne støtte ret på artikel 22, stk. 3, hvis vedkommende har et ønske om menneskelig indgriben i en automatiske afgørelse foretaget efter artikel 22, stk. 2, litra b.

Borgeren har således efter databeskyttelsesforordningen kun en ret til menneskelig indgriben i automatiske afgørelser på baggrund af artikel 22, stk. 2, litra a og c, om henholdsvis kontrakt og samtykke, mens borgeren ikke har en sådan ret efter artikel 22, stk. 2, litra b. Som beskrevet ovenfor vil artikel 22, stk. 2, litra b, formentlig være den undtagelse, der bliver anvendt oftest af offentlige myndigheder. Det kunne formentlig forventes, at offentlige myndigheder ville have et endnu større incitament til at benytte litra b frem for litra c, om samtykke, idet de på den måde efter omstændighederne ville kunne undgå at give borgeren en ret til menneskelig indgriben, hvilket er mere ressourcekrævende end blot at kunne gennemføre afgørelsen på baggrund af fuldautomatisk behandling.

De saglighedsrisici, som er skitseret i ovenstående afsnit 4.4, er således kun beskyttet ved et krav om en ret til menneskelig indgriben i et meget begrænset omfang og slet ikke, når afgørelsen er truffet på baggrund af artikel 22, stk. 2, litra b.

5.4.5. Opsamling på databeskyttelsesforordningens beskyttelse mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser

Databeskyttelsesforordningens artikel 22 er den mest centrale nuværende EU-regulering af automatiske afgørelser.¹⁵⁶ Artikel 22 har først og fremmest et databeskyttelsesretligt formål, men artiklen kan også anvendes til at beskytte borgerens retssikkerhed i forbindelse med automatiske afgørelser, idet artiklen sætter grænser for anvendelsen af automatiske afgørelser, og dermed også begrænser de computerspecifikke risici for sagligheden i forvaltningens afgørelser.

Det er umiddelbart uklart, om artikel 22, stk. 1, skal forstås som et forbud eller en indsigelsesret. Mest taler for, at bestemmelsen skal forstås som et forbud, men dette er imidlertid endnu ikke blevet prøvet af EU-Domstolen.

For at en afgørelse falder ind under anvendelsesområdet i artikel 22, skal den opfylde visse kriterier. Der skal for det første være tale om en afgørelse. For det andet skal afgørelsen alene være baseret på automatisk behandling, og for det tredje skal afgørelsen have retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirke borgeren. Bestemmelsens anden betingelse gør, at borgeren ikke nyder nogen beskyttelse i artikel 22 mod de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer, der opstår ved brug af delvist automatiske afgørelser.

Artikel 22, stk. 2, indeholder en række undtagelser til forbuddet i stk. 1. Særligt interessant for denne afhandling er undtagelsen om, at forbuddet ikke gælder, hvis en adgang til at træffe automatiske afgørelser er hjemlet i EU-retten eller i national ret. Denne undtagelse må forventes i høj grad at kunne udhule beskyttelsen i stk. 1 mod computerspecifikke risici for usaglige automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Endeligt indeholder artikel 22 ingen indholdsmæssige krav til den automatiske afgørelse. Der gælder heller ikke et krav om etablering af en ret til menneskelig indgriben, når en automatisk afgørelse træffes på baggrund af undtagelsen i artikel 22, stk. 2, litra b (om hjemmel), hvilket må antages at være den undtagelse, som i langt de fleste tilfælde vil blive benyttet til at træffe automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Derfor er konklusionen på dette afsnit, at artikel 22, på trods af det umiddelbare indtryk om en effektiv beskyttelse i stk. 1, i meget begrænset omfang beskytter imod risikoen for en usaglig

¹⁵⁶ Sammen med retshåndhævelsesdirektivet, men denne regulerer kun databeskyttelse i strafferetsplejen.

automatisk afgørelse fra den offentlige forvaltning, hvilket primært skyldes de to forhold, at artiklen ikke omfatter delvist automatiske afgørelser, og at offentlige myndigheder kan forventes at få en bred adgang til at træffe automatiske afgørelser på baggrund af EU-retlig eller national hjemmel.

6. Den retlige beskyttelse i Chartrets artikel 41 mod de computerspecifikke udfordringer

6.1. Indledende bemærkninger om forholdet mellem databeskyttelsesforordningen og Chartrets artikel 41

Som anført i de to konklusioner om henholdsvis beskyttelsen af transparenmæssige og saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer i databeskyttelsesforordningen, yder forordningen en meget begrænset beskyttelse af borgerens retssikkerhed – både i forhold til transparens og saglighed.

Først og fremmest er det af afgørende betydning, at databeskyttelsesforordningens beskyttelse af borgerens retssikkerhed ikke finder anvendelse for de *delvist automatiske* afgørelser, som også indebærer de computerspecifikke udfordringer, som vi har skitseret i afsnit 4.

Det bør også fremhæves, at databeskyttelsesforordningen ikke sikrer borgeren ret til at få en begrundelse for den konkrete automatiske afgørelse. Kun i meget simple sager kan en ret til en generel forklaring af systemfunktionalitet lede til, at borgeren selv vil kunne udlede en begrundelse for den automatiske afgørelse, som minder om en forklaring af det retlige grundlag for afgørelsen. Beskyttelsen er således minimal i forhold til det black box-problem, som er beskrevet nærmere i afsnit 4.3, hvilket kan have væsentlige retssikkerhedsmæssige følger for borgeren.

Det kan ligeledes være af væsentlig betydning for borgerens retssikkerhed, at artikel 22 i databeskyttelsesforordningen i mange tilfælde ikke indeholder nogen beskyttelse mod den risiko for usaglighed, som brugen af automatiske afgørelser i forvaltningen medfører. Databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, litra b, kan nemlig forventes at give offentlige myndigheder en bred adgang til at træffe automatiske afgørelser.

På denne baggrund er det væsentligt at undersøge et andet regelsæt, der generelt beskytter borgerens ret til god forvaltning, nemlig artikel 41 i det Europæiske Charter om grundlæggende

rettigheder. Chartret indeholder en ret til god forvaltning i artikel 41, som regulerer forholdet mellem borgeren og den offentlige myndighed. Offentlige myndigheder i EU er efter artikel 41 forpligtet til at sikre borgerens ret til god forvaltning når der træffes alle former for afgørelser, herunder også automatiske afgørelser.

I det følgende undersøger vi, om artikel 41 kan dække de tilfælde, hvor databeskyttelsesforordningen ikke giver borgeren en tilstrækkelig retssikkerhedsmæssig beskyttelse når borgeren er genstand for en automatisk afgørelse.

Først undersøger vi, om Chartrets artikel 41 og det tilhørende Kodeks finder direkte anvendelse for medlemsstaternes offentlige myndigheder. Dernæst vil vi undersøge, hvorvidt Chartrets artikel 41 sammen med Kodeksen kan agere opsamlingsbestemmelse for nogle af de *transparensrelaterede* udfordringer, der opstår, når forvaltningen anvender automatiske afgørelser, og som ikke allerede er beskyttet af databeskyttelsesforordningens artikel 22. Til sidst undersøger vi, hvorvidt Chartrets artikel 41 kan agere opsamlingsbestemmelse for nogle af de *saglighedsrelaterede* udfordringer, der opstår, når forvaltningen anvender automatiske afgørelser, og som ikke allerede er beskyttet af databeskyttelsesforordningens artikel 22.

6.2. Hvordan finder Chartret anvendelse, når nationale myndigheder træffer automatiske afgørelser?

Chartret må som følge af det EU-retlige effektivitetsprincip være teknologineutralt og dermed finde anvendelse på automatiske såvel som delvist automatiske afgørelser.¹⁵⁷

Efter ordlyden af artikel 41 gælder bestemmelsen kun for ”Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer” jf. stk. 1.

Idet denne afhandling omhandler automatiske afgørelser foretaget af medlemsstaternes nationale myndigheder, er det relevant indledningsvist at undersøge, hvordan Chartret finder anvendelse på disse.

¹⁵⁷ Opfattelsen deles af Digital Europe i artiklen “DIGITALEUROPE’s response to the European Commission’s AI White Paper consultation”: <https://www.digitaleurope.org/resources/digitaleuropes-response-to-the-european-commissions-ai-white-paper-consultation/> [sidst aktiveret d. 2. december 2020].

EU-Domstolen har i flere sager givet udtryk for, at retten til god forvaltning er et alment gældende EU-retligt princip, som også gælder direkte i medlemsstaterne, når de gennemfører eller anvender EU-retten.

Det fremgår f.eks. direkte af sag C-604/12¹⁵⁸, at retten til god forvaltning efter artikel 41 udgør et almindeligt EU-retligt princip, som derfor finder direkte anvendelse for de nationale myndigheder, når disse gennemfører EU-retten jf. præmis 49 og 50. De rettigheder, som borgeren har efter artikel 41, finder ikke bare direkte anvendelse for de nationale myndigheder, men de skal også sikres på en effektiv måde, jf. præmis 41 og 42.¹⁵⁹

Hvad der specifikt menes med effektiv beskyttelse af grundlæggende rettigheder, fremgår nærmere af de forenede sager C-372/09 og C-373/09, Peñarroja Fa¹⁶⁰, hvor EU-Domstolen lagde til grund, at de nationale forvaltningsmyndigheder havde pligt til at begrunde deres afgørelser. Domstolen lagde desuden til grund, at den i sagen omhandlede tvist skulle respektere de grundlæggende rettigheder, som er tillagt unionsborgeren efter Chartret, jf. præmis 62. For at borgerens ret til effektiv domstolsprøvelse kunne opfyldes i den konkrete sag, var det nødvendigt, at retten til god forvaltning, herunder retten til begrundelse, jf. artikel 41, stk. 2, litra c, også fandt direkte anvendelse på offentlige myndigheder i medlemsstaten, jf. præmis 63. Domstolen lagde således vægt på et effektivitetsprincip, hvoraf fulgte, at borgeren skulle have ret til god forvaltning, herunder ret til begrundelse, for at sikre borgerens mulighed for at nyde en effektiv ret til domstolsprøvelse.¹⁶¹

Det blev desuden lagt til grund i sag C-129/13 og C-130/13¹⁶², at borgerens ret til at blive hørt, retten til forsvar, retten til retfærdig rettergang og retten til god forvaltning er sikret som grundlæggende rettigheder i Chartret og derfor kunne påberåbes af borgeren ved de nationale domstole jf. præmis 27-29. De nationale myndigheder er derfor utvivlsomt forpligtet til at sikre borgerens rettigheder efter Chartret i de tilfælde, hvor der træffes en automatiske afgørelse

¹⁵⁸ C-604/12, H.N. mod Minister for Justice, Equality and Law Reform m.fl. af 8. maj 2014.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Forenede sager C-372/09 og C-373/09 Josep Peñarroja Fa af 17. marts 2011.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² De forenede sager C-129/13 og C-130/13, Kamino International Logistics BV og Datema Hellmann Worldwide Logistics BV mod Staatssecretaris van Financiën af 3. juli 2014.

inden for EU-rettens anvendelsesområde. Dette gælder uafhængigt af, om den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen, eksplicit henviser til rettighederne i Chartret jf. præmis 31.¹⁶³

Det ligger således fast efter retspraksis på området, at retten til god forvaltning er et grundlæggende retsprincip, som finder direkte anvendelse i medlemsstaterne, når medlemsstaterne anvender EU-retten. Dette betyder også, at borgeren kan påberåbe sig retten til god forvaltning når nationale myndigheder træffer *fuldautomatiske* afgørelser omfattet af databeskyttelsesforordningens artikel 22.¹⁶⁴

Vi skitserer tre situationer, som illustrerer, hvornår artikel 41 finder anvendelse og hvornår den ikke gør.

1. Der foretages en fuldautomatisk afgørelse, som er reguleret af databeskyttelsesforordningens artikel 22, hvorfor Chartrets artikel 41 også finder anvendelse.
2. Der foretages en delvist automatisk afgørelse, som ikke er reguleret i databeskyttelsesforordningen artikel 22, men som er omfattet af EU-retten, hvorfor Chartrets artikel 41 finder anvendelse.
3. Der foretages en delvist automatisk afgørelse, som ikke er omfattet af EU-retten, hvorfor hverken databeskyttelsesforordningens artikel 22 eller Chartrets artikel 41 finder anvendelse.

Det skal derfor fremhæves, at det nedenfor gennemgåede indhold af artikel 41 ikke finder anvendelse når der træffes en delvist automatisk afgørelse, som ikke er omfattet af EU-retten.

6.3. Overordnede bemærkninger til indholdet af Chartrets artikel 41

Chartrets artikel 41 hjemler en ret til god forvaltning, og den relevante del af artiklen ser ud som følger:

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik & Ventegodt, Maria., EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave (2018), side 420.

1. Enhver har ret til at få sin sag behandlet uvildigt, retfærdigt og inden for en rimelig frist af Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer.

2. Denne ret omfatter navnlig:

- a) retten for enhver til at blive hørt, inden der træffes en individuel foranstaltning over for ham eller hende, som måtte berøre vedkommende negativt
- b) retten for enhver til aktindsigt i de akter, der vedrører ham eller hende, under iagttagelse af legitime fortrolighedshensyn samt tavshedspligt og sagernes fortrolighed
- c) pligt for forvaltningen til at begrunde sine beslutninger.¹⁶⁵

Som det kan læses i artikel 41, stk. 1, indeholder bestemmelsen en ret til uvildig og retfærdig behandling inden for en rimelig frist. Denne ret er en selvstændig ret, der dog i en vis udstrækning er specificeret i stk. 2, litra a, b og c, og som består af tre kernerettigheder, hvis formål er at sikre transparens i forvaltningens afgørelsesvirksomhed.¹⁶⁶

Ordlyden af artikel 41 indikerer ikke eksplicit nogen sikring af saglighed i forvaltningen. I bestemmelsens stk. 1 nævnes dog begreber som retfærdighed og uvildighed, der muligvis kan sidestilles med elementer af saglighed. Indholdet af retten til god forvaltning er nærmere udforsket i retspraksis og i Den Europæiske Kodeks for God Forvaltning, der i 2001 blev endeligt godkendt af Europa-Parlamentet, som et støtteværktøj for at sikre god forvaltning i både EU's egne institutioners og medlemsstaternes forvaltninger.¹⁶⁷ Retten til god forvaltning i stk. 1 og dens funktion i beskyttelsen mod saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer har vi undersøgt i afsnit 4.4.

Artikel 41, stk. 2, litra a, hjemler en ret til partshøring. Dette rummer et hensyn til, at parter i en given sag får mulighed for at varetage sine interesser, herunder ytre og forsvare sig ved at bidrage til en sags oplysning. Denne rettighed vil ikke blive behandlet videre i afhandlingen,

¹⁶⁵ Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 364 af 18. december 2000, artikel 41.

¹⁶⁶ Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik & Ventegodt, Maria., EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave (2018), side 418.

¹⁶⁷ Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik – Den Europæiske Ombudsmand, 2005.

idet den ikke hænger sammen med de computerspecifikke udfordringer for retssikkerheden, der relaterer sig til anvendelsen af automatiske afgørelser, men mere til principper om sagens oplysning.¹⁶⁸

Den anden rettighed, stk. 2, litra b, hjemler borgerens ret til at få aktindsigt i alle akter, der vedrører borgeren, kun begrænset af legitime fortrolighedshensyn. Retten til aktindsigt betegnes som en af de mest fundamentale processuelle retssikkerhedsgarantier for borgeren, og rettigheden sikrer samtidig et konstant pres på forvaltningen, der til enhver tid skal kunne tåle offentlighed i deres sagsbehandling.¹⁶⁹ Denne rettighed og dens funktion i beskyttelsen mod transparenmæssige computerspecifikke udfordringer har vi undersøgt i afsnit 6.4.1.

Den tredje og sidste rettighed i stk. 2 fremgår af litra c og indeholder en pligt for forvaltningen til at begrunde sine afgørelser. Denne rettighed og dens funktion i beskyttelsen mod transparenmæssige computerspecifikke udfordringer undersøges i afsnit 6.4.2.

De transparenmæssige computerspecifikke udfordringer vil desuden blive illustreret ved hjælp af et eksempel fra Trelleborg Kommune i Sverige, hvor kommunen har automatiseret en lang række afgørelser på det sociale område.

6.4. Hvilken beskyttelse yder Chartrets artikel 41 mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser?

6.4.1. Artikel 41, stk. 2, litra b – Retten til aktindsigt

Retten til aktindsigt er en helt grundlæggende processuel retssikkerhedsgaranti, som giver borgeren ret til – med få forbehold – at få indsigt i de akter, der vedrører borgeren selv i en given sag, jf. Chartrets artikel 41, stk. 2, litra b.

Forbeholdene for at give aktindsigt er ligeledes beskrevet i stk. 2, litra b, og bevirker, at adgang til visse dokumenter helt eller delvist kan nægtes, hvis dokumenterne indeholder forretningshemmeligheder, oplysninger om de andre klagende parter identitet, eller hvis dokumenterne i øvrigt betragtes som interne dokumenter, hvis indhold vurderes at være fortroligt. I sager hvor

¹⁶⁸ Ibid., side 423.

¹⁶⁹ Ibid., side 423 – 425.

der både er hensyn at tage til en parts aktindsigtsanmodning og en virksomheds forretningshemmeligheder, skal der foretages en konkret afvejning af disse kontraherende hensyn over for hinanden, jf. T-221/95 Endemol mod Kom, præmis 65-68.¹⁷⁰

I den forbindelse findes der imidlertid to forskellige problemer i krydsfeltet mellem retten til aktindsigt i medfør af artikel 41 og offentlige myndigheders anvendelse af automatiske afgørelser.

Det første problem bunder i en konflikt mellem hensynet til at sikre transparens i forvaltningen og samtidig opretholde incitamentet for IT-virksomheder til kontinuerligt at udvikle nye og smartere IT-løsninger. Dette er behandlet i afsnit 6.4.1.1.

Det andet problem angår, om retten til aktindsigt i virkeligheden overflødiggøres, når det materiale, som de aktindsigtsanmodende borgere får indsigt i, er lange – og for de fleste borgere uforståelige – kodesæt. Med andre ord er der et transparensproblem forbundet med at give aktindsigt i systemfunktionaliteten af en algoritme, eftersom kun et meget lille udsnit af befolkningen i medlemsstaterne vil kunne forstå det kodesprog, som algoritmerne er baseret på. Dette er behandlet i afsnit 6.4.1.2.

6.4.1.1. Aktindsigt over for forretningshemmeligheder - skal innovation gå forud for transparent forvaltning?

Hvis en offentlig myndighed har antaget en leverandør til at udvikle det system, som skal bruges til at træffe automatiske afgørelser, kan der opstå en konflikt mellem borgerens interesse i transparens og leverandørens interesse i at holde koderne i systemet hemmelige, når en borger søger om aktindsigt i disse.

Det er derfor interessant, hvordan forholdet mellem forretningshemmeligheder og retten til aktindsigt afvejes i sager ved EU-Domstolen. EU-Domstolen har fastlagt, at retten til aktindsigt ikke kan afvises med en general henvisning til forretningshemmeligheder,¹⁷¹ idet det afgørende er, om borgeren kan bruge dokumenterne til at påvirke sagens udfald i en ankesag. Det er ikke

¹⁷⁰ Ibid., side 424.

¹⁷¹ Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela, The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary, HART Publishing, (2014). side 1084.

op til myndighederne at vurdere, hvilke dokumenter der kan tjene til at påvirke sagens udfald i en ankesag jf. sag T-42/96¹⁷², præmis 81.

I de tilfælde, hvor en aktindsigtsanmodning afvises, eller der kun gives delvis indsigt i systemfunktionaliteten, er der risiko for, at borgeren ikke får mulighed for at opnå fuld forståelse for, hvilke parametre afgørelsesmekanismen arbejder ud fra. Omvendt vil både små og store IT-virksomheder formentlig være mindre tilbøjelige til at udvikle innovative IT-systemer til offentlige myndigheder, hvis deres produkt kun kan sælges én gang – forstået på den måde, at så snart de er solgt til en offentlig myndighed, der træffer afgørelser vedrørende borgerne, vil deres koder være offentligt tilgængelige og kunne kopieres af andre leverandører og andre myndigheder.

6.4.1.2. *Aktindsigt i gåder*

Et af de grundlæggende hensyn bag retten til aktindsigt er, at borgeren skal have en chance for at opnå indsigt i en sag, for at vedkommende på oplyst vis kan argumentere for sin sag i en ankeinstans.¹⁷³ Dette hensyn kan ikke varetages, hvis borgeren ikke har mulighed for at forstå det materiale, som den offentlige myndighed udleverer i forbindelse med indsigtsanmodningen.

Retten til aktindsigt hænger tæt sammen med retten til effektivt forsvar, hvorfor det er afgørende for borgerens effektive udnyttelse af begge rettigheder, at der gives aktindsigt i dokumenter, som er forståelige for borgeren.¹⁷⁴ Sagen fra Trelleborg kommune er et eksempel på, hvordan aktindsigt i et dokument, der kun indeholder avancerede koder, som regel ikke tjener til at opfylde formålet med aktindsigtsretten. Sagen bliver behandlet længere nede i 6.4.2.1.

6.4.2. Artikel 41, stk. 2, litra c – Retten til begrundelse

Efter EU Chartret om grundlæggende rettigheder har forvaltningen en pligt til at begrunde sine afgørelser. Bestemmelsen er placeret i afsnittet for borgernes rettigheder, men er udformet som

¹⁷² T-42/96, Eyckeler & Malt AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 19. februar 1998.

¹⁷³ Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela, *The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary*, HART Publishing, (2014), side 1084.

¹⁷⁴ *Ibid.*, side 1081 - 1082.

en pligt og er derfor rettet mod forvaltningen. Forvaltningens pligt til at give begrundelse medfører imidlertid en tilsvarende ret for borgerne, hvorfor artikel 41, stk. 2, litra c, fremadrettet i denne afhandling vil blive omtalt som en ret for borgeren.

Retten til begrundelse har flere funktioner, som kan opdeles i tre hovedpunkter. For det første forstærkes legitimiteten af forvaltningsretlige afgørelser ved brug af tydelige begrundelser, idet de bagvedliggende beslutningsprocesser gøres gennemskuelige og lette at forstå for den borger, som afgørelsen vedrører. Begrundelsen for en afgørelse er forvaltningens mulighed for at beskrive, hvorfor og hvordan afgørelsen tog sin form. For det andet lægger begrundelsespligten et vist pres på den offentlige forvaltningsmyndighed. Et pres som kan være med til at sikre borgerne mod arbitrære afgørelser, eftersom den offentlige forvaltningsmyndighed skal kunne forsvare og stå inde for deres afgørelser. For det tredje har en fyldestgørende begrundelse stor værdi for en eventuel rekursmyndighed og eventuelt også en domstol, som i den sammenhæng vil have bedre mulighed for at gennemskue ræsonnementet i den oprindelige afgørelse.¹⁷⁵

En begrundelse bør som udgangspunkt altid indeholde:

- en oversigt over de faktiske omstændigheder, som er relevante for afgørelsen,
- en forklaring og eller gennemgang af de retsregler, som afgørelsen beror på, og
- en forklaring af anvendelsen af reglerne på de faktiske omstændigheder, som fører til afgørelsens resultat.¹⁷⁶

Ved automatiske afgørelser vil de faktiske omstændigheder formentligt ikke være mere vanskelige at forklare borgeren, idet disse ofte blot vil være inputtet i computersystemet, og myndigheden må derfor være lige så bevidste om, hvilke faktiske omstændigheder sagen drejer sig om, som de er ved en manuel afgørelse. På samme måde vil retsreglerne formentligt heller ikke være særligt problematiske at forklare borgeren.

Til gengæld er det sidste kriterium til begrundelsen efter Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c, altså selve subsumptionen, væsentligt at have for øje i forhold til automatiske afgørelser. En for-

¹⁷⁵ Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik & Ventegodt, Maria., EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave (2018), side 425 – 426.

¹⁷⁶ Ibid.

målsfortolkning af bestemmelsen sammenholdt med dette kriterium må føre til den konstatering, at den offentlige myndighed – for at leve op til Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c – skal være i stand til at forklare, hvordan computeren i den konkrete sag har nået frem til sit resultat. Ellers vil borgeren ikke kunne forstå, hvordan sagens omstændigheder, sammenholdt med de relevante regler, har bevirket, at afgørelsen har netop det resultat, som den har.

Denne proces, der skal forklares, vil foregå inde i computerens CPU, og det er her, at de praktiske black box-udfordringer kan vise sig, fordi det ikke nødvendigvis er muligt at forklare, hvordan computeren i den konkrete sag har nået frem til sit resultat.

Det er derfor afgørende, at den offentlige myndighed ved anvendelsen af et computersystem til at træffe automatiske afgørelser er opmærksom på, at den skal være i stand til at kunne give en begrundelse, der lever op til de ovenstående kriterier.

Nedenfor giver vi et virkeligt eksempel, der både illustrerer, hvordan offentlige myndigheder kan have svært ved at give en tilstrækkelig begrundelse for en automatisk afgørelse, og hvordan en borgers udøvelse af retten til aktindsigt ikke nødvendigvis vil give borgeren et tilfredsstillende niveau af transparens i systemets funktionalitet.

6.4.2.1. Trelleborg Kommune – fuldautomatisering af afgørelser om sociale ydelser

Det svenske parlament, Riksdagen, offentliggjorde i 2018 en strategi for øget digitalisering og automatisering i den offentlige sektor. Som et led i denne strategi, introduceredes i 2018 et pilotprojekt i Trelleborg Kommune. Projektet, der fortsat er fungerer i dag, består af en fuldkommen automatisering af afgørelser vedrørende udbetaling af sociale ydelser til de borgere i Trelleborg Kommune, som ikke er i stand til at arbejde, eller som midlertidigt er uden for arbejdsmarkedet.

På baggrund af borgernes ansøgninger om sociale ydelser, indsamler og kategoriserer algoritmen oplysninger om ansøgeren. Det drejer sig blandt andet om oplysninger vedrørende ansøgerens økonomiske forhold, herunder borgerens skattebetalinger, om ansøgeren betaler husleje, og om ansøgeren i den forbindelse modtager boligstøtte. Som følge heraf træffer algoritmen en automatisk afgørelse, om hvorvidt ansøgeren har ret til udbetaling af sociale ydelser eller ej. Automatiseringen af processen for udbetaling af sociale ydelser har reduceret antallet af kommunale sagsbehandlere fra 11 til 3. Sagsbehandlere som før ville have foretaget manuel behandling af ansøgningerne.

Trelleborg-modellen, der startede som et enkeltstående pilotprojekt, er sidenhen forsøgt udbreddt til 14 øvrige kommuner i Sverige, og projektet har modtaget talrige priser for innovativ tænkning i den offentlige sektor i Sverige. Fra et nytteværdiperspektiv har projektet således haft stor succes, men retssikkerhedsmæssigt har projektet dog ikke vist sig problemfrit. Der har været rejst stor kritik fra en række svenske medier, eftersom de ikke finder systemet transparent, og kommunens frigivelse af dokumenter i forbindelse med opfyldelse af aktindsigtsanmodninger består af lange og tekniske kodesæt. Der afventes i øjeblikket en udtalelse fra den svenske Ombudsmand, hvori det forventes, at der udtrykkes kritik af Trelleborg kommunes forvaltning af afgørelserne - primært med henblik på transparensproblemer, herunder manglende begrundelse og kommunens muligheder for at give aktindsigt i et forståeligt materiale.¹⁷⁷

6.4.2.1.1. Aktindsigtsproblemet i Trelleborg

Det første problem, der kan fremhæves i forhold til Trelleborg, er muligheden for at søge aktindsigt i kommunens afgørelser. I starten af 2020 anmodede den svenske journalist Freddi Rammel om aktindsigt i algoritmen bag Trelleborg-modellen.¹⁷⁸ Aktindsigtsanmodningen blev i første omgang afvist, idet Trelleborg Kommunen henviste til, at deres algoritme udgjorde en forretningshemmelighed, der ikke skulle deles med offentligheden.¹⁷⁹

Journalisten klagede efterfølgende over tilbageholdelsen af oplysninger, hvorefter den svenske administrative ankeinstans i februar 2020 fastslog, at kommunen skulle frigive de oplysninger, som algoritmen arbejdede på baggrund af. Trelleborg Kommune offentliggjorde i forlængelse heraf det fulde kodesæt bestående af hele 136.000 kodelinjer fordelt på 127 XML-filer. Datamængden var så stor og den bagvedliggende kodning så kompliceret, at det i praksis var umuligt for almindelige borgere at tyde, hvordan algoritmen nåede frem til sine afgørelser.¹⁸⁰

Dette forløb illustrerer således de i afsnit 4.3. gennemgåede transparensproblemer, som opstår når offentlige myndigheder anvender automatiske afgørelser. Simon Vinge, Cheføkonom for Akademikerforbundet (SSR), har med afsæt i Trelleborg Kommunes pilotprojekt, kommentere-

¹⁷⁷ https://akademssr.se/post/tillsatt-en-algoritmombudsman?fbclid=IwAR05igGBT2P13C5_qO1s01gVvXhRDSZWjEwiP-lafeLt_rJfqM69QH9qo3I [sidst aktiveret d. 26. oktober 2020].

¹⁷⁸ Eftersom journalisten ikke er part, har vedkommende sandsynligvis anmodet om aktindsigt i medfør af en svensk pendant til den danske offentlighedslov. Det antages dog, at indholdet af det offentliggjorte materiale må stemme overens med det materiale, som en part ville få adgang til, hvis denne søgte om partsaktindsigt.

¹⁷⁹ <https://algorithmwatch.org/en/story/trelleborg-sweden-algorithm/> [sidst aktiveret d. 26. oktober 2020].

¹⁸⁰ Ibid. [sidst aktiveret d. 26. oktober 2020].

ret på balancegangen mellem fuld transparens og retten for virksomheder til at bevare en forretningshemmelighed. I Trelleborg casen blev kommunen pålagt at fremlægge hele den bagvedliggende kode, men ikke alle er enige om, at det er den rigtige løsning.

Vinge er citeret for følgende:

“When it comes to automated decision-making, no one knows what they have to share, or when you’ve received enough information to understand how an automated decision was made. I still don’t know which parameters lead to a declined application, or what is being fed into the formula,”¹⁸¹

Vinge problematiserer således uklarheden i retstilstanden, der vedrører, i hvilke tilfælde og i hvilket format offentlige myndigheder skal give aktindsigt i algoritmers funktion, når algoritmerne tager del i offentlige myndigheders afgørelsesprocesser. På den ene side står hensynet til sikringen af tilstrækkelig transparens og borgerens mulighed for at varetage sine interesser i forbindelse med en eventuel klagesag. På den anden side står hensynet til at opretholde IT-virksomheders forretningsgrundlag herunder levering af IT-systemer til offentlige myndigheder. Det vil i sagen om Trelleborg Kommune være op til en konkret vurdering i de enkelte sager at overveje, hvilket af de to hensyn, der vejer tungest.

6.4.2.1.2. Begrundelsespligten i Trelleborg-sagen

Borgerne i Trelleborg Kommune har efter Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c, en ret til begrundelse fra den offentlige myndighed, som træffer den automatiske afgørelse, hvis afgørelsen er omfattet af EU-retten.

En af udfordringerne ved Trelleborg-modellen og automatiseringen af kommunens afgørelser er, at det kan være vanskeligt for kommunen i praksis at leve op til kriterierne for begrundelsespligten. Trelleborg Kommune kritiseres eksempelvis af Vinge for ikke at være i stand til at give en tilstrækkelig forklaring på, hvordan algoritmen fungerer.¹⁸²

Det er derfor vigtigt for offentlige myndigheder, der som Trelleborg Kommune ønsker at automatisere sine afgørelser, at de har for øje, at det skal være praktisk muligt for dem at give

¹⁸¹ Ibid. [sidst aktiveret d. 26. oktober 2020].

¹⁸² Ibid. [sidst aktiveret d. 26. oktober 2020].

borgere en begrundelse for den automatiske afgørelse, der lever op til kravene i Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c.

6.4.3. Opsamling på Chartrets beskyttelse mod risikoen for manglende transparens ved automatiske afgørelser

Først og fremmest kan det konstateres, at Chartrets artikel 41 – i modsætning til databeskyttelsesforordningens artikel 22 – indeholder en pligt for forvaltningen til at begrunde sine afgørelser. Begrundelsespligten sikrer borgeren en retlig garanti mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse. Effekten af begrundelsespligten er dog forudsat af, at den offentlige myndighed, der træffer den automatiske afgørelse, sikrer sig, at det praktisk er muligt at give borgeren en forståelig forklaring af, hvordan computeren i den konkrete sag har nået frem til sit resultat.

Dermed komplimenterer Chartret databeskyttelsesforordningen, som giver borgeren en retlig garanti mod black box-problemet i forhold til systemfunktionaliteten, der jo som bekendt er den anden computerspecifikke transparenmæssige udfordring, jf. afsnit 5.3.2 og 5.3.3 om henholdsvis oplysningspligten og indsigtsretten.

Det er imidlertid fortsat et problem, at retten til begrundelse lige som retten til forklaring af systemfunktionaliteten er begrænset til visse tilfælde.¹⁸³ Retten til begrundelse efter Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c, finder kun direkte anvendelse i medlemsstater, hvis afgørelsen anvender EU-retten. Det vil sige, at en EU-borger, der er genstand for en delvist automatisk afgørelse, som dermed ikke omfattes af databeskyttelsesforordningens artikel 22 om fuldautomatiske afgørelser, og som heller ikke på anden vis anvender EU-retten, ikke har en ret til en begrundelse af den konkrete afgørelse efter Chartrets artikel 41 stk. 2, litra c.

Dernæst kan det konstateres, at artikel 41 kun indeholder en ret til at få aktindsigt i en sag, hvori anmoder er part. Aktindsigt i automatiske afgørelser giver anledning til en udfordring, som ikke gør sig gældende i forhold til manuelle afgørelser. Eftersom imødekommelsen af en aktindsigtsanmodning i koden til det computersystem, der træffer den automatiske afgørelse, kan være forhindret af forretningshemmeligheder tilhørende udvikleren af systemet, skal der foretages en konkret afvejning mellem ønsket om at sikre transparens i forvaltningen og ønsket

¹⁸³ Retten til forklaring af systemfunktionaliteten efter databeskyttelsesforordningen knytter sig til forordningens artikel 22, som kun omfatter fuldautomatiske afgørelser.

om at beskytte en virksomheds forretningshemmeligheder. Denne afvejning kommer til udtryk i casen fra Trelleborg kommune, hvor det dog blev fastslået, at transparenhensynet vejede tungere end hensynet til forretningshemmeligheder.

Eksemplet fra Trelleborg Kommune viste, at en aktindsigt, der gives i computersystemet, i praksis kan være værdiløs, idet borgeren ikke vil kunne forstå "akterne". For at forstå hvordan systemet, der anvendes til at træffe den konkrete afgørelse, fungerer, vil borgeren formentlig have større nytte af garantier som dem i databeskyttelsesforordningens artikel 13, 14 og 15, der giver borgeren ret til en forklaring af logikken bag systemet, snarere end den blotte indsigt i systemet i sig selv.

Efter ovenstående gennemgang af hvordan Chartrets artikel 41 sikrer en beskyttelse af borgeren mod de computerspecifikke transparenmæssige udfordringer i forbindelse med automatiske afgørelser, retter vi i det følgende fokus mod spørgsmålet om, hvorvidt artikel 41 ligeledes sikrer en beskyttelse af borgeren mod de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer i forbindelse med automatiske afgørelser.

6.5. Hvilken beskyttelse yder Chartrets artikel 41 mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser?

På baggrund af en umiddelbar ordlydsfortolkning af Chartrets artikel 41, er det uklart, om der af bestemmelsen overhovedet fremgår en beskyttelse mod usaglige afgørelser. Efter ordlyden indeholder artikel 41, stk. 1, en ret til retfærdig sagsbehandling, men det fastlægges ikke i bestemmelsen, hvad retfærdig sagsbehandling indebærer. Derfor tager vi i vores undersøgelse udgangspunkt i øvrige kilder, der kan anvendes til at forstå indholdet af artikel 41, herunder hvad god forvaltning indebærer. Det drejer sig navnlig om EU-Domstolens retspraksis og Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik.

6.5.1. Retspraksis vedrørende saglighed

Som nævnt ovenfor, efterlader ordlyden af artikel 41 uklarheder i forhold til, hvad god forvaltning egentlig dækker over. EU-Domstolen har imidlertid i en række sager specificeret, hvilke forpligtelser bestemmelsen medfører for den offentlige forvaltning. Det fremgår af EU-Dom-

stolens praksis, at god forvaltning som minimum dækker over den offentlige forvaltnings forpligtelse til at undersøge alle relevante faktiske omstændigheder og det juridiske grundlag for hver enkelt sag.¹⁸⁴

Dette kommer blandt andet til udtryk i sag C-269/09¹⁸⁵, hvoraf det fremgår, at den offentlige myndighed skal foretage en omhyggelig og upartisk undersøgelse af alle relevante forhold i den enkelte sag, herunder partens fremførte synspunkter og forsyne afgørelsen med en tilstrækkelig begrundelse. Disse krav til sagsbehandlingen gælder specifikt når der skal foretages et skøn. Afgørelsen lægger fast, at disse krav til sagsbehandlingen skal overholdes, hvis EU-domstolen skal have mulighed for at efterprøve, om de faktiske og retlige omstændigheder, som ligger til grund for skønnet rent faktisk forelå, jf. præmis 14.

Retten til god forvaltning tjener således mindst to formål. For det første beskytter retten til god forvaltning borgerens rettigheder, herunder retten til at blive hørt og til at få en begrundelse for den konkrete afgørelse. For det andet udgør god forvaltning også grundlaget for domstolens efterprøvelse af sagen.

I sagerne C-405/07¹⁸⁶ og C-525/04¹⁸⁷ har EU-Domstolen nærmere fastlagt, hvilke indholdsmæssige krav, der ligger i retten til god forvaltning. I afgørelserne fremgår det, at retten til god forvaltning indebærer, at den offentlige myndighed skal tage højde for en række foranstaltninger under sagsbehandlingen.

For det første skal der tages stilling til den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til i skønnet. For det andet skal der tages stilling til oplysningernes troværdighed og sammenhæng, men også om oplysningerne udgør alle de relevante oplysninger, som skal tages i betragtning i forbindelse med skønnet. Til sidst skal der tages stilling til, om disse oplysninger taler for den konklusion, som skønnet er udtryk for.

EU-Domstolen har således fastlagt, at god forvaltning indeholder visse garantier, som skal overholdes, når offentlige myndigheder foretager et skøn. EU-Domstolen lægger også fast i

¹⁸⁴ Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela, *The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary*, HART Publishing, 2014, side 1077.

¹⁸⁵ C-269/90, Technische Universitaet Muenchen mod Hauptzollamt Muenchen-Mitte af 21. november 1991.

¹⁸⁶ C-405/07 P, Kongeriget Nederlandene mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 6. november 2008, præmis 55-56.

¹⁸⁷ C-525/04 P, Kongeriget Spanien mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 22. november 2007, præmis 57.

afgørelserne, at når myndighederne skal foretage et skøn, skal der lægges stor vægt på overholdelsen af retten til god forvaltning.

De specifikke garantier, som EU-Domstolen har fastlagt, at artikel 41 indeholder, udgør altså således en indholdsmæssig beskyttelse, der formentligt dækker de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer, som eksisterer ved automatiske afgørelser.

I det følgende har vi anvendt Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik for at slå endeligt fast, at retten til god forvaltning giver en komplet materiel beskyttelse mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer.

6.5.2. Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik

Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik er udarbejdet af den Europæiske Ombudsmand. Det blev godkendt af Europa-Parlamentet i 2001 og fungerer som et supplerende redskab for sagsbehandlere i den Europæiske Union til at fortolke god forvaltningsskik. Kodeksen er et supplement til det grundlæggende retsprincip om retten til god forvaltning.¹⁸⁸

6.5.2.1. Kan borgeren påberåbe sig rettighederne efter Kodeksen?

Kodeksen er udarbejdet af den Europæiske Ombudsmand og indeholder blandt andet retningslinjer for, hvordan større effektivitet, gennemsigtighed og ansvarlighed bedst sikres i den offentlige forvaltning. Kodeksen er som udgangspunkt ment som et værktøj, der kan bruges af medarbejdere i den offentlige forvaltning i EU i forhold til at vurdere, hvilke krav deres sagsbehandling skal leve op til. Borgeren får på samme tid tilsvarende indsigt i, hvad de kan forvente af den offentlige forvaltnings sagsbehandling.¹⁸⁹

På samme måde som artikel 41, finder Kodeksen i udgangspunktet kun anvendelse for EU-institutioner. Som gennemgået ovenfor har EU-Domstolen imidlertid lagt fast, at retten til god forvaltning er et EU-retligt princip, som også gælder i medlemsstaterne, når de udøver EU-retten. En bred fortolkning af artikel 41 kunne medføre, at mange af de bestemmelser, som kommer til udtryk i Kodeksen også skulle indeholdes i retten til god forvaltning.¹⁹⁰ Kodeksen

¹⁸⁸ <https://www.ombudsman.europa.eu/da/publication/da/3510#/page/1> Kodeksen, marts 2002, af den Europæiske ombudsmand Emily O'Reilly.

¹⁸⁹ Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik – Den Europæiske Ombudsmand, 2005, side 7.

¹⁹⁰ Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela, The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary, HART Publishing, (2014), side 1072.

er dog ikke et retligt bindende dokument, og EU-Domstolen har endnu ikke lagt fast om Kodeksen også skal finde direkte anvendelse i medlemsstaterne, hvorfor borgerne ikke kan påberåbe sig rettighederne i Kodeksen. Kodeksen må dog som minimum være anvendelig som fortolkningsbidrag til at fastlægge indholdet af retten til god forvaltning i Chartret i de tilfælde, hvor offentlige myndigheder i medlemsstaterne træffer automatiske afgørelser inden for EU-rettens område.¹⁹¹ Derfor er det relevant at undersøge, hvilke rettigheder Kodeksen indeholder for at komme nærmere, hvordan Chartrets artikel 41 beskytter borgeren mod saglighedsmæssige computerspecifikke risici.

6.5.2.2. *Kodeksen beskyttelse af borgernes ret mod usaglige automatiske afgørelser*

Princippet om saglig forvaltning indeholder, som det er påpeget tidligere i afhandlingen, et negativt led og et positivt led. For det første skal princippet sikre, at forvaltningen ikke inddrager usaglige hensyn i dens afgørelser. For det andre skal princippet sikre, at forvaltningen inddrager alle saglige hensyn.¹⁹² Derudover skal de saglige hensyn afvejes rigtigt over for hinanden.

Kodeksen indeholder en række principper, der i forskelligt omfang svarer til sikkerhedsforanstaltninger med potentiale til at sikre mod usaglighed i forvaltningsafgørelser. Der vil ikke være nogen dybdegående gennemgang af hver enkel artikel i Kodeksen, men de artikler, som siger mest om Kodeksens beskyttelse af borgerens retssikkerhed vil i det følgende gennemgås kort.

Et overordnet princip for denne offentlige forvaltning er lovformelighed, som fremgår af Kodeksens artikel 4, hvilket betyder, at sagsbehandlerens afgørelser skal være i overensstemmelse med gældende ret.

Dertil kommer artikel 5, der har til formål at sikre borgerne mod uberettiget forskelsbehandling. Denne ret er særligt afgørende for borgerens retssikkerhed i automatiske afgørelser, idet forskelsbehandling kan forekomme på to måder, der specifikt gør sig gældende for automatiske afgørelser, nemlig garbage in, garbage out-problemet og ved mangelfuld programmering. For det første kan en computers output kun være så godt, som det datasæt, som systemet fodres med tillader. Er det data, som et system er trænet på baggrund af ufuldkomment eller udtryk for usaglige afgørelser, vil systemet også træffe ufuldkommene og usaglige afgørelser, som for

¹⁹¹ Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik – Den Europæiske Ombudsmand, 2005, side 7.

¹⁹² Se afsnit 4.2.

eksempel kan medføre forskelsbehandling. For det andet kan det være en uoverkommelig opgave at programmere et system til at kunne navigere i abstrakte faktiske omstændigheder og inddrage alle saglige hensyn i en sag, afveje disse korrekt samt se bort fra alle usaglige hensyn, hvilket også kan lede til forskelsbehandling.

Den måske mest relevante artikel i forhold til indholdet af saglighed er artikel 9, som sikrer borgeren en ret til objektiv sagsbehandling. Dette vil sige, at sagsbehandleren skal inddrage alle relevante faktorer og udelade de irrelevante. Derudover følger det også af artiklen, at sagsbehandleren skal vægte disse relevante elementer i forhold til hinanden og den endelige afgørelse. Artikel 9 i Kodeksen dækker altså ret nøjagtigt over det saglighedsbegreb, der anvendes i denne afhandling, og artikel 9 giver således grund til at antage, at retten til god forvaltning i Chartrets artikel 41 giver borgeren en komplet materiel beskyttelse mod de sagligheds-mæssige computerspecifikke udfordringer i automatiske afgørelser.

6.5.3. Opsamling på Chartrets artikel 41's beskyttelse mod risikoen for manglende saglighed ved automatiske afgørelser

Først og fremmest kan det opsummeres, at Chartrets artikel 41 finder direkte anvendelse i medlemsstaterne, når de anvender EU-retten. Dette betyder også, at retten til god forvaltning kun finder anvendelse, hvis der er truffet en automatisk afgørelse, som baserer sig på EU-retten. Dette vil være tilfældet, hvis afgørelsen er truffet *fuldautomatisk* og efter en af undtagelserne i databeskyttelsesforordningens artikel 22.

EU-Domstolen har gennem retspraksis fastlagt nogle garantier for god forvaltning, som betyder, at den offentlige myndighed skal tage stilling til nogle specifikke saglighedslignende garantier når der træffes et skøn. For det første skal den materielle nøjagtighed af de beviser, der henvises til i skønnet vurderes. For det andet skal det vurderes, om de oplysninger, som tages i betragtning i skønnet, er troværdige, og om der er sammenhæng mellem oplysningerne. Til sidst skal det vurderes, om disse oplysninger taler for den konklusion, som skønnet er udtryk for.

EU-Domstolen har også lagt fast, at de offentlige myndigheders udøvelse af skøn er underlagt domstolsprøvelse. Afgørelser fra EU-Domstolen skal lægges til grund i medlemsstaterne, hvorfor borgeren vil kunne påberåbe sig de saglighedslignende garantier, som kommer til udtryk i EU-Domstolens afgørelser, ved nationale domstole.

Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik kan anvendes som fortolkningsbidrag, når EU-institutioner skal finde frem til, om de lever op til retten til god forvaltning. Kodeksen indeholder nemlig en række principper, der har til formål at sikre EU-borgerne mod usaglige forvaltningsafgørelser. Kodeksen er dog ikke retlig bindende, og borgeren vil derfor ikke kunne støtte ret herpå.

Idet databeskyttelsesforordningens artikel 22 ikke indeholder nogen reel form for saglighedsbeskyttelse, udvides beskyttelsen af EU-borgernes retssikkerhed gennem Chartrets artikel 41 og Kodeksen. Beskyttelsen i Chartret artikel 41 vedrører navnlig de garantier, som er fastlagt af EU-Domstolen, og som minder om de forvaltningsretlige saglighedsforanstaltninger. Disse garantier skal forvaltningsmyndigheder i medlemsstaterne således være opmærksomme på i deres udøvelse af afgørelsesvirksomhed, hvad end afgørelserne sker *delvist automatisk* eller *fuldautomatisk*, hvis afgørelsen er omfattet af EU-retten.

Det er i den forbindelse af afgørende betydning, at de saglighedslignende garantier, som kommer til udtryk i EU-Domstolens praksis, er af indholdsmæssig karakter. Garantierne udgør et retligt værn mod, at usaglige automatiske afgørelser finder sted, men det kan ikke udelukkes, at usaglighed alligevel vil opstå, som følge af de computerspecifikke udfordringer, som er skitseret i afsnit 4.4.

Det er problematisk for borgerens retssikkerhed, hvis automatiske afgørelser viser sig at være ukorrekte eller usaglige, idet det kan medføre en tendens til, at de automatiske afgørelser altid vil blive påklaget for, at borgeren opnår manuel behandling af sin sag. Sagens behandling i første instans vil derfor være mere eller mindre overflødig, idet borgeren vil være nødsaget til at klage over den automatiske afgørelse for at sikre sin retssikkerhed.

Det kan derfor diskuteres, om det retlige værn mod usaglige/ukorrekte automatiske afgørelser, skal udvides til også at indeholde formelle krav til sagsbehandlingsproceduren. Vores forslag til formelle krav vil blive gennemgået i afsnit 7.3.3 nedenfor.

6.6. Delkonklusion på analysen af databeskyttelsesforordningens artikel 22 og Chartrets artikel 41

På baggrund af analysen af databeskyttelsesforordningen samt Chartrets artikel 41 tegner vi nedenfor et samlet billede af den retlige beskyttelse, som EU-borgeren har mod de retssikkerhedsmæssige udfordringer, som anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning medfører.

Vi lægger ud med at opsummere den retlige beskyttelse mod transparenmæssige computerspecifikke udfordringer i databeskyttelsesforordningen og Chartret. Dette følges op af en tilsvarende opsummering af beskyttelsen mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer.

6.6.1. Den retlige beskyttelse mod transparenmæssige computerspecifikke udfordringer

Der kan ikke af databeskyttelsesforordningen udledes nogen eksplicit ret for borgeren til at få en begrundelse for en konkret afgørelse, og forordningen dækker således ikke black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse. Forordningen sikrer imidlertid borgeren en vis grad af transparens, idet den indeholder en pligt for den offentlige myndighed til at oplyse borgeren om logikken og funktionaliteten af det system, der bruges til at træffe den *fuldautomatiske* afgørelse jf. artikel 13, 14, 15 i samspil. Dermed giver databeskyttelsesforordningen en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionaliteten for så vidt angår fuldautomatiske afgørelser men ikke for delvist automatiske afgørelser.

Den manglende transparens omkring black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse, som databeskyttelsesforordningen efterlader, samles dog til dels op af Chartrets artikel 41. Chartret er teknologineutralt, og artikel 41, stk. 2, litra c, sikrer dermed borgeren retten til en begrundelse for den konkrete automatiske afgørelse og griber en del af de transparenmæssige udfordringer, som anvendelsen af fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser omfattet af EU-retten giver anledning til.

Borgeren har i øvrigt ret til aktindsigt i koden til det system, som den offentlige myndighed anvender til at træffe afgørelsen, jf. Chartrets artikel 41, stk. 2, litra b, hvilket teoretisk set kan løse black box-problemet i forhold til systemfunktionaliteten. I praksis vil denne mulighed imidlertid kun sjældent have reel værdi for borgeren, eftersom indsigten formodentlig vil gives

i komplicerede kodesæt. Dette blev illustreret via casen i Trelleborg Kommune i Sverige. Derfor vil borgeren have større nytte af en retlighed som dem i databeskyttelsesforordningen, hvor myndigheden har pligt til at forklare, hvordan systemet fungerer.

Bestemmelserne i databeskyttelsesforordningens artikel 13, 14 og 15 henviser alle til artikel 22, hvorfor indholdet af bestemmelserne kun gælder for de fuldautomatiske afgørelser. Dette er dermed en ret væsentlig begrænsning i beskyttelsen mod black box-problemet i forhold til systemfunktionaliteten.

En lignende begrænsning gør sig gældende for så vidt angår beskyttelsen i Chartrets artikel 41, idet Chartret kun finder direkte anvendelse i medlemsstaterne, hvis EU-retten anvendes i afgørelsen. Begrundelsespligten i artikel 41 gælder derfor ikke for de nationale myndigheder, hvis afgørelsen kun er *delvist automatisk* og dermed ikke omfattes af artikel 22, og hvis afgørelsen ikke på anden måde er omfattet af EU-retten.

Som påpeget i afsnit 4 kan *delvist automatiske* afgørelser lige så vel som *fuldautomatiske* afgørelser indebære computerspecifikke transparenmæssige udfordringer, hvis afgørelsen indeholder skønsmæssige vurderinger. Dermed kan det konkluderes, at EU-borgeren mangler en retlig beskyttelse mod følgende computerspecifikke transparenmæssige udfordringer i disse tilfælde:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse og i forhold til system funktionalitet.
- 2) Ved delvist automatiske afgørelser – selv når EU-retten er anvendt – mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionalitet.

Det er disse mangler i den nuværende EU-retlige beskyttelse mod computerspecifikke transparenmæssige udfordringer, som vi tager udgangspunkt i, i afsnit 7, hvor vi diskuterer, hvordan EU-borgerens retssikkerhed kan forbedres gennem ny regulering.

6.6.2. Den retlige beskyttelse mod saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer

Databeskyttelsesforordningens artikel 22 kan ved første øjekast give anledning til den opfattelse, at bestemmelsen udgør et væsentligt værn mod usaglige automatiske afgørelser, idet bestemmelsen er udformet som et forbud. Der er imidlertid to forhold, der gør, at dette ikke er tilfældet.

For det første er det i praksis simpelt for medlemsstaterne at gennemføre national ret, der gør det muligt at anvende automatiske afgørelser i medfør af bestemmelsens stk. 2, litra b, og på den måde omgå forbuddet i stk. 1.

For det andet finder forbuddet i stk. 1 kun anvendelse på de *fuldautomatiske* afgørelser, hvorfor artikel 22 ikke yder nogen beskyttelse mod de *delvist automatiske* afgørelser, uafhængigt af om en computer i denne forbindelse er anvendt til at træffe skønsmæssige vurderinger, der lægges til grund i afgørelsen.

Derfor udgør databeskyttelsesforordningens artikel 22 kun i et meget begrænset omfang en retlig beskyttelse af de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer.

Garantierne i Chartrets artikel 41, stk. 1, skal i lyset af praksis fra EU-Domstolen og Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik fortolkes således, at de yder en komplet indholdsmæssig beskyttelse mod de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer ved automatiske afgørelser.

Der er imidlertid den væsentlige undtagelse til denne beskyttelse, at Chartret kun finder direkte anvendelse i medlemsstaterne, hvis afgørelsen er omfattet af EU-retten. De saglighedsmæssige garantier i artikel 41 gælder derfor ikke for de nationale myndigheder, hvis afgørelsen kun er *delvist automatisk* og dermed ikke omfattes af artikel 22, og hvis EU-retten ikke på anden vis anvendes i afgørelsen.

Derudover kan det diskuteres, om indholdsmæssige garantier som dem, der er givet i artikel 41, stk. 1, i praksis er tilstrækkelige til at undgå, at de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer ikke vil forekomme ved automatiske afgørelser, hvor en computer træffer skønsmæssige vurderinger.¹⁹³

¹⁹³ Denne pointe uddybes i afsnit 7.3.2.

Dermed kan det konkluderes, at der på trods af de retlige garantier i Chartrets artikel 41, stk. 1, stadig eksisterer følgende computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer:

- Ved delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, mangler borgeren indholdsmæssige garantier til at beskytte imod de computerspecifikke saglighedsmæssige udfordringer, som stadig kan forekomme, hvor en computer er anvendt til at træffe skønmæssige vurderinger, der lægges til grund for afgørelsen.
- Det kan diskuteres, om indholdsmæssige garantier er tilstrækkelige til at undgå, at de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer vil forekomme ved automatiske afgørelser, hvor en computer træffer skønmæssige vurderinger, der lægges til grund i afgørelsen.

Delkonklusionen er overskueliggjort i følgende skema:

	TRANSPARENS		SAGLIGHED
	Systemtransparens	Ret til begrundelse	
En offentlige myndighed træffer en <u>fuldautomatisk afgørelse</u> .	Databeskyttelsesforordningens artikel 13, 14 og 15 sikrer borgeren en ret til forklaring af algoritmens systemfunktionalitet.	Chartrets artikel 41, stk. 2, litra c, sikrer borgeren en ret til begrundelse.	Databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 1, sikrer kun borgeren minimal beskyttelse mod usaglighed i medfør af bestemmelsens udformning som et forbud. Chartrets artikel 41, stk. 1, sikrer borgeren indholdsmæssige garantier.
En offentlig myndighed træffer en <u>delvist automatisk afgørelse omfattet af EU-retten</u> .	Borgeren nyder ingen EU-retlig beskyttelse.	Chartrets artikel 41, stk. 2, litra c, sikrer borgeren en ret til begrundelse.	Chartrets artikel 41, stk. 1, sikrer borgeren indholdsmæssige garantier.
En offentlig myndighed træffer en <u>delvist automatisk afgørelse baseret på national ret</u> .	Borgeren nyder ingen EU-retlig beskyttelse.	Borgeren nyder ingen EU-retlig beskyttelse.	Borgeren nyder ingen EU-retlig beskyttelse.

Del III – Forslag til ny EU-regulering

7. Forslag til ny EU-regulering til at sikre borgerens retssikkerhed ved automatiske afgørelser

7.1. Indledende bemærkninger

Ovenfor lægges det til grund, at anvendelsen af automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning efterlader nogle uregulerede computerspecifikke udfordringer, der både relaterer sig til transparens og saglighed. På den baggrund er det relevant at diskutere (1) om der skal vedtages ny regulering, i bekræftende fald (2) hvad denne nye regulering bør indeholde, og (3) om denne regulering bør placeres i et eksisterende regelsæt eller i et nyt og selvstændigt regelsæt.

Selvom argumentationen i flere tilfælde vil være overlappende, vil diskussionen om indhold og placering af ny regulering være opdelt i regler, der skal sikre transparens, og regler, der skal sikre saglighed. Dette skyldes et ønske om at følge den samme struktur som i den øvrige del af afhandlingen.

Diskussionen tilstræber at iagttage alle parter interesser, hvilket både indebærer borgernes interesse i et højt niveau af retssikkerhed, men også de offentlige myndigheders ressourcemæssige interesse i at kunne udnytte det effektiviseringspotentiale i deres afgørelsesvirksomhed, som brugen af ny teknologi kan medføre. Disse hensyn er som udgangspunkt modstridende interesser, og et tiltag, der styrker den ene interesse, vil formentlig begrænse den anden. For at nå frem til en løsning, der indebærer en rimelig afvejning af de to hensyn, er der valgt en tilgang, der er konform med EU's generelle værdier og strategier for digitalisering og kunstig intelligens.

I Kommissionens White Paper on Artificial Intelligence indledes dokumentets konklusion med sætningen:

“AI is a strategic technology that offers many benefits for citizens, companies and society as a whole, provided it is human-centric, ethical, sustainable and respects fundamental rights and values.”¹⁹⁴

¹⁹⁴ Kommissionens “WHITE PAPER On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust”, side 25.

Kommissionen udtrykker således et ønske om en retning, hvor alle de fordele teknologien medfører udnyttes så længe anvendelsen tjener mennesket ("human-centric"), og at anvendelsen ikke sker på bekostning af grundlæggende rettigheder og værdier ("respects fundamental rights and values").

Denne retning søges fulgt i nedenstående diskussion i den forstand, at målet er at finde den løsning, der i videst muligt omfang giver mulighed for at udnytte effektiviseringspotentialiet i den offentlige forvaltning, uden at det sker på bekostning af borgerens retssikkerhed.

Endeligt forsøger vi i så vid grad som det er muligt at respektere de regler, der allerede findes. Det vil sige, at vi ikke vil foreslå at "rive det hele ned og bygge noget nyt op fra bunden", idet vi er bevidste om, at nuværende regulering har været et udtryk for lovgivers intentioner, og at en unødvendig underminering af nuværende regulering dermed ikke vil være hensigtsmæssigt i et demokratisk perspektiv. Det vil sige, at vi i diskussionen bestræber os på kun at foreslå ændringer i den grad, det er nødvendigt for at opfylde vores formål om at finde frem til et forslag, der forbedrer borgerens retssikkerhed.

Nedenfor diskuterer vi først, hvordan borgerens EU-retlige beskyttelse mod transparensmæssige computerspecifikke udfordringer forbedres gennem ny regulering i afsnit 7.2. Dernæst diskuterer vi det samme for så vidt angår saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer i afsnit 7.3.

7.2. Ny EU-regulering mod transparensmæssige computerspecifikke udfordringer

Ud fra undersøgelsen af de indholdsmæssige foranstaltninger i databeskyttelsesforordningen og Chartret konkluderes det, at de transparensmæssige computerspecifikke udfordringer ved *fuldautomatiske* afgørelser imødekommes af retten til en forklaring af systemfunktionalitet i databeskyttelsesforordningen og af retten til en begrundelse af den konkrete afgørelse i Chartrets artikel 41. Som konkluderet ovenfor i afsnit 6.6.1 findes der dog stadig følgende mangler i den EU-retlige beskyttelse mod de transparensmæssige computerspecifikke risici:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse og i forhold til systemfunktionalitet.

- 2) Ved delvist automatiske afgørelser – selv når EU-retten er anvendt – mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionalitet.

Dette giver anledning til en diskussion om, hvordan lovgiver igennem ny regulering kan sikre en beskyttelse af borgeren mod de ovenfor nævnte tilbageværende udfordringer.

I den forbindelse har vi udarbejdet tre forslag til ny regulering, som vil danne grundlag for en sådan diskussion. Disse fremgår i tekstboksen nedenfor.

Der vil ikke fokuseres på borgerens ret til aktindsigt, idet aktindsigt i systemets kode kun vil være nyttig for mennesker, der er datalogisk kyndige i netop det kodesprog, der er anvendt. Retten til en forklaring af logikken bag systemet efter databeskyttelsesforordningen er langt mere værdifuld for borgeren. Derfor er det denne rettighed frem for regler om aktindsigt, vi fokuserer på i det følgende.

Forslag 1 – præcisering af de passende foranstaltninger i databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, litra b

Selve forslaget: Det foreslås, at databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, litra b, præciseres, sådan at de passende foranstaltninger, som hjemlen i EU-ret eller national ret skal fastsætte, som minimum skal omfatte en begrundelsespligt.

Dette kan gøres ved at omskrive bestemmelsens ordlyd til:

”2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis afgørelsen:

b) er hjemlet i EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt, og som også fastsætter passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser, *herunder som minimum en pligt til at begrunde afgørelsen, eller*” (Den kursiverede tekst udgør vores forslag til præcisering af den nuværende bestemmelse)

En sådan begrundelsespligt bør indeholde de samme kriterier som dem, der gælder for Chartrets begrundelsespligt, herunder navnlig en forståelig forklaring af, hvordan computeren er

nået frem dens resultater på baggrund af relevante retsregler sammenholdt med de faktiske omstændigheder.¹⁹⁵

Det kan overvejes, om den samme begrundelsespligt også bør indføres i artikel 22, stk. 3.

Baggrunden for forslaget: Forslaget er inspireret af artiklen ”Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation”¹⁹⁶, hvor forfatterne foreslår, at der indføres en ret til begrundelse i artikel 22, stk. 3.¹⁹⁷

Dette forslag vil imidlertid ikke være egnet til at beskytte borgeren mod automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, idet stk. 3 kun gælder for litra a og c, og idet automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning forventes at blive truffet på efter undtagelsen i litra b.¹⁹⁸

Forslag 2 – en udvidelse af anvendelsesområdet for databeskyttelsesforordningens artikel 22

Selve forslaget: Det foreslås, at anvendelsesområdet for databeskyttelsesforordningens artikel 22 udvides til også at omfatte delvist automatiske afgørelser.

Dette kan gøres ved at omskrive ordlyden i artikel 22, stk. 1, til:

”Den registrerede har ret til ikke at være genstand for en afgørelse, der alene *eller delvist* er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, som har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende.” (Den kursiverede tekst udgør vores forslag til udvidelse af den nuværende bestemmelse)

Baggrunden for forslaget: Flere af de problemer ved gældende EU-ret, som blev konstateret gennem afsnit 5 og 6, bunder i, at artikel 22 kun omfatter fuldautomatiske afgørelser. Forslaget kan derfor forventes at løse disse problemer med en enkelt tilføjelse i det allerede eksisterende forbud i artikel 22, stk. 1.

¹⁹⁵ Se afsnit 6.4.2.

¹⁹⁶ Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017).

¹⁹⁷ *Ibid.*, side 97.

¹⁹⁸ Se afsnit 5.3.1.

Forslag 3 – en etablering af et nyt selvstændigt regelsæt

Selve forslaget: Det foreslås, at der vedtages et nyt selvstændigt EU-regelsæt.

Regelsættet skal omhandle fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Det skal indeholde en ret til forklaring af systemfunktionaliteten og en ret til begrundelse af den konkrete afgørelse.

7.2.1. Forslag 1 – præcisering af de passende foranstaltninger i databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 2, litra b

Forslag 1 vil medføre følgende fordele.

For det først ville lovgivningen være mere overskuelig for både borgeren og de offentlige myndigheder. Borgerens adgang til både begrundelse af den konkrete afgørelse og forklaring af systemfunktionaliteten ville således være samlet under ét regelsæt, der i øvrigt i forvejen regulerer automatiske afgørelser. Det må antages, at både myndighederne og borgerne har en interesse i en transparent lovgivning, så borgeren kan overskue sine rettigheder, og myndigheden kan overskue sine pligter.

For det andet vil forslag 1 give borgerne to ekstra sikkerhedsforanstaltninger. Hvis retten til begrundelse indføres i litra b, vil overholdelse af pligten til begrundelse for det første skulle føres tilsyn med og håndhæves af de nationale datatilsyn i medfør af databeskyttelsesforordningens artikel 56, stk. 2.¹⁹⁹ Dette ville give borgeren en ekstra klagemulighed, og det nationale datatilsyn ville kunne anvende sine almindelige reaktionsmuligheder, herunder muligheden for at udtale kritik eller uddele bøder, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 58, stk. 1 og 2.

¹⁹⁹ Se ”Kunstig intelligens og personvern” (2018), side 22-23, hvor det norske datatilsyn har øget fokus på at foretage kontrol af IT-systemer med hjælp fra sagkyndige.

Derudover ville retten til begrundelse blive varetaget af en databeskyttelsesrådgiver, hvis rolle er at rådgive den offentlige myndighed, om hvordan myndigheden overholder kravene i databeskyttelsesforordningen.²⁰⁰ Offentlige myndigheder er forpligtede til at have en databeskyttelsesrådgiver, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 37, stk. 1, litra a. Denne ordning ville således fungere som en ekstra foranstaltning, der kunne sikre overholdelsen af forvaltningens pligt til at give en tilstrækkelig begrundelse for den konkrete afgørelse.²⁰¹

At etablere retten til begrundelse i databeskyttelsesforordningen ville således sikre to ekstra retssikkerhedsforanstaltninger i forhold til retstilstanden, som den er nu. For det første, ville datatilsynets mulighed for at sanktionere lægge ekstra pres på den offentlige myndighed i forhold til at opfylde sine pligter. For det andet, ville myndigheden løbende have mulighed for at rådføre sig hos deres databeskyttelsesrådgiver i processen forud for afgørelsen.

Som beskrevet i afsnit 5.4.2.2, vil borgerens ret til begrundelse imidlertid svækkes, hvis denne ret etableres direkte i databeskyttelsesforordningens artikel 22 i bestemmelsens nuværende form.²⁰² Borgerens ret til begrundelse vil kræve, at betingelserne for, at artikel 22 finder anvendelse er opfyldt. Dette indebærer blandt andet, at afgørelsen alene er baseret på automatisk behandling. Dette udgør således et argument for, at retten til begrundelse ikke bør indsættes i databeskyttelsesforordningens artikel 22, eftersom det vil medføre, at borgeren ikke har ret til begrundelse, hvis den afgørelse, som borgeren er genstand for, er delvist automatisk. En ret til begrundelse i medfør af databeskyttelsesforordningens artikel 22 vil således finde anvendelse i færre tilfælde end den nugældende ret til begrundelse i Chartrets artikel 41, der netop gælder uanset graden af automatisering i afgørelsen.

Et andet argument imod at placere retten til en forklaring af en konkret afgørelse i databeskyttelsesforordningen er, at databeskyttelsesforordningen er et databeskyttelsesretligt regelsæt, der først og fremmest har til formål at varetage databeskyttelsesmæssige hensyn. Hvis en ret til begrundelse af den konkrete afgørelse etableres i databeskyttelsesforordningen, vil denne ret, som primært skal varetage forvaltningsretlige og retssikkerhedsmæssige hensyn som trans-

²⁰⁰ Blume, P., Databeskyttelsesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave (2018), side 162.

²⁰¹ Ibid., side 68.

²⁰² Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017), side 90ff.

parens i forvaltningen for borgeren, skulle fortolkes i lyset af de generelle databeskyttelsesretlige principper, hensyn og definitioner samt underlægges øvrige generelle krav i databeskyttelsesforordningen.

Dette er i sig selv ikke nødvendigvis et afgørende problem, idet der som nævnt allerede findes krav til forklaring af systemfunktionaliteten i databeskyttelsesforordningen. Men ifølge teorien om "law of the horse", bør alle regler om den samme reguleringsgenstand ikke samles i det samme regelsæt, hvis reglerne spreder sig ud over flere vidt forskellige retsdiscipliner.²⁰³

Teorien om "law of the horse" opstod i 1990'erne, hvor en dommer, Frank Easterbrook, til en konference talte om, hvordan man burde regulere imod alle de nye udfordringer, der opstod med fremkomsten af internettet i 90'erne. Easterbrook blev citeret for at sige: "there was no more a "law of cyberspace" than there was a "law of the horse.""²⁰⁴ Essensen i Easterbrooks budskab var, at der ikke findes en lov om heste, der regulerer alt fra køb og salg af heste til forsikring af heste til hestevæddeløb til dyrevelfærd i samme regelsæt, hvorfor der ikke burde være et regelsæt, der regulerer alle de problemer, som internettet medfører.

Teorien om "law of the horse" kan også bruges til at argumentere for, at en begrundelsespligt under databeskyttelsesforordningen ikke vil skabe bedre retssikkerhed for borgeren. Der er risiko for, at både datatilsynets og databeskyttelsesrådgiverens specifikke databeskyttelsesretlige kompetence udvandes, hvis disse instanser også skal varetage forvaltningsretlige hensyn.

Der er således vægtige argumenter for, at forslag 1 ikke vil være den optimale løsning på manglerne ved gældende EU-ret i forhold til beskyttelsen mod de transparenmæssige computerspecifikke udfordringer.

7.2.2. Forslag 2 – en udvidelse af anvendelsesområdet for databeskyttelsesforordningens artikel 22

En udvidelse af artikel 22 til også at gælde afgørelser, der **delvist er baseret** på automatisk behandling, vil betyde, at afhandlingens definition af delvist automatiske afgørelser, også vil

²⁰³ Lessig, Lawrence, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach* (1998), side 1.

²⁰⁴ Ibid.

være omfattet af bestemmelsen.²⁰⁵ Det vil have to hensigtsmæssige virkninger i forhold til de mangler, som vi har fremhævet i gældende EU-ret.

For det første vil retten til forklaring af systemfunktionaliteten i databeskyttelsesforordningens artikel 13, 14 og 15 udvides til at gælde både ved fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser, idet disse bestemmelser henviser til artikel 22. Forslaget indebærer altså en komplet beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionaliteten.

For det andet vil forslaget medføre, at begrundelsespligten også vil gælde for alle delvist automatiske afgørelser. Det skyldes, at Chartret finder anvendelse direkte i medlemsstaterne, hvis EU-retten anvendes i afgørelsen.²⁰⁶ Hvis både fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser omfattes af artikel 22, vil EU-retten dermed blive anvendt i afgørelserne, og begrundelsespligten i Chartrets artikel 41, stk. 2, litra c, vil derfor gælde i begge tilfælde. Forslaget indebærer altså også en komplet beskyttelse mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse.

Forslaget har dog også en række ulemper. For det første har forslaget ikke den samme fordel som forslag 1, hvor retten til en begrundelse for den konkrete afgørelse og retten til forklaring af systemfunktionalitet ville blive placeret i samme regelsæt, hvilket ville give overblik og transparens for borgeren omkring borgerens rettigheder.

For det andet vil forslaget, som det konkret er konciperet ovenfor, give artikel 22 et bredere anvendelsesområde end ønsket. Forslaget vil som beskrevet ovenfor indebære, at afgørelser, der delvist er baseret på automatisk behandling, vil omfattes af artiklen.

Begrebet ”automatisk databehandling” er ifølge Justitsministeriets betænkning til databeskyttelsesforordningen sammenfaldende med begrebet ”edb” eller ”elektronisk behandling” fra databeskyttelsesdirektivet.²⁰⁷ Det vil altså sige, at automatisk behandling er alt behandling af personoplysninger, der foregår ved hjælp af en computer.²⁰⁸

²⁰⁵ I afsnit 2 har vi defineret delvist automatiske afgørelser som følgende: ”Den delvist automatiske afgørelse skal ikke forstås som enhver afgørelse, hvor en computer er anvendt som hjælpemiddel i sagsbehandlingen, for eksempel til almindelig databehandling i et sagssystem. I denne afhandling skal den delvist automatiske afgørelse i stedet forstås som en afgørelse, hvor et eller flere led i sagsbehandlingen varetages af en computer alene.”

²⁰⁶ Se afsnit 6.2.

²⁰⁷ Betænkning nr. 1565 om databeskyttelsesforordningen, side 31.

²⁰⁸ Se også databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 2, om definitionen af ”behandling”.

Derfor vil forslaget indebære den uønskede konsekvens, at artikel 22 i praksis vil omfatte stort set alle offentlige myndigheders afgørelser, idet offentlige myndigheder formentligt altid vil anvende en form for elektronisk sagsbehandlingssystem til at træffe ikke automatiske afgørelser såvel som automatiske afgørelser.

På den måde vil forslaget indebære, at artikel 22 får et langt bredere anvendelsesområde end det, som har været lovgivers hensigt med bestemmelsen.

Problemet kunne foregribes ved at foreslå en større ændring i artikel 22, stk. 1, sådan at der i stedet skulle indsættes en beskrivelse af præcis den form for delvist automatiske afgørelser, der er defineret i afsnit 2, som er den form for automatiske afgørelser, der også medfører retssikkerhedsmæssige udfordringer.²⁰⁹ En sådan løsning vil imidlertid implicere de selv samme komplikationer i relation til teorien om ”law of the horse”, som også er et argument imod forslag 1, idet lovgiver ville varetage rent forvaltningsmæssige hensyn i et databeskyttelsesretligt regelsæt.

Derfor vil forslag 2 heller ikke være den optimale løsning på manglerne ved gældende EU-ret i forhold til beskyttelsen mod de transparenmæssige computerspecifikke udfordringer.

7.2.3. Forslag 3 – en etablering af et nyt selvstændigt regelsæt

I dette afsnit diskuterer vi forslag 3, som går ud på at etablere et nyt selvstændigt regelsæt, der regulerer fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning.

Først og fremmest er det relevant at henvise til et argument, som vi har brugt før, nemlig hensynet til overblik og regeltransparens. Det ville skabe et bedre overblik for den borger, der er genstand for den automatiske afgørelse, at alle de relevante regler står samlet.

Beskyttelsen i forslag 3 vil ikke være begrænset til at indeholde enten en ret til begrundelse af en konkret afgørelse eller en ret til forklaring af systemfunktionalitet. Derfor ville et selvstændigt regelsæt, som det vi foreslår, indeholde en komplet beskyttelse mod de transparenmæssige udfordringer ved automatiske afgørelser. Forslag 3 har desuden den fordel, at forslaget ikke er begrænset til kun at gælde for de fuldautomatiske afgørelser, hvilket er tilfældet i databeskyttelsesforordningens artikel 22. Etableringen af et selvstændigt EU-regelsæt vil også

²⁰⁹ ”Den delvist automatiske afgørelse skal ikke forstås som enhver afgørelse, hvor en computer er anvendt som hjælpemiddel i sagsbehandlingen, for eksempel til almindelig databehandling i et sagssystem. I denne afhandling skal den delvist automatiske afgørelse i stedet forstås som en afgørelse, hvor et eller flere led i sagsbehandlingen varetages af en computer alene.”

medføre, at Chartrets bredere beskyttelse af borgerens retssikkerhed vil finde anvendelse når afgørelsen bliver truffet automatisk efter det nye regelsæt.

Et andet argument for at placere en ret til begrundelse for en konkret afgørelse i et nyt og selvstændigt regelsæt er, at databeskyttelsesforordningens subjekt kan være både offentlige myndigheder og private (f.eks. virksomheder der træffer afgørelser i artikel 22's forstand²¹⁰). Det er ikke meningen med vores forslag, at det også skal gælde for private, hvorfor vores forslag 3 kun gælder for afgørelser, der er truffet af offentlige myndigheder.

Det kan anføres som et bærende argument for oprettelsen af et nyt EU-regelsæt med både retten til begrundelse og forklaring af systemfunktionalitet, som specifikt regulerer automatisk afgørelser, at alle grader af automatiske afgørelser vil være omfattet af EU-retten og derfor nyde den beskyttelse af både transparens og saglighed, som kommer til udtryk i Chartrets artikel 41.

Forslag 3 udgør således en samling af det bedste fra både databeskyttelsesforordningen og Chartrets beskyttelse af borgerens retssikkerhed.

Vores første forslag har den fordel, at det kan skabe overblik for både borgeren og myndighederne. Borgeren opnår overblik over dennes rettigheder og myndigheder opnår indsigt i deres pligter. Derudover medførte forslag 1 også to ekstra sikkerhedsforanstaltninger i form af datatilsynet og en databeskyttelsesrådgiver. To afgørende argumenter imod forslag 1 er for det første teorien om "law and the horse" og for det andet, at forslag 1 ikke sikrer borgeren rettigheder i de delvist automatiske afgørelser.

Vores andet forslag har den fordel i forhold til forslag 1, at forslaget sikrer mod de transparenmæssige computerspecifikke udfordringer ved både de fuldautomatiske og de delvist automatiske afgørelser. Forslaget indebærer dog en så bred udvidelse af artikel 22, at bestemmelsen får et anvendelsesområde der ikke er foreneligt med dens formål.

Vores tredje forslag sikrer på samme måde som forslag 1, at borgerne og myndigheder har overblik over de gældende regler. Det sikrer også mod de transparenmæssige computerspecifikke udfordringer ved både de fuldautomatiske og de delvist automatiske afgørelser. Forslag 3 er et udtryk for en samling af den sikring af borgerens retssikkerhed, som Chartret og databeskyttelsesforordningen indeholder.

²¹⁰ Se afsnit 5.2 om artikel 22's anvendelsesområde.

7.3. Ny EU-regulering mod saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer

I afsnit 6.6.2 konkluderes det, at artikel 41 og Kodeksen i forening rummer nogle garantier og principper, der til sammen udgør rammerne for saglighedskriteriet, men at anvendelsen af automatiske afgørelser med den nuværende teknologi kan gøre det vanskeligt at overholde disse garantier og principper. Derudover finder garantierne ikke anvendelse på delvist automatiske afgørelser, hvor EU-retten ikke anvendes.

I det følgende diskuteres på baggrund heraf, hvordan borgeren bedst beskyttes mod de computerspecifikke risici, som automatiske afgørelser implicerer.

For kunne give et svar på, om der bør gennemføres ny regulering for at sikre sagligheden ved automatiske afgørelser, vil vi først beskrive, hvordan EU forholder sig til ny regulering af automatiseringen af samfundet.

7.3.1. Kommissionens High Level Expert Group og regulering af kunstig intelligens

Fra EU's side fremgår der et tydeligt ønske om at skabe en holistisk regulering af automatiseret offentlig forvaltning. Kommissionen har nedsat en High Level Expert Group on Artificial Intelligence (herefter "HLEG"). HLEG har udarbejdet to rapporter om kunstig intelligens, som handler om henholdsvis Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI²¹¹ og Ethics Guidelines²¹². Af sidstnævnte rapport fremgår det, at EU har et ønske om at skabe et menneskecentreret regelsæt for brugen af kunstig intelligens baseret på tre afgørende dele. Brugen af kunstig intelligens skal være lovlig, etisk og robust og må aldrig stride mod de fundamentale rettigheder, som borgeren er sikret gennem EU-retten.²¹³ Disse principper for anvendelsen af kunstig intelligens kan overføres til anvendelsen af automatiske afgørelser, hvor et skøn er påkrævet, idet disse kræver brug af machine learning, som er den teknologi der ligger bag det, der ofte menes, når der tales om kunstig intelligens.²¹⁴

²¹¹ Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI, juni 2019 (kun på engelsk).

²¹² Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens, april 2019. (dansk).

²¹³ Ibid., side 2.

²¹⁴ Se afsnit 2 om teknologien bag algoritmer.

For at sikre en tilfredsstillende forvaltning fremhæver HLEG i deres rapport om Policy and Investment Recommendations, at fremtidig regulering bør baseres på en risikoafhængig lovgivning. HLEG advokerer for, at reguleringen skal udvikles og justeres i forhold til den risiko, som det enkelte system udgør for borgerens fundamentale rettigheder.²¹⁵ HLEG åbner også op for, at der oprettes et særskilt retsområde, som skal regulere netop de problemer, der opstår, når automatiserede processer benyttes.²¹⁶ Det særskilte retsområde skal regulere både en beskyttelse mod selve teknologiens eventuelle ”disruption” af retssamfundet, korrekt håndhævelse af reglerne og tilsynsmyndigheder uden at kvæle innovationen.

HLEG er derfor fortalende for, at lovgivningen tilpasses og times i forhold til den risiko, som det enkelte automatiserede system skaber. Det vil sige, at jo større risiko der er, desto skrappe regler skal der være. HLEG er opmærksomme på, at visse former for automatisering indebærer så store risici for den enkelte borgers fundamentale rettigheder, at de som udgangspunkt bør reguleres gennem principper i stedet for almindelige regulering.²¹⁷

Et andet hovedpunkt i rapporten fra HLEG er ønsket om en ”human in the loop”-tilgang, hvor hensynet til borgerens retssikkerhed medtages i udviklingen, herunder ret til rekursbehandling, simple forklaringer af processerne og muligheden for effektiv menneskelig indgriben.²¹⁸ Derudover foreslår HLEG at der oprettes skræddersyede regelsæt til relationer, hvor der indgår private forretninger og deres relationer til borgerne (B2C), og hvor der indgår offentlige myndigheder (P2C)²¹⁹

7.3.2. Er der behov for ny regulering af for ny regulering mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer?

Fra EU’s side er der, som beskrevet ovenfor, et tydeligt ønske om at regulere brugen af kunstig intelligens for at sikre en lovlig, etisk og robust anvendelse, hvilket ikke mindst må omfatte en sikring af retssikkerheden ved automatiske afgørelser i forvaltningen.

²¹⁵ Ekspertgruppen på Højt Niveau om Kunstig Intelligens, Policy and Investment Recommendations for Trustworthy AI, juni 2019 (kun på engelsk), s. 37.

²¹⁶ Ibid., side 38.

²¹⁷ Ibid., side 37.

²¹⁸ Ibid., side 41.

²¹⁹ Ibid., side 7.

Som nævnt i afsnit 6.6.2 ovenfor indeholder Chartrets artikel 41 om retten til god forvaltning nogle indholdsmæssige garantier, der beskytter mod de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer. Bestemmelsen kan påberåbes i medlemsstaterne ved forekomsten af en usaglig automatisk afgørelse i de sager, hvor medlemsstaterne anvender EU-retten. Hvis afgørelsen ikke er omfattet af EU-retten, kan borgerne altså ikke påberåbe sig retten efter Chartrets artikel 41. Dette er særligt interessant, idet retten til god forvaltning dermed ikke finder anvendelse i de delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, men som stadig indeholder de computerspecifikke risici, som vi har skitseret.

Garantierne i artikel 41 bør spille en central rolle ved udviklingen og vedligeholdelsen af de computersystemer, der skal anvendes til at træffe automatiske afgørelser, men de computerspecifikke udfordringer gør, at der vil være en signifikant risiko for usaglige afgørelser, når computeren skal træffe et skøn, som er nødvendig for at kunne træffe afgørelsen, jf. beskrivelsen i afsnit 4.4 af hvordan de saglighedsmæssige computerspecifikke udfordringer kan være vanskelige at imødekomme i praksis.

Selvom borgeren med Chartrets artikel 41 er udstyret med et retsmiddel til efterfølgende at klage over en usaglig automatisk afgørelse, og selvom IT-leverandøren i samarbejde med den offentlige myndighed skal bestræbe sig på, at principperne i artikel 41 bliver fulgt, vil der alligevel opstå fejl af årsager, der ikke eksisterer ved manuel sagsbehandling. Disse fejl betyder samtidig, at borgeren, der bliver genstand for en automatisk afgørelse, vil være underlagt de retssikkerhedsmæssige computerspecifikke udfordringer i den instans, der træffer den automatiske afgørelse. Dertil kommer, at resourcesvage borgere kan blive ramt særligt hårdt ved en retstilstand, hvor en beskyttelse i sidste ende afhænger af borgerens initiativ til at klage, idet de enten ikke vil magte at klage eller har evnerne eller ressourcerne til at føre en sag mod den offentlige myndighed. Resourcesvage borgere vil derfor nyde særligt godt af nogle formelle regler, der kan forebygge, at der overhovedet sker fejl.

For at understøtte dette standpunkt yderligere henvises til, at det samme gør sig gældende ved manuelle afgørelser. Selvom regler, som dem i artikel 41, påbyder indholdsmæssige krav om, at en forvaltningsafgørelse skal være saglig, findes der alligevel processuelle regler, der sikrer, at dette rent faktisk sker på en måde, der ikke nødvendiggør påberåbelse fra borgeren. Dette er ved manuelle afgørelser nødvendigt for at foregribe de menneskespecifikke udfordringer, der er behandlet i afsnit 4.6. Som et eksempel herpå kan nævnes inhabilitetsregler, der har til formål

at undgå, at personlige relationer mellem sagsbehandleren og borgeren fører til en usaglig afgørelse.

Sammenfattende betyder det altså, at der er et behov for at indføre nogle formelle regler, der skal forebygge forekomsten af usaglige automatiske afgørelser, som de computerspecifikke udfordringer ellers uundgåeligt vil medføre. Derudover er der et behov for, at de indholdsmæssige saglighedsgarantier i Chartrets artikel 41, stk. 1, også altid kan påberåbes af en borger, der er genstand for en delvist automatisk afgørelse.

I det næste afsnit vil det diskuteres, hvordan disse behov kan imødekommes gennem nye regler, og hvad disse regler i bekræftende fald skal indeholde.

7.3.3. Hvordan kan ny regulering beskytte mod de sagligheds-mæssige computerspecifikke udfordringer?

Som konstateret ovenfor findes der visse sagligheds-mæssige computerspecifikke risici, som ikke lader sig løse af juridiske indholdsmæssige principper. Spørgsmålet er herefter, hvordan lovgiver bør forholde sig til dette faktum.

Det oplagte svar er at vedtage regler, der helt fjerner computerens rolle fra forvaltningsafgørelser, hvilket i sagens natur vil eliminere risikoen for, at der sker computerspecifikke fejl. Dette vil imidlertid stride mod EU's ønske om at udnytte det teknologiske potentiale for effektivisering.

Som nævnt åbner HLEG op for, at der skal oprettes et særskilt retsområde for blandt andet at beskytte mod kunstig intelligens' disruption af retssamfundet, og ekspertgruppen fremhæver specifikt, at dette kan gøres gennem en "human in the loop"-tilgang, der blandt andet kan omfatte en mulighed for effektiv menneskelig indgriben.

En lignende tankegang deles af Henrik Palmer Olsen (herefter "Palmer"), som påpeger, at en algoritme kun vil blive ved med at levere korrekte afgørelser, hvis den konstant holdes opdateret med ny input fra mennesker.²²⁰ Denne pointe underbygger Palmer hovedsageligt med argumentet om, at algoritmer ikke er i stand til at udvikle retstilstanden af sig selv, og at mennesker er i stand til at kontekstualisere i en meget bred forstand, hvilket er en egenskab, som

²²⁰ Palmer Olsen, Henrik, Livingston Slosser, Jacob og Troels Hildebrand, Thomas, What's in the box? The Legal Requirement to Explain Computationally Aided Decision-making in Public Administration, Juridiske Fakultet på Københavns Universitet, Oxford University Press (2020) side 23.

algoritmer ikke besidder. Palmer fremhæver dog, at der er en enorm nytteværdi i at anvende computere i samarbejde med mennesker.²²¹

Problemet med, at mennesker skal involveres i sagsbehandlingen (i modsætning til i den fuldautomatiske afgørelse) er, at det hæmmer udnyttelsen af hele det potentiale, der ligger i at automatisere afgørelser i den offentlige forvaltning. Som HLEG også påpeger, må en ny regulering ikke kvæle innovationen.

Derfor består opgaven i at finde den rette balance mellem på den ene side at sikre borgerens retssikkerhed og på den anden side at sørge for, at det er muligt for både offentlige myndigheder og private leverandører at udnytte det store effektiviseringspotentiale, som teknologien tilbyder.

Det er derfor også værd at lade sig inspirere af HLEG's forslag om en risikobaseret tilgang til regulering af kunstig intelligens. På samme måde kan det nemlig være fordelagtigt med regler, der er strengere for de typer af afgørelser, der indebærer de største computerspecifikke risici. På den måde kan automatiseringen hæmmes løbende, hvor det er nødvendigt for retssikkerheden, og give automatikken mere frit lejde i tilfælde, hvor computerspecifikke risici spiller en mindre rolle.

I denne henseende er skønnet et centralt begreb. Som påpeget i afsnit 4.6, er en computer suveræn i forhold til mennesker, når der skal foretages beregninger på baggrund af direkte målbare kriterier. Problemerne kan derimod opstå, når computeren skal behandle abstrakte input, hvilket er et krav, når der skal foretages et skøn i en forvaltningsretlig afgørelse. Derfor må den bedste løsning formentlig være en model, hvor computeren assisteres eller kvalitetssikres af et menneske i de skønsmæssige afgørelser. Denne opfattelse underbygges af Kommissionens White Paper on Artificial Intelligence, hvor det understreges, at brugen af kunstig intelligens kan resultere i krænkelse af grundlæggende EU-rettigheder, hvilket både kan skyldes mangelfuldt design af systemet men også manglende menneskeligt tilsyn med systemerne. På den baggrund foreslår Kommissionen menneskeligt tilsyn som en løsning.²²²

²²¹ Ibid.

²²² Kommissionens "WHITE PAPER On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust" (2020), side 18.

7.3.3.1. Kontrolmodellen og hybridmodellen

På baggrund af ovenstående overvejelser har vi opstillet to modeller for, hvordan menneskelig indgriben eventuelt kan eliminere de computerspecifikke risici ved automatiske afgørelser. De to modeller er opstillet med støtte i det ovenstående om, at en risikobaseret tilgang kan underbygge en beskyttelse af retssikkerheden samtidig med at gode vilkår for innovation og effektivisering opretholdes. Denne risikobaserede tilgang vil medføre, at den menneskelige indgriben primært bør være påkrævet i skønsmæssige sager.

Det er som en sidebemærkning interessant, at databeskyttelsesforordningens artikel 22 ikke bygger på en sådan risikobaseret tilgang, idet den omfatter alle typer afgørelser, der alene er baseret på automatisk behandling. Forklaringen er formentlig den samme, som før er blevet påpeget, nemlig at bestemmelsen først og fremmest bygger på databeskyttelsesmæssige formål frem for retssikkerhedsmæssige formål.

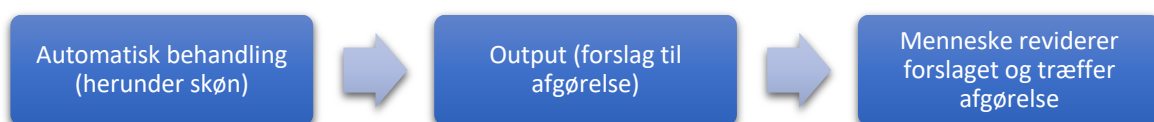
Nedenfor opstilles de to modeller:

Forslag 1 (kontrolmodellen)

Der indføres et retligt bindende krav til alle offentlige myndigheder i EU om, at computere ikke må træffe den endelige afgørelse i sager baseret på skøn. I stedet kan computeren fremsætte forslag til afgørelser, som i alle tilfælde skal revideres af et menneske, som kan godkende afgørelsen eller ændre den.

Modellen minder om retten til menneskelig indgriben i databeskyttelsesforordningen. Forskellen er, at det med denne model vil være et krav, der gælder, uden at borgeren anmoder om menneskelig indgriben.

Modellen kan illustreres med denne figur:



Forslag 2 (hybridmodellen):

Der indføres et krav om, at computeren ikke på egen hånd må træffe skøn i sagsbehandlingen. Her skal computeren enten erstattes med eller assisteres af et menneske i en grad, der gør, at mennesket har reel indflydelse på skønsudøvelsen. I denne model kan rutinearbejdet i sagsbehandlingen godt overlades til computeren.

Modellen er inspireret af det grundlæggende princip i databeskyttelsesforordningen om ”data protection by design and by default”, som handler om, at når risiciene ved en persondatabehandling fordrer det, skal databeskyttelsesforanstaltninger på forhånd tænkes ind i de systemer, der bruges til behandlingen.²²³ Systemerne skal derfor efter hybridmodellen designes med et krav om menneskelig indgriben som standardindstillingen, når der skal træffes et skøn.

Modellen kan illustreres med denne figur:



7.3.3.2. Hvilken model bør EU foretrække?

Det vil i dette afsnit blive diskuteret, hvilken af de to modeller der er mest hensigtsmæssig i forhold til de to modstridende mål om retssikkerhed og effektivisering.

7.3.3.2.1. Kontrolmodellen

Kontrolmodellen har den fordel, at hele processen gennemføres af computeren, hvilket formentligt øger effektiviteten markant.

Til gengæld findes der to teorier, der taler imod modellen. Teorierne, der kaldes ”the lazy lawyer syndrome” og ”the transparency paradox” og er begge blevet præsenteret af Niels Christian Ellegaard.²²⁴

²²³ Se databeskyttelsesforordningens artikel 25.

²²⁴ Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019), side 133ff.

The *lazy lawyer syndrome* bygger på ideen om, at det er et kendetegn for mennesker, at de er i stand til at benytte sig af redskaber for at gøre deres liv lettere. Det er stadig til debat, hvorvidt dette kendetegn skyldes en tendens til dovenskab. Ikke desto mindre har historien vist, at mennesket har en tendens til at lægge sit fokus et andet sted, når en proces bliver helt eller delvist automatiseret.²²⁵

Af disse årsager kan det frygtes, at den sagsbehandler der skal tage stilling til computerens forslag til afgørelse, blot lægger forslaget til grund uden reelt at have forholdt sig kritisk til det. Et eksempel på at dette rent faktisk er sket, findes i forbindelse med det ovennævnte COMPAS-system, hvor dommeren i sin begrundelse for afgørelsen skrev, at han lagde vægt på, at systemet var kommet frem til det resultat, som dommeren havde erklæret sig enig i.²²⁶

Med en model hvor mennesket kun skal revidere computerens forslag til en afgørelse, vil mennesket muligvis forfalde til ikke at være grundigt nok. Dette er formentligt særligt sandsynligt i de offentlige myndigheder, der behandler tusindvis af sager om året, og hvor der for eksempel kan være interne krav til, hvor mange sager en sagsbehandler skal igennem på en måned.

The *lazy lawyer syndrome* bygger som sagt på en forudsætning om, at menneskets fokus flyttes, når en proces er helt eller delvist automatiseret. Dette indebærer, at den sagsbehandler, der i kontrolmodellen skal tage stilling til en computers forslag til en afgørelse, ikke vil være tilstrækkelig omhyggelig. Selv i situationen, hvor sagsbehandleren gør, hvad vedkommende kan for at forholde sig kritisk til det automatisk udarbejdede forslag, kan der fortsat være komplikationer. Det forklares ved Ellegaards teori om *the transparency paradox*.²²⁷

For at forstå *the transparency paradox* skal det først og fremmest lægges til grund, at den offentlige myndighed vil være nødt til at have en vis offentlighed omkring computerens forslag for at kunne vise, at sagsbehandleren i en konkret sag rent faktisk har forholdt sig kritisk til forslaget, og at afgørelsen ikke de facto er truffet af computeren (f.eks. som følge af *the lazy lawyer syndrome*).

Sagsbehandleren vil på baggrund heraf enten skulle (i) retfærdiggøre at vælge computerens forslag eller (ii) afvise forslaget på baggrund af rimelige argumenter. I en sag der ikke er ligetil, og hvor den skønsmæssige del af afgørelsen for eksempel rummer stærke argumenter for både

²²⁵ Ibid., side 133.

²²⁶ Afsnit 3.2.

²²⁷ Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019), side 139ff.

det ene og det andet udfald, kan sagsbehandleren komme til at føle sig presset til at acceptere computerens forslag, medmindre vedkommende har stærke argumenter for at afvise forslaget, idet det computergenererede forslag vil være offentligt tilgængeligt.²²⁸

Over tid kan dette blive understøttet af statistikker, hvis sagsbehandlere får en tendens til at følge computerens forslag. Hvis f.eks. 95 % af alle forslag af computeren er blevet fulgt af sagsbehandlerne, er det sandsynligt, at sagsbehandleren i forhold til den konkrete sag vil føle, at der skal stærke argumenter til for at være en af de øvrige 5 %.

Det vil altså sige, at en tilgang under kontrolmodellen, hvor den offentlige myndighed vælger at offentliggøre computerens forslag for at sikre en menneskelig kontrol, meget vel kan ende med reelt at udelukke den menneskelige kontrol.

Et forslag til en løsning på dette problem kunne være at lade være med at offentliggøre det computerbaserede forslag til afgørelsen. Dette vil imidlertid ikke løse transparensproblemet, idet borgeren således ikke vil kunne få indsigt i, om det faktisk var mennesket eller algoritmen, der havde truffet afgørelsen i første omgang. Dette ville derfor stride imod retten til begrundelse af afgørelsen.

Hvis der med anvendelsen af kontrolmodellen skulle udvikle sig en tendens på baggrund af *the lazy lawyer syndrome* og *the transparency paradox*, hvor den menneskelige sagsbehandler ikke korrigerer de fejl, som computerens forslag indeholder, kan det, ud over konsekvenserne i den konkrete sag, få to negative og vanskeligt genoprettelige følgekonskvenser.

For det første kan de forkerte afgørelser, der formelt fremstår som værende endeligt truffet af mennesker, få præcedens og bidrage til en fast praksis på det pågældende område. Dette kan på sigt betyde, at selv den opmærksomme sagsbehandler i fremtiden vil træffe forkerte afgørelser.

For det andet kan det machine learning-baserede system, som udarbejder et usagligt forslag til en afgørelse, registrere den menneskelige sagsbehandlers accept af forslaget som et tegn på, at forslaget var korrekt. Dette gør sig gældende, hvis systemet er bygget op omkring teknikken

²²⁸ Ibid.

”reinforcement learning”, hvor systemet udvikler sig på baggrund af feedback på sin egen adfærd.²²⁹ Det vil betyde, at hvor fejlen i første omgang kan have været vilkårlig, vil systemet fremover begynde at lægge fejlen til grund i fremtidige afgørelser.

På den baggrund kan det altså konkluderes, at det ud fra et effektivitetshensyn kan virke fornuftigt at etablere en model, hvor computeren får lov til at lave alt sagsbehandlingen selv, og hvor mennesket efterfølgende anvender sine kompetencer til at gennemse for fejl. Denne model medfører dog to grundlæggende og vanskeligt genoprettelige retssikkerhedsmæssige problemer, hvorfor modellen ikke er forenelig med EU’s ønsker til opbygningen af ny regulering.

7.3.3.2.2. Hybridmodellen

Hybridmodellen har den åbenlyse fordel, at den er mere agil end kontrolmodellen, idet alle led i sagsbehandlingen, der indebærer et skøn, vil blive udført af et menneske. Dermed udelukkes alle de aspekter, hvor de computerspecifikke risici ellers kunne have spillet en rolle. Ideelt set vil modellen lade computeren gøre det, den er bedst til, mens mennesket vil supplere med det, som det er bedst til.

Samtidigt undgås problematikkerne i *the lazy lawyer syndrome*, idet den menneskelige sagsbehandler vil være tvunget til at foretage en skønmæssig vurdering fra bunden, når dette kræves. Der vil ikke være noget juridisk arbejde, der er lavet på forhånd. Sagsbehandleren vil dog stadig kunne benytte sig af de hjælpemidler, som computerens udregninger kan udgøre. På samme måde vil *the transparency paradox* ikke være noget problem, idet der ikke vil være nogen computerbaserede vurderinger, som sagsbehandleren enten skal følge eller underkende.

Således undgås de to følgevirkninger, som er beskrevet ovenfor. I den forbindelse kan det også anføres, at hybridmodellen vil sikre, at mennesket fortsætter med at mestre den del af juraen, som det trods alt stadig er bedre til end computeren, nemlig at træffe skøn og løse principielle retslige problemer, som ikke kan løses på baggrund af tidligere praksis. Hvis mennesket fjernes fra disse opgaver, risikeres det, at mennesker langsomt bliver dårligere til at udføre disse opgaver.²³⁰

²²⁹ Hurwitz, Judith & Kirsch, Daniel: *Machine Learning For Dummies*, IBM Limited Edition, 1. udgave, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc. (2018), side 16.

²³⁰ Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019), side 158.

Den altoverskyggende ulempe ved denne model er imidlertid, at der formentlig gives afkald på en stor del af effektiviseringspotentialer i den teknologi, der allerede i et vist omfang eksisterer. Effektiviseringstabet ved hybridmodellen vil være noget større, end det er i kontrolmodellen, hvor computeren varetager al sagsbehandlingen inden det bliver revideret af et menneske.

Hybridmodellen har altså den store fordel, at den vil fjerne de computerspecifikke risici, der findes, når skønsmæssige afgørelser træffes fuldt ud automatisk.²³¹ Modellen har modsat den store ulempe, at den i en vis grad begrænser effektiviseringen. Det modsatte gør sig sandsynligvis gældende i kontrolmodellen, der formentlig lover mere effektivisering men mindre retssikkerhed.

Der er altså tungtvejende argumenter for og imod begge modeller. For at vælge hvilken model, der bør foretrækkes, erindres afsnit 7.1, hvor det blev fastlagt, at det er målet med diskussionen at finde en løsning, der er konform med EU's værdier og strategier. I samme afsnit refereres der til Kommissionens udsagn om, at effektivisering gennem brug af kunstig intelligens ikke må ske på bekostning af grundlæggende rettigheder, herunder retssikkerheden.

Under afsnittet om kontrolmodellen blev det fastslået, at denne model ikke egner sig til at beskytte borgeren mod de saglighedsmæssige computerspecifikke risici. Det gør hybridmodellen derimod. Derfor passer kontrolmodellen ikke ind i Kommissionens overordnede strategi om, at effektivisering gennem teknologi ikke må ske på bekostning af retssikkerheden. Dertil skal det påpeges, at hybridmodellen stadig tillader automatisering af de processer, som ikke indebærer skønsmæssige vurderinger, og som computere er langt bedre til end mennesker. Modellen har altså ikke til hensigt at regulere alle former for automatiske afgørelser. De afgørelser som ikke indebærer skøn, vil ikke være omfattet af modellen, hvorfor de afgørelser, der ikke indebærer signifikante risici for retssikkerheden, ikke er omfattet af modellen. Således tillades stadig en stor grad af automatisering, og modellen følger EU's HLEG's anbefaling om en risikobaseret tilgang.

På den baggrund må det konstateres, at hybridmodellen formentlig er at foretrække, idet den egner sig bedst til at give den offentlige sektor mulighed for at effektivisere sin afgørelsesvirksomhed i videst muligt omfang inden for rammerne af EU-borgernes retssikkerhed.

²³¹ Se afsnit 4.4.

7.3.3.3. *I hvilket regelsæt bør hybridmodellen placeres?*

Det er i ovenstående afsnit konkluderet, at regler, der bygger på hybridmodellen, bør vedtages for at sikre borgerens retssikkerhed i form af saglige automatiske afgørelser, og det vil i det følgende vurderes, hvor disse regler bør placeres.

Først og fremmest kunne det foreslås at placere reglerne under Chartret, der i forvejen yder en indholdsmæssige saglighedsbeskyttelse. Chartret er imidlertid et regelsæt på traktatniveau, der blandt andet har til formål at opstille generelle og grundlæggende krav til forvaltningen.²³² På denne baggrund hører det næppe hjemme at indføre specifikke proceduremæssige foranstaltninger vedrørende menneskelig involvering i automatiske afgørelser under den brede beskyttelse af borgerens grundrettigheder i forbindelse med EU- og nationale forvaltningsafgørelser.

Dernæst kan det overvejes, om reglerne skulle placeres i databeskyttelsesforordningen. En placering af hybridmodellen i databeskyttelsesforordningen ville umiddelbart give mening, dels fordi databeskyttelsesforordningen allerede indeholder regler om automatiske afgørelser, og dels fordi databeskyttelsesforordningen allerede indeholder en ret til menneskelig indgriben. Derfor kunne modellen inkorporeres i databeskyttelsesforordningen som en kvalificering af den allerede eksisterende ret til menneskelig indgriben, hvis indhold ikke er forklaret nærmere i databeskyttelsesforordningen.

Det skal i den sammenhæng fremhæves, at en placering af hybridmodellen i databeskyttelsesforordningen, ville medføre mange af de samme ulemper, som er gennemgået ovenfor i afsnit 7.2.1 i forhold til databeskyttelsesforordningens begrænsede anvendelsesområde.

Vigtigst er i den forbindelse teorien om ”law of the horse”, idet det ikke vil være hensigtsmæssigt at placere regler, der udelukkende har et forvaltningsretligt og retssikkerhedsmæssigt sigte, i et databeskyttelsesretligt regelsæt af de samme grunde, som er anført i afsnit 7.2.1. Her kan det dog som et modargument anføres, at der som sagt allerede i databeskyttelsesforordningen er nævnt en ret til menneskelig indgriben, hvorfor det ville være naturligt at uddybe denne ret med hybridmodellen.

²³² Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 364 af 18. december 2000.

Endeligt må det være et afgørende argument mod at placere regler bygget op om hybridmodellen i databeskyttelsesforordningens artikel 22, at bestemmelsen som bekendt kun omfatter afgørelser, der alene er baseret på *fuldautomatisk* behandling. Hybridmodellen er netop en løsning, der fordrer et samarbejde mellem menneskelig og automatisk behandling, hvorfor en automatisk afgørelse foretaget ved brug af hybridmodellen ikke vil falde ind under anvendelsesområdet for databeskyttelsesforordningens artikel 22 i bestemmelsens nuværende format.

Derfor taler mest for også at placere regler baseret på hybridmodellen i et nyt regelsæt. Det ville ydermere have den fordel, at reglerne kunne placeres i det samme regelsæt, som blev foreslået med forslag 3 i afsnit 7.2.3 om transparenmæssige regler. På den måde ville der være ét samlet regelsæt, der skulle have til formål at sikre borgerens retssikkerhed ved offentlige myndigheders anvendelse af automatiske afgørelser. Det vil give et højt niveau af transparens for borgeren, der vil kende sine rettigheder, når vedkommende er genstand for en automatisk afgørelse.

Oprettelsen af et særskilt EU-regelsæt, som indeholder retten til begrundelse, retten til forklaring og hybridmodellen, vil også få den betydning, at Chartrets sagligheds-mæssige garantier vil finde anvendelse for alle afgørelser truffet efter disse bestemmelser. Dermed vil alle delvist automatiske afgørelser også være omfattet af garantiene i Chartrets artikel 41, stk. 1, og en placering af hybridmodellen i det nye regelsæt om fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, vil således give en komplet beskyttelse mod de sagligheds-mæssige computerspecifikke udfordringer.

7.4. Delkonklusion

Baggrunden for diskussionen om regulering mod computerspecifikke **transparenmæssige** udfordringer var, at analysen i afsnit 5 og 6 viste, at borgeren med den nuværende retstilstand i EU mangler retssikkerhedsmæssig beskyttelse på følgende punkter:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse og i forhold til systemfunktionalitet.
- 2) Ved delvist automatiske afgørelser – selv når EU-retten er anvendt – mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionalitet.

For at forbedre borgerens retssikkerhed i forhold til disse transparenmæssige mangler i nuværende EU-regulering, er det nødvendigt at vedtage et nyt selvstændigt EU-regelsæt, som (1) omhandler fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, og (2) indeholder en ret til forklaring af systemfunktionaliteten og en ret til begrundelse af den konkrete afgørelse.

Baggrunden for diskussionen om regulering mod computerspecifikke **saglighedsmæssige** udfordringer var, at analysen i afsnit 5 og 6 – samt diskussionen i afsnit 7.3.2 om indholdsmæssige kontra formelle garantier – viste, at borgeren med den nuværende retstilstand i EU mangler retssikkerhedsmæssig beskyttelse på følgende punkter:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, der kun er baseret på national ret, er borgeren ikke beskyttet af de indholdsmæssige garantier for saglighed, som findes i Chartrets artikel 41, stk. 1.
- 2) Selv i automatiske afgørelser, hvor garantierne i Chartrets artikel 41, stk. 1, finder anvendelse, vil der alligevel opstå computerspecifikke fejl.

I bestræbelsen på at løse disse to udfordringer har vi taget udgangspunkt i en EU-konform løsning, som vægter retssikkerheden højt uden at hæmme effektiviseringen unødigt. I dette perspektiv, er den bedst egnede løsning at indføre regler baseret på en hybridmodel, hvor der indføres et krav om, at computeren ikke på egen hånd må træffe skøn i sagsbehandlingen. Her skal computeren i stedet enten erstattes med eller assisteres af et menneske i en grad, der gør, at mennesket har reel indflydelse på skønsudøvelsen. Alt rutinearbejde bør stadig kunne overlades til computere.

Reglerne for hybridmodellen bør placeres i samme regelsæt som det for de nye transparenmæssige regler for at sikre overblik og regeltransparens. Med dette nye regelsæt, der gælder for alle automatiske afgørelser, vil de delvist automatiske afgørelser, der kun er baseret på national ret, også omfattes af garantierne i Chartrets artikel 41, stk. 1.

Følgende skema illustrerer, hvordan ovenstående to forslag kan forbedre EU-borgerens retssikkerhed ved automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning:

	TRANSPARENS		SAGLIGHED
	Systemtransparens	Ret til begrundelse	
En offentlig myndighed træffer en <u>fuldautomatisk afgørelse</u> .	Det nyetablerede EU-regelsæt sikrer borgerens ret til en forklaring af algoritmens systemfunktionalitet.	Det nyetablerede EU-regelsæt sikrer borgerens ret til en begrundelse.	Databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 1, sikrer kun borgeren minimal beskyttelse mod usaglighed i medfør af bestemmelsens udformning som et forbud. Chartrets artikel 41, stk. 1, sikrer borgeren indholdsmæssige garantier.
En offentlig myndighed træffer en <u>delvist automatisk afgørelse</u> .	Det nyetablerede EU-regelsæt sikrer borgerens ret til en forklaring af algoritmens systemfunktionalitet.	Det nyetablerede EU-regelsæt sikrer borgerens ret til en begrundelse.	Chartrets artikel 41, stk. 1, sikrer borgeren indholdsmæssige garantier.

8. Perspektivering

Der vil i det følgende perspektiveres til en aftale fra 2018 om dansk digitaliseringsklar lovgivning, som den danske regering og Folketinget har indgået. Formålet med aftalen om digitaliseringsklar lovgivning er at skabe et grundlag for en mere tidssvarende og sammenhængende offentlig forvaltning, som drager fordel af effektiviseringspotentialer og bidrager til en mere transparent offentlig sektor, hvilket også vil understøtte den enkeltes retssikkerhed.²³³

Lovgivningen skal være digitaliseringsklar fra 1. juli 2018, og aftalen gælder for lovforslag, som fremsættes fra og med folketingsåret 2018/2019 og for de administrative forskrifter, herunder bekendtgørelser, der udstedes fra den 1. juli 2018.²³⁴ Brugen af digitale løsninger i Danmark bliver således et reguleringsområde, som styres af lovgivningsmagten, hvilket kan være et argument for, at borgerne er bedre stillet retssikkerhedsmæssigt, idet digitaliseringen og automatiseringen lovfæstes.

Et af bevæggrundene for aftalen er, at der er brug for at anlægge en så proaktiv og agil tilgang til ny lovgivning som muligt, hvis digitale løsninger skal virke efter hensigten i den offentlige sektor, herunder skabe effektiv sagsbehandling som samtidig sikrer borgerens retssikkerhed.²³⁵

Regeringen og Folketinget gjorde det klart, at det er en forudsætning for brugen af automatiske afgørelser, at de automatiserede dele af afgørelsen kan træffes efter rent objektive kriterier. Det skal med andre ord lægges helt fast, hvilke faktiske oplysninger der er relevante, og hvordan disse skal vægtes i forhold til hinanden.²³⁶ I en skønsmæssig bestemmelse kunne der f.eks. stå, at der skulle foretages en skønsmæssig vurdering af, at et forhold skulle gælde ”størstedelen af året”. Dette skøn kunne ændres til et objektive kriterie ved at anføre, at det samme forhold i stedet skulle gælde ”250 kalenderdage om året”. På den måde kan en skønsmæssig vurdering omdannes til et fast målbart kriterie, som kan indkodes i en algoritme.

²³³ Digitaliseringsstyrelsens vejledning om digitaliseringsklar lovgivning, 2018, side 4.

²³⁴ Ibid., side 4.

²³⁵ Gøtze, Michael, Digital reform af danske lovgivningskultur, Djøfs Forlag, Juristen nr. 5-6 2018, side 183.

²³⁶ Digitaliseringsstyrelsens vejledning om digitaliseringsklar lovgivning, 2018, side 12.

De nye krav til digitaliseringsklar lovgivning kan derfor siges at være et grundlæggende forbehold over for skøn og skønsmæssig regulering, som dog respekterer behovet for et fagprofessionelt skøn i visse tilfælde.²³⁷ Professor i Jura, Ph.D. Michael Gøtze har, i en artikel om den nye digitalisering af dansk lovgivningskultur, fremhævet nogle af problemerne ved, at et betydeligt hensyn til digitale løsninger i lovgivningen kan medføre, at lovgivningen går fra at være teknologi-neutralt til, at teknologien får en normativ virkning.²³⁸

Gøtze mener, at digitaliseringen medfører en ”firkantisering” af lovgivningen, hvilket bevirker, at lovgivningsprocessen ikke længere sker i øjenhøjde og med inddragelse af individuelle hensyn i forhold til den enkelte borger. Gøtze fremhæver, at aftalen generelt er et udtryk for et kritisk syn på skønsmæssig regulering, idet en sådan regulering kan være årsagen til manglende effektivitet i den offentlige forvaltning. Derfor taler brugen af digitale løsninger for at undgå skønsmæssig regulering og dynamiske regeltyper.²³⁹ Han frygter dog i forbindelse hermed, at lovgivningen vil miste dynamik, smidighed og virkelighedskontakt,²⁴⁰ og han mener, at aftalen om digitaliseringsklar lovgivning mest af alt er et udtryk for et forsøg på en spare-øvelse, som vægter effektivitet højere end borgerens retssikkerhed.²⁴¹

Gøtze mener også, at tilliden til lovgivning svækkes, hvis afgørelsesvirksomheden overlades til en teknologi, som på uforklarligvis regner sig frem til et resultat.²⁴² Han fremhæver i øvrigt, at en uhensigtsmæssig eller fejlagtig ”firkantiseret” lovgivning vil koste tid og penge at rette op på, hvilket taler for at bibeholde en mere dynamisk regulering, som lettere kan ændres løbende.²⁴³ Gøtze mener ikke, at det altid er gavnligt er omdanne skøn til objektive kriterier - specielt i forhold til de mere indgribende afgørelser, hvor mest taler for, at der bør foretages et menneskeligt og mangesidet skøn.²⁴⁴

²³⁷ Gøtze, Michael, Digital reform af danske lovgivningskultur, Djøfs Forlag, Juristen nr. 5-6 2018, side 187.

²³⁸ Ibid., side 182.

²³⁹ Ibid., side 183.

²⁴⁰ Ibid., side 190.

²⁴¹ Ibid., side 187.

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid., side 188.

²⁴⁴ Ibid., side 187.

Aftalens parter har dog allerede taget stilling til dette problem, og de foreslår, at når et skøn er nødvendigt kan det foretages manuelt, mens den resterende sagsbehandling vil kunne understøttes digitalt. Et eksempel på en situation, hvor en sådan løsning er at foretrække, er, når der skal tages stilling til barnets tarv og den familiemæssige situation.²⁴⁵ På den måde sikres borgerens retssikkerhed bedst i de mere komplicerede sager, som ikke nødvendigvis kan eller bør sættes på formel.

Gøtze kritiserer også aftalen om digitaliseringsklar lovgivning for at have et for snævert dansk fokus. Han mener ikke, at aftalen i tilstrækkeligt omfang tager stilling til, at EU-reguleringen har stor betydning for udformningen af national ret på netop områder som digitalisering og automatisering. Et eksempel herpå er databeskyttelsesforordningen, hvis formål og afvejningsregler skal medregnes i dansk lovgivning på området. Det kan derfor vise sig at være vanskeligt at gennemføre en dansk digitaliseringsklar lovgivning, hvis dette ikke sker på en EU-konform vis.²⁴⁶

Den politiske aftale om digitaliseringsklar lovgivning i Danmark er dermed et andet eksempel på, hvordan problemerne med digitalisering og automatisering af forvaltningsafgørelser kan løses. I vores afhandling foreslår vi en hybridmodel, hvor skønnet stadig er en central del, mens den danske løsning på problemer er at udelukke skønsmæssige vurderinger mest muligt. Det er i sig selv en effektiv løsning på de problemer, som vi har skildret i afhandlingen, men som Gøtze også fremhæver, skal de danske digitaliseringsinitiativer også være EU-konforme. Som Gøtze fremhæver, er der formentlig en risiko for, at EU vil underkende den danske digitaliseringsklar lovgivning, hvis de anser den for at vægte effektiviteten højere end borgerens retssikkerhed.

²⁴⁵ Digitaliseringsstyrelsens vejledning om digitaliseringsklar lovgivning, 2018, side 12.

²⁴⁶ Gøtze, Michael, Digital reform af danske lovgivningskultur, Djøfs Forlag, Juristen nr. 5-6 2018, side 189.

9. Samlet konklusion

Automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning indebærer nogle grundlæggende retssikkerhedsmæssige udfordringer, som ikke gør sig gældende ved manuelle afgørelser. Disse computerspecifikke udfordringer kan overordnet opdeles i risici for mangel på transparens og risici for mangel på saglighed.

Databeskyttelsesforordningen og Chartrets artikel 41 giver EU-borgeren en vis retlig beskyttelse imod disse risici. Den nuværende EU-regulering giver dog ikke borgeren nogen komplet beskyttelse, hvilket udmønter sig i følgende to punkter, hvor borgeren ikke er beskyttet mod de **transparenmæssige computerspecifikke risici**:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, som ikke er omfattet af EU-retten, mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til den konkrete afgørelse og i forhold til systemfunktionalitet.
- 2) Ved delvist automatiske afgørelser – selv når EU-retten er anvendt – mangler borgeren en retlig beskyttelse mod black box-problemet i forhold til systemfunktionalitet.

Ligeledes findes der med nuværende EU-regulering følgende to punkter, hvor borgeren ikke er beskyttet mod de **saglighedsmæssige computerspecifikke risici**:

- 1) Ved delvist automatiske afgørelser, der kun er baseret på national ret, er borgeren ikke beskyttet af de indholdsmæssige garantier for saglighed, som findes i Chartrets artikel 41, stk. 1.
- 2) Selv i automatiske afgørelser, hvor garantierne i Chartrets artikel 41, stk. 1, finder anvendelse, vil der alligevel opstå computerspecifikke fejl.

For at forbedre borgerens retssikkerhed i forhold til de to **transparenmæssige mangler** i nuværende EU-regulering, er det nødvendigt at vedtage et nyt selvstændigt EU-regelsæt, som (1) omhandler fuldautomatiske og delvist automatiske afgørelser i den offentlige forvaltning, og (2) indeholder en ret til forklaring af systemfunktionaliteten og en ret til begrundelse af den konkrete afgørelse.

I bestræbelsen på at forbedre borgerens retssikkerhed i forhold til de to **saglighedsmæssige mangler** har vi taget udgangspunkt i en EU-konform løsning, som vægter retssikkerheden højt uden at hæmme effektiviseringen unødigt. I dette perspektiv, er den bedst egnede løsning at

indføre regler baseret på en hybridmodel, hvor der indføres et krav om, at computeren ikke på egen hånd må træffe skøn i sagsbehandlingen. Her skal computeren i stedet enten erstattes med eller assisteres af et menneske i en grad, der gør, at mennesket har reel indflydelse på skønsudøvelsen. Alt rutinearbejde bør stadig kunne overlades til computere.

For at skabe overblik og regeltransparens bør reglerne for hybridmodellen og de nye transparentmæssige regler, som vi har foreslået, placeres i samme regelsæt. Med dette nye regelsæt, der gælder for alle automatiske afgørelser, vil de delvist automatiske afgørelser, der kun er baseret på national ret, også omfattes af garantiene i Chartrets artikel 41, stk. 1.

10. Litteraturliste

10.1. EU-retskilder:

Primær EU-ret:

- Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) *Maastricht, 1992*
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsområde (TEUF) *Rom, 1957*
- Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder, EUT C 364 af 18. december 2000

Sekundær EU-ret:

- Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse)
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/943 af 8. juni 2016 om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse
- Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 2016-04-27 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheders behandling af personoplysninger med henblik på at forebygge, efterforske, afsløre eller retsforfølge strafbare handlinger eller fuldbyrde strafferetlige sanktioner og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af Rådets rammeafgørelse 2008/977/RIA (2016/680) (retshåndhævelsesdirektivet)
- Parlamentets og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger
- Forslag til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (1990)
- Ændret forslag til Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF af 24. oktober 1995 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (1992)

Forarbejder:

- Den forklarende rapport til EU Chartret, trykt i EU-tidende 2007/C 303/02 Tilgængelig på: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0017:0035:da:PDF> [senest aktiveret den 22. november 2014]

Vejledninger og retningslinjer

- Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679
- EDPB's Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679
- Den Europæiske Kodeks for God Forvaltningsskik – Den Europæiske Ombudsmand, 2005

10.2. Danske retskilder

Dansk lovgivning

- Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
- LBKG 2019-08-07 nr. 776 Forældreansvarsloven

Lovforslag

- L 133 (som fremsat): Forslag til forældreansvarslov

Bekendtgørelser

- Bek. nr. 218 af 27. marts 2001 om behandling af personoplysninger i Det Centrale Kriminalregister

Betænkninger

- Betænkning nr. 601/1971 om privatlivets fred
- Betænkning nr. 1565 om databeskyttelsesforordningen

Vejledninger

- Datatilsynets vejledning om de registreredes rettigheder
- Digitaliseringsstyrelsens vejledning om digitaliseringsklar lovgivning

10.3. Retspraksis (kronologisk)

EU-Domstolen

- De forenede sager C-129/13 og C-130/13, Kamino International Logistics BV og Datema Hellmann Worldwide Logistics BV mod Staatssecretaris van Financiën af 3. juli 2014
- C-604/12, H.N. mod Minister for Justice, Equality and Law Reform m.fl. af 8. maj 2014
- C-405/07 P, Kongeriget Nederlandene mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 6. november 2008
- C-525/04 P, Kongeriget Spanien mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 22. november 2007
- T-42/96, Eyckeler & Malt AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 19. februar 1998
- De forenede sager C-372/09 og C-373/09, Josep Peñarroja Fa af 17. marts 2011
- T-30/91, Solvay SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber af 29. juni 1995
- C-269/90, Technische Universitaet Muenchen mod Hauptzollamt Muenchen-Mitte af 21. november 1991
- C-215/88, Casa Fleischhandels af 13. juli 1989
- C-6/64, *Costa mod ENEL* af 15. juli 1964

Nationale domstole

- Dover District Council v CPRE Kent, UKSC 79 (2017)

Nationale datatilsyn

- Det danske datatilsyns afgørelse: Tilsyn med Rejsekort & Rejseplan A/S' behandling af personoplysninger (2019-41-0031)

10.4. Vejledninger

- Artikel 29-Gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og profilering i henhold til forordning 2016/679 (WP 251 rev. 01), vedtaget den 3. oktober 2017, senest revideret den 6. februar 2018, s. 20

10.5. Bøger (oplistet alfabetisk)

- Blume, P., Persondatarettens kilder og metode, Djøfs Forlag, 1. udgave (2020)
- Blume, P., Databeskyttelsesret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 5. udgave (2018)
- Blume, P., Retssystemet og juridisk metode, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2. udgave (2014)
- Bygrave, Lee A., The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary, Oxford (2020)
- Christoffersen, Jonas, Christensen, Lasse Højlund, Madsen, Lasse Lund, Storgaard, Louise Halleskov, Skovgaard-Petersen, Henrik & Ventegodt, Maria., EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder med kommentarer, Jurist- og Økonomiforbundets forlag, 2. udgave (2018)
- Craig, P. P., 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework' (1997)
- Ellegaard, Niels Christian, Hans Reitzels Forlag, 1. udgave (2019)
- Engsig Sørensen, Karsten, Runge Nielsen, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014)
- Hurwitz, Judith og Kirsch, Daniel: Machine Learning for Dummies, IBM Limited Edition, 1. udgave, Hoboken, John Wiley & Sons, Inc., (2018)
- Kure, Henrik, EU-ret kompendium, Karnov Group, 5. udgave (2016)
- Neergaard, Ulla og Nielsen, Ruth, EU-RET. Fri bevægelighed, Karnov Group, 3. udgave (2018)
- Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff & Ward, Angela, The EU Charter of Fundamental Rights – A commentary, HART Publishing, (2014)
- Revsbech, Karsten, m.fl., Forvaltningsrettens Almindelige emner, Jurist og Økonomforbundets forlag 6. udgave (2016)
- Skyggebjerg, Louise: Industri på udstilling – 1888, 100 danmarkshistorier, Aarhus Universitetsforlag, (2017)
- Svarre, Peter: Hvad skal vi med mennesker? En bog om kunstig intelligens, 1. udgave, 1. oplag, Gyldendal A/S, (2019)
- Sørensen Engsig, Karsten, Nielsen Runge, Poul og Hartig Danielsen, Jens, Uddrag af EU-retten, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave (2014)

- Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, (2004). Juridiske artikler (oplistet alfabetisk)

Ugeskrift for retsvæsnat:

- Fenger, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, U.2014B.293

Juristen:

- Motzfeldt, Hanne Marie, Machine Learning og forvaltningens skønsudøvelse, *Juristen* nr. 4 (2020)
- Gøtze, Michael, Digital reform af danske lovgivningskultur, Djøfs Forlag, *Juristen* nr. 5-6 (2018)

Europæiske tidsskrifter:

- Palmer Olsen, Henrik, Livingston Slosser, Jacob og Troels Hildebrand, Thomas, *What's in the box? The Legal Requirement to Explain Computationally Aided Decision-making in Public Administration*, Oxford University Press (2020)
- Finck, Michèle, *Automated Decision-Making and Administrative Law*, Oxford University Press (2020)
- Zalnieriute, Monika, Moses, Lyria Bennet & Williams, George, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*, *Modern Law Review*, UNSWLRS (2019)
- Binns, Reuben, *Algorithmic Accountability and Public Reason*, University of Oxford (2017)
- Wachter, Sandra og Mittelstadt, Brent og Floridi, Luciano, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *International Data Privacy Law*, 2017, Vol. 7, No. 2 (2017)
- Klimas, Tadas og Vaiciukaite, Jurate, *The Law of Recitals in European Community Legislation*, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 32 (2008)

Tidsskrifter fra lande uden for EU

- Coglianese, C. og Lehr, D., Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era 105, Georgetown Law Journal (2017), side 1147-1167
- Chew, Pat K. og Carnegie, Robert E. Kelley, Myth of the Color-Blind Judge: An Empirical Analysis of Racial Harassment Cases, Washington University Law Review (2009), side 1119-1166
- Lessig, Lawrence, The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach (1998)

10.6 Elektroniske kilder (oplistet alfabetisk)

- 2045, or the moment when robots will overtake humans
Tilgængelig på:
<https://blog.ferrovial.com/en/2017/02/initiative-2045-or-the-moment-when-robots-will-overtake-humans/>
[sidst aktiveret d. 10. november 2020]
- Aftale om digitaliseringsklar lovgivning
Tilgængelig på:
<https://www.regeringen.dk/publikationer-og-aftaletekster/aftale-om-digitaliseringsklar-lovgivning/>
[sidst aktiveret d. 20. november 2020]
- AI will be able to beat us at everything by 2060, say experts
Tilgængelig på:
<https://www.newscientist.com/article/2133188-ai-will-be-able-to-beat-us-at-everything-by-2060-say-experts/>
[sidst aktiveret d. 10. november 2020]
- Automated Decision Making and Profiling
Tilgængelig på:

<https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-databeskyttelsesforordningen/automated-decision-making-and-profiling/?template=pdf&patch=10>

[sidst aktiveret d. 25. september 2020]

- Can AI Be a Fair Judge in Court? Estonia Thinks So

Tilgængelig på:

<https://www.wired.com/story/can-ai-be-fair-judge-court-estonia-thinks-so/>

[sidst aktiveret d. 2. november 2020]

- Central authorities slow to react as Sweden's cities embrace automation of welfare management

Tilgængelig på:

<https://algorithmwatch.org/en/story/trelleborg-sweden-algorithm/>

[sidst aktiveret d. 26. oktober 2020]

- Data Science and Machine Learning

Tilgængelig på:

<https://www.ibm.com/dk-en/analytics/machine-learning>

[sidst aktiveret d. 2. november 2020]

- Deep learning: Robotter kan lære som nyfødte

Tilgængelig på:

<https://www.teknologisk.dk/ydelser/deep-learning-robotter-kan-laere-som-nyfoedte/37138>

[sidst aktiveret d. 2. november 2020]

- *Den Store Danske*, Industrialisering

Tilgængelig på:

<https://denstoredanske.lex.dk/industrialisering>

[sidst aktiveret d. 20. november 2020]

- DIGITALEUROPE's response to the European Commission's AI White Paper consultation
Tilgængelig på:
<https://www.digitaleurope.org/resources/digitaleuropes-response-to-the-european-commissions-ai-white-paper-consultation/>
[sidst aktiveret d. 2. december 2020]

- Garbage in, garbage out
Tilgængelig på:
<https://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oi/authority.20110803095842747>
[sidst aktiveret d. 14. oktober 2020]

- Guide to the Approximation of European Union Environmental Legislation - Annex I
How to interpret EU environmental legislation
Tilgængelig på:
<https://ec.europa.eu/environment/archives/guide/annex1.htm>
[sidst aktiveret d. 7. oktober 2020]

- High-Level Expert Group on Artificial Intelligence
Tilgængelig på:
<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>
[sidst aktiveret d. 20. november 2020]

- How Many Neurons Are in the Brain?
Tilgængelig på:
<https://www.brainfacts.org/in-the-lab/meet-the-researcher/2018/how-many-neurons-are-in-the-brain-120418>
[sidst aktiveret d. 29. november 2020]

- Instagram disables a mom's account for posting this photo of a cake
Tilgængelig på:

<https://www.digitaltrends.com/photography/instagram-cake-mistake/>

[sidst aktiveret d. 25. oktober 2020]

- Israni, Ellora Thadaney, When an Algorithm Helps Send You to Prison (October 2017)

Tilgængelig på:

<https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compass-sentencing-bias.html>

[sidst aktiveret d. 10. oktober 2020]

- Kunstig intelligens: Danmark skal gå forrest

Tilgængelig på:

<https://www.regeringen.dk/nyheder/2019/national-strategi-for-kunstig-intelligens/>

[sidst aktiveret d. 20. november 2020]

- Race and the criminal justice system statistics 2018

Tilgængelig på:

<https://www.gov.uk/government/statistics/race-and-the-criminal-justice-system-statistics-2018>

[sidst aktiveret d. 29. oktober 2020]

- Russian Hacking and Influence in the U.S. Election

Tilgængelig på:

<https://www.nytimes.com/news-event/russian-election-hacking>

[sidst aktiveret d. 29. oktober 2020]

- ”Tillsätt en algoritombudsman”

Tilgængelig på:

https://akademssr.se/post/tillsatt-en-algoritmbudsman?fbclid=IwAR05igGBT2P13C5_qO1s01gVvXhRDSZWjEwiP-1afeLt_rJfqM69QH9qo3I

[sidst aktiveret d. 26. oktober 2020]

- Top 10 operational impacts of the GDPR: Part 5 – Profiling
Tilgængelig på:
<https://iapp.org/news/a/top-10-operational-impacts-of-the-gdpr-part-5-profiling/>
[sidst aktiveret d. 13. oktober 2020]

- UK passport photo checker shows bias against dark-skinned women
Tilgængelig på:
<https://www.bbc.com/news/technology-54349538>
[sidst aktiveret d. 25. oktober 2020]

- What is an algorithm?
Tilgængelig på:
<https://whatis.techtarget.com/definition/algorithm>
[sidst aktiveret d. 29. november 2020]

- Women are safer behind the wheel than men, new data reveals
Tilgængelig på:
<https://www.confused.com/on-the-road/cost-of-motoring/women-really-are-safer-drivers>
[sidst aktiveret d. 25. oktober 2020]

- Advokaten 6 – Automatiseret sagsbehandling og retssikkerhed: Risici og potentiale
Tilgængelig på:
<https://www.advokatsamfundet.dk/Service/Publikationer/Tidligere%20artikler/2019/Advokaten%206/Automatiseret%20sagsbehandling%20og%20retssikkerhed%20Risici%20og%20potentialer.aspx>
[sidst aktiveret 4. november 2020]

- White paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust
Tilgængelig på:
<https://ec.europa.eu/info/files/white-paper-artificial-intelligence-european-approach->

excellence-and-trust_en

[sidst aktiveret d. 29. november 2020]

- Israni, Ellora Thadaney, When an Algorithm Helps Send You to Prison, October 2017
<https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html>

Oplæg:

- <https://www.youtube.com/watch?v=35UlgD7dwgI&fbclid=IwAR1ZGkrIp-fiMH9I8ZwExGuGlvum-2a9Oibliy1E4WNfKvpS7EUwzgytPs3c> – Palmer Olsen, Henrik, Oplæg om, hvordan kunstig intelligens kan understøtte juridiske afgørelser (3:45 – 4:00), DFF Talk, 2019

Rapporter mm.:

- AlgorithmWatch, Automating Society Report 2020 (2020)
- AlgorithmWatch, Automating Society Report 2019 (2019)
- Northpointe, Practitioner's Guide to COMPAS Core, March 2015
- Kommissionens "WHITE PAPER On Artificial Intelligence - A European approach to excellence and trust" (2020)
- Det norske datatilsyns "Kunstig intelligens og personvern" (2018)

Podcasts

- META & FYSIKKEN: AFSNIT 7: KUNSTIG INTELLIGENS OG EMPATI
Tilgængelig på: <https://www.meta-podcast.com/podcasts/tag/kunstig+intelligens>