



# Specialeafhandling:

## Databeskyttelsesforordningens art. 22, stk. 1 – forbud eller indsigelsesret

**Fagområde:** IT-ret

**Problemformulering:** Denne afhandling har som sit hovedformål at undersøge, hvorvidt databeskyttelsesforordningens art. 22(1) indeholder et forbud, eller en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser.

Navn	KU-brugernavn
Nicholas Engberg Backhausen	Tfm786
Mustafa Muhammad El-Mir	Wxh385

<b>Vejleder:</b> Professor Henrik Udsen	<b>Antal tegn: 180.856</b>
---	----------------------------

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"/>

<b>Afleveringsdato:</b> 30. maj 2023	<b>Karakter:</b>
--------------------------------------	------------------

## Indholdsfortegnelse

---

Abstract .....	4
1. Indledning.....	6
1.1. Præsentation af emnet .....	6
1.2. Spørgsmålets praktiske betydning .....	7
1.3. Problemformulering .....	8
1.4. Afgrænsning .....	8
1.5. Metode.....	9
1.5.1. Retsdogmatisk metode .....	9
1.5.2. Retskilderne.....	9
1.5.2.1. Databeskyttelsesforordningen, Charteret og EU-Domstolens retspraksis .....	9
1.5.2.2. Andre retskilder.....	10
2. Databeskyttelsesrettens regulering af fuldautomatiserede afgørelser .....	14
2.1. Grundlæggende om databeskyttelsesretten .....	14
2.2. Hvorfor regulere fuldautomatiserede afgørelser?.....	16
3. Databeskyttelsesforordningens art. 22 .....	19
3.1. Præsentation af databeskyttelsesforordningens art. 22 .....	20
3.2. Retten til ikke at være genstand for en afgørelse i art. 22(1) .....	21
3.2.1. Begrebet "ret" .....	21
3.2.2. Bestemmelsens afgørelsesbegreb .....	22
3.2.3. Profilerings.....	24
3.2.3.1. Sondring mellem evaluering og profilering.....	26
3.2.4. Sammenfatning – Bestemmelsens anvendelsesområde .....	28
3.3. Undtagelserne i art. 22(2) .....	28
3.3.1. Fuldautomatiserede afgørelser i kontraktforhold .....	29
3.3.2. Fuldautomatiserede afgørelser med lovhjemmel.....	30
3.3.3. Fuldautomatiserede afgørelser baseret på samtykke .....	31
3.3.4. Opsamling på undtagelsesadgangen.....	32
3.4. Passende foranstaltninger .....	33
3.5. Fuldautomatiserede afgørelser baseret på følsomme oplysninger.....	34
3.6. Præambelbetragtning 71: "bør dog være tilladt" .....	35
4. Art. 22 - Bestemmelsens iboende logik og sammenhæng.....	38
4.1. Regulerer art. 22(1) behandlingen eller selve afgørelsen? .....	38

4.1.1. De forskellige opfattelser .....	39
4.1.2. Dispositioner baseret på personoplysninger .....	41
4.2. De enkelte bestemmelsers indbyrdes forhold i art. 22.....	43
4.2.1 Forholdet mellem art. 22(1) og 22(3) – karakteren af menneskelig indgriben.....	43
4.2.2. Forholdet mellem art. 22(1) og 22(2)(c) – Indsigelse og samtykke.....	45
4.3. Delkonklusion – definition af indsigelsesretten .....	46
5. Art. 22 - bestemmelsens tilblivelseshistorie .....	47
5.1. Forholdet mellem persondatadirektivet og forordningen.....	48
5.1.1. fra "undergivet" til "genstand for" .....	51
5.1.2. Europa-Kommissionens lovforslag .....	54
5.1.3. LIBE-Komiteens betænkning(er) .....	56
5.2. Delkonklusion .....	58
6. Art. 22 - Bestemmelsens kontekst .....	59
6.1. Art. 22 – Bestemmelsens placering og overskrift(er).....	60
6.1.1. Bestemmelsens placering i forordningens kapitel III .....	61
6.1.2. Placeringen af retshåndhævelsesdirektivets art. 11 .....	62
6.1.3. opsamling på bestemmelsernes placering.....	64
6.2. Forordningens art. 12(2) .....	65
6.3. Skal den registrerede oplyses om sin indsigelsesret? .....	66
6.3.1. Oplysningspligtens form.....	67
6.3.2. Oplysningspligt i medfør af art. 12(2)?.....	68
6.3.3. Oplysningspligt i medfør af art. 13(2) og 14(2)? .....	68
6.3.3.1. Oplysning om den registreredes rettigheder .....	69
6.3.3.2. Oplysning om forekomsten af automatiske afgørelser mv.....	70
6.3.4. Opsamling på oplysningspligten.....	72
6.4. Henvisningernes betydning i art. 13(2)(f) og 14(2)(g).....	73
6.4.1. Er art. 22(2) omfattet af oplysningspligten? .....	74
6.4.1.1. Inddragelse af retshåndhævelsesdirektivets art. 11 .....	74
6.4.1.2. Gennemsigtighed som forudsætning i art. 22(2).....	75
6.4.1.3. Gennemsigtighed som led i passende foranstaltninger.....	77
6.4.1.4. forholdet mellem oplysningspligten og art. 22(2).....	79
6.4.2. Henvisningen til art. 22(4).....	79
6.4.3. Henvisningen til art. 22(1) – udtryk for generel reference eller indsigelsesret .....	81
6.4.4. Opsamling på henvisningernes betydning .....	82

6.5. Henvisningens betydning i art. 22(4) .....	83
6.6. Tidsfristspørgsmålet .....	84
6.6.1. Præsentation af spørgsmålet .....	84
6.6.2. Den praktiske betydning af en tidsfrist .....	86
6.6.3. tidsbegrænsning i forbindelse med passende foranstaltninger .....	87
6.6.4. Opsamling på tidsfristspørgsmålet.....	88
6.7. Forordningens art. 35 – konsekvensanalyse som yderligere rettighedsværn .....	89
7. Art. 22 – Bestemmelsen i dens bredere kontekst.....	92
7.1. Retshåndhævelsesdirektivet og databeskyttelse i unionens institutioner .....	92
7.2. Konvention 108+ .....	95
7.2.1. Tosonis fortolkning af konvention 108+.....	96
7.2.2. art. 9(1)(a) – ligheden med art. 22(3).....	97
7.3 AI-forordningen.....	100
7.3.1. Præsentation af AI-forordningen .....	100
7.3.2. AI-forordningens betydning for databeskyttelsesforordningens art. 22 .....	102
7.3.3. – Menneskeligt tilsyn og databeskyttelsesforordningen .....	104
7.4. Delkonklusion .....	105
8. Vurdering af indsigelsesrettens gyldighed .....	106
8.1. Betydningen af det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1) .....	106
8.2. tidsbegrænsning som ekstra dimension .....	108
9. Konklusion .....	110
10. Litteratur og kildefortegnelse .....	112
10.1. Litteraturfortegnelse .....	112
10.2. Andre kilder .....	114

## Abstract

---

Art 22(1) of the General Data Protection Regulation provides data subjects with the right not to be subject to a decision based solely on automated processing. A degree of ambiguity surrounds this provision as art 22(1) can be understood either as a prohibition or as a right to object to automated decision-making. The interpretation of this provision has substantial practical significance, leading to significantly different restrictions and obligations for controllers, and either safeguards data subjects initially or makes the protection dependent on the data subject's active objection.

The objective of this thesis is to address the ambiguity surrounding the legal nature of the right in art 22(1) by providing an in-depth and comprehensive interpretation of art 22(1) based on an analysis of its wording, origin, purpose, and context.

The analysis starts out by examining the scope of art 22(1), including the extent of the exceptions listed in art 22(2) and the meaning and importance of the suitable measures in art 22(3), which is followed by an analysis of the inherent logic and mechanics of art 22. Based on this analysis, this thesis postulates that a right to object in art 22(1) must be defined as right to be exercised *ex post*, which does not require human intervention and through which the data subject can avoid that the decisions produce any effects on him/her. This thesis concludes that this definition is necessary to ensure compatibility with the consent derogation in art. 22(2)(c) and the right to human intervention in art 22(3).

Building upon this foundation the provision is interpreted in light of its origin, context and purpose, which leads to several arguments opposing interpreting art. 22(1) as a right to object. Firstly, this thesis concludes that an obligation to inform the data subject of the right to object in art 22(1) does not follow from the other provisions in the GDPR. Secondly, the right to object, interpreted as a right to be exercised *ex post*, should logically be subject to either explicit or implicit temporal limitations, and the absence of such limitations opposes interpreting art. 22(1) as a right to object. Lastly, the right to object necessarily defined as not requiring human intervention, does not consider that automatic refusals of the data subjects applications falls within the scope of art. 22(1). Based on

these arguments, this thesis concludes that art. 22(1) should be read as prohibiting automated decision-making and not as a right to object to such decisions.

# 1. Indledning

---

## 1.1. Præsentation af emnet

Automatisering refererer til styringen af en proces, helt eller delvist uden menneskelig deltagelse. Automatisering er ikke et nyt begreb, og anvendelsen af maskiner til at lette menneskets arbejde, har været en del af vores samfund længe før den digitaliserede tidsalder.<sup>1</sup> Fuldautomatisering betegner en proces, der foregår uden nogen form for menneskelig indgriben eller deltagelse, og anvendes i tiltagende grad i den offentlige forvaltning. Med computerens fremkomst og den teknologiske udvikling har den digitale automatisering vundet indpas i både den offentlige og den private sektor.<sup>2</sup>

Selvom der er mange fordele forbundet med anvendelsen af fuldautomatiserede processer til at træffe afgørelser, er der også en række iboende risici. Med henblik på at tackle disse risici, indeholder databeskyttelsesforordningen art. 22(1) en bestemmelse, der har til formål at sætte grænser for anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser, ved at give den registrerede en "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."<sup>3</sup>

Det er imidlertid uklart, hvad denne *ret* egentlig indebærer. Rettigheden kan fortolkes som en ret til at gøre indsigelse mod afgørelsen, eller som et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser. Artikel 29-gruppen antager i deres retningslinjer om automatiske afgørelser, at bestemmelsen indeholder et forbud,<sup>4</sup> og samme opfattelse er fulgt af Datatilsynet.<sup>5</sup> I sit forslag til afgørelse i C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*, fortolker generaladvokat, P. Pikamäe ligeledes art. 22(1) som et forbud<sup>6</sup> og denne fortolkning må tillige anses for at være den dominerende opfattelse i den juridiske

---

<sup>1</sup> Fra dampmaskine til robot: Automatiseringens historie på ti minutter, <https://www.dr.dk/historie/webfeature/automatisering> (senest besøgt den 29. maj 2023).

<sup>2</sup> Se blandt andet Blume: Databeskyttelsesret, 2018, s. 190; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 87ff.

<sup>3</sup> I nærværende afhandling betegnes afgørelser, der alene er baseret på automatisk behandling, som "fuldautomatiserede afgørelser".

<sup>4</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 20.

<sup>5</sup> Datatilsynet, Vejledning om de registreredes rettigheder, 2018, s. 47

<sup>6</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*, punkt 31.

litteratur.<sup>7</sup> Omvendt kom Justitsministeriet i betænkning nr. 1565/2017 frem til, at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret,<sup>8</sup> og en række forfattere har i de senere år fremlagt overbevisende argumenter til fordel for at fortolke art. 22(1) som en indsigelsesret, der puster nyt liv i diskussionen.<sup>9</sup>

## 1.2. Spørgsmålets praktiske betydning

Spørgsmålet om, hvorvidt art. 22(1) indeholder et forbud eller en indsigelsesret er ikke alene teoretisk, men har også praktisk betydning.<sup>10</sup> Der er væsentlig forskel på, hvordan dataansvarlige og registrerede skal forholde sig, alt efter om fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed i udgangspunktet er forbudt eller generelt er tilladt. Et forbud er en indgribende foranstaltning, der indebærer, at fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed alene kan finde sted, hvis der undtagelsesvis er adgang hertil. Automatisering er i forvejen udbredt i den offentlige og private sektor, og et forbud kan virke forstyrrende for allerede etablerede systemer og hæmmende for den teknologiske innovation.<sup>11</sup> Yderligere er ”Retten til beskyttelse af personoplysninger [...] ikke en absolut ret; den skal ses i sammenhæng med sin funktion i samfundet og afvejes i forhold til andre grundlæggende rettigheder i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.”<sup>12</sup> Det indebærer at der kan være andre hensyn, der taler for en mildere reguleringsform end et forbud.

En indsigelsesret vil derimod anerkende, at automatisering allerede forekommer i vidt omfang, samt at automatiserede beslutningsprocesser ikke kun har potentielle ulemper

---

<sup>7</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 366; Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 87; Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, International Journal of Law and Information Technology, vol. 27/2, 2019, s. 99; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 164; Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 574.

<sup>8</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 375. Hertil skal dog bemærkes, at Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiserede afgørelser ikke var offentliggjort på tidspunktet for betænkningen, hvorfor betænkningen ikke har, eller kunne tage højde herfor.

<sup>9</sup> Se nærmere herom Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 161f; Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 197f.

<sup>10</sup> Anderledes Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 138; Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 575.

<sup>11</sup> Blume: Databeskyttelsesret, 2018, s. 190.

<sup>12</sup> Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 4.



for den registrerede, men også potentielle fordele.<sup>13</sup> Derudover styrker indsigelsesretten den registreredes autonomi ved at give den registrerede mulighed for at vælge, hvorvidt afgørelsen skal træffes af mennesker eller algoritmer.<sup>14</sup> Omvendt er indsigelsesrettens karakter af en aktiv rettighed afhængig af, at den registrerede udøver retten, da beskyttelsen i art. 22(1) alene træder i kraft, hvis den registrerede er i stand til at identificere og udøve sin ret. Det er derfor relevant at undersøge, hvad beskyttelsen i databeskyttelsesforordningens art. 22(1) indebærer.

### **1.3. Problemformulering**

Denne afhandling har som sit hovedformål at undersøge, hvorvidt databeskyttelsesforordningens art. 22(1) indeholder et forbud, eller en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser.

### **1.4. Afgrænsning**

Ovenstående hovedformål er i sig selv nøje afgrænset, men som tilfældet ofte er ved behandling af EU-retlige problemstillinger, så har emnet en EU-retlig samt national dimension. Databeskyttelsesforordningen overlader på en række områder medlemsstaterne et nationalt råderum, hvilket også er tilfældet for databeskyttelsesforordningens art. 22(2)(b), hvorefter de enkelte medlemsstater kan fastsætte nærmere regler om anvendelsen af fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed. Afhandlingen beskæftiger sig dog ikke med at afklare, hvad der er gældende ret for anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser i dansk eller øvrig national ret.

Afhandlingen begrænser sig heller ikke til at besvare spørgsmålet i lyset af en anden juridisk disciplin som ansættelsesret eller forvaltningsret, og tager derfor ikke direkte stilling til, hvordan fuldautomatiserede afgørelser kan anvendes i den offentlige forvaltning, eller i ansættelsesprocesser, men der inddrages i varierende omfang eksempler herfra, når det er relevant i henhold til afhandlingens hovedformål. Afhandlingens hovedfokus er at besvare, hvad beskyttelsen i art. 22(1) indebærer på et

---

<sup>13</sup> Bygrave: *Minding the Machine v2.0*, I Yeung & Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, 2019, s. 253. Anerkendelse af teknologiens fordele er også udtrykt mere generelt i relation til kunstig intelligens: Rådet for Den Europæiske Union, *Generel indstilling, Retsakten om Kunstig Intelligens*, 14954/22, præambelbetragtning 3.

<sup>14</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: *Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?*, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 194

overordnet plan, hvorfor der med få undtagelser alene undersøges EU-regulering og hertil relevante kilder.

Forordningens præambelbetragtning 71 angiver, at fuldautomatiserede afgørelser ikke bør omfatte børn, men det fremgår ikke tilsvarende i selve art. 22. Det giver anledning til overvejelser om, hvorvidt der kan udledes en skærpet regulering vedrørende fuldautomatiserede afgørelser over for børn, afhandlingen tager af omfangsmæssige grunde ikke stilling til dette aspekt, men forholder sig til reglens overordnede regulering.

## **1.5. Metode**

### **1.5.1. Retsdogmatisk metode**

I nærværende afhandling anvendes den retsdogmatiske metode. Helt overordnet indebærer metoden, en anvendelse af retskilde- og fortolkningslæren for at finde frem til gældende ret. Inden for EU-retten, herunder databeskyttelsesretten, er det EU-Domstolen, der i sidste instans fortolker og fastlægger hvad der er gældende ret.<sup>15</sup> Gældende ret i kontekst af denne afhandling er derfor det resultat, som domstolen kan forventes at komme frem til, hvis afhandlingens problemstilling blev forelagt den.

### **1.5.2. Retskilderne**

#### *1.5.2.1. Databeskyttelsesforordningen, Charteret og EU-Domstolens retspraksis*

EU-retten består af primær og sekundær ret. Den primære ret udgøres af traktaterne, og den sekundære ret består af bindende retsakter, der udgøres af forordninger, direktiver, afgørelser, og ikke bindende retsakter, der består af henstillinger og udtalelser, jf. TEUF art. 288.<sup>16</sup>

Den centrale retskilde, der anvendes til besvarelsen af afhandlingens problemstilling, er databeskyttelsesforordningen.<sup>17</sup> Forordningen er bindende og gælder umiddelbart i medlemsstaterne, jf. ovenfor, og i henhold til princippet om EU-rettens forrang går den forud for national lovgivning.<sup>18</sup> Besvarelsen sker derfor med udgangspunkt i forordningen og dens bestemmelser. EU-domstolen er den autoritative fortolker af EU-retten, hvilket indebærer at når forordningens bestemmelser fortolkes, skal det stemme

---

<sup>15</sup> Blume: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 68.

<sup>16</sup> Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde. ("TEUF").

<sup>17</sup> Europa-Parlamentet og Rådets Forordning (EU) 2016/679 ("Databeskyttelsesforordningen").

<sup>18</sup> C-6/64, *Costa mod ENEL*; Sørensen & Danielsen: Uddrag af EU-retten, 2019, s. 185.

overens med EU-Domstolens fortolkningsstil og dens principper. Denne fortolkningsstil tager sit udgangspunkt i den konkrete bestemmelses ordlyd på samtlige af EU-rettens officielle sprog. Er bestemmelsens indhold tvetydigt, og er der ved en sammenligning af de forskellige sproglige versioner uoverensstemmelser, så skal bestemmelsen vurderes i dens rette sammenhæng og fortolkes i lyset af EU-rettens bestemmelser som helhed og dens bagvedliggende målsætning.<sup>19</sup> Hertil udgør præambelbetragtninger et væsentligt bidrag til fortolkningen af art. 22. Præambelbetragtninger har høj retskildeværdi<sup>20</sup> og forordningens præambelbetragtninger inddrages i vidt omfang i afhandlingen. I nærværende afhandling tages der udgangspunkt i den danske version af databeskyttelsesforordningen, men der anvendes ofte konkrete sammenligninger til den engelske sprogversion, og undertiden den svenske sprogversion.

Derudover inddrages Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder i mindre omfang.<sup>21</sup> Det skyldes, at databeskyttelsesretten har opnået status som en grundlæggende rettighed i medfør af chartrets art. 8, og fortolkningen af art. 22(1) skal ske i lyset heraf.

Retspraksis fra EU-Domstolen er en af EU-rettens bindende retskilder og er helt central ved fastlæggelsen af gældende ret. På tidspunktet for nærværende afhandling foreligger der ikke retspraksis fra EU-domstolen i tilknytning til databeskyttelsesforordningens art. 22(1).<sup>22</sup> Det indebærer, at besvarelsen af afhandlingens problemstilling ikke kan baseres på en fortolkning af EU-Domstolens retspraksis, men i stedet skal baseres på andre retskilder og retligt materiale, der kan bidrage til fortolkningen. EU-Domstolens øvrige praksis inddrages dog løbende, når det supplerer afhandlingens analyse.

#### *1.5.2.2. Andre retskilder*

I afhandlingen inddrages foruden forordningen, anden EU-regulering som fortolkningsbidrag. Det er som udgangspunkt andre databeskyttelsesretlige retsakter, der blev forhandlet sideløbende med forordningen som led i EU's databeskyttelsesreform eller blev moderniseret som reaktion herpå, hvilket i nærværende afhandling bl.a.

---

<sup>19</sup> C-283/81, *CILFIT*, præmis 18-20; Neergaard: Fortolkning af national ret i lyset af EU-ret, I Riis & Trzaskowski (red.): skriftlig jura, 2020, s. 38ff.

<sup>20</sup> Blume: Databeskyttelsesret, 2018, s. 61.

<sup>21</sup> Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02) ("Chartret").

<sup>22</sup> Samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 26.

omfatter retshåndhævelsesdirektivet<sup>23</sup> og forordningen om databeskyttelse i EU-institutionerne.<sup>24</sup> Det skyldes at art. 22(1), som fremhævet oven for, skal fortolkes i lyset af EU-rettens bestemmelser som helhed. Dette omfatter også Konvention 108<sup>25</sup>, da fortolkningen ligeledes skal tage højde for EU's relevante internationale forpligtelser.<sup>26</sup> Yderligere vil Europa-Kommissionens forslag til forordningen om kunstig intelligens ("AI-forordningen")<sup>27</sup> inddrages som fortolkningsbidrag, da AI-forordningen bliver en del af EU-rettens samlede retsorden, hvorfor der ved en fortolkning af art. 22 kan tages højde for indholdet af AI-forordningen. Kommissionens forslag og Rådets generelle indstilling<sup>28</sup> inddrages derfor som fortolkningsbidrag.

Databeskyttelsesforordningens tilblivelseshistorie, hvilket omfatter forordningens forarbejder og dens forgænger - persondatadirektivet<sup>29</sup> - inddrages også som fortolkningsbidrag.<sup>30</sup> Forordningen erstattede og ophævede det tidligere persondatadirektiv. En række af direktivets bestemmelser er dog videreført i forordningen, herunder i et vist omfang direktivets regulering af automatiserede afgørelser, og det antages i den forbindelse at direktivet og dertil knyttet praksis stadig kan have retskildemæssig betydning.<sup>31</sup> Direktivet og relateret materiale inddrages som fortolkningsbidrag, når det er relevant. Traditionelt set har forarbejder haft en begrænset betydning ved fortolkning af EU-retten, men som resultat af, at sekundære retsakter er underlagt et begrundelseskrav, er der med tiden sket en stigning i EU-Domstolens anvendelse af forarbejder.<sup>32</sup> I forlængelse heraf inddrages både forarbejder til persondatadirektivet (dog i begrænset omfang), og forarbejder til forordningens art. 22.

---

<sup>23</sup> Europa-Parlamentet og Rådets Direktiv (EU) 2016/680 ("Retshåndhævelsesdirektivets").

<sup>24</sup> Europa-Parlamentet og Rådets Forordning (EU) 2018/1725 ("EUDPR").

<sup>25</sup> Konvention 108 og den moderniserede version 108+: Europarådet, Konvention 108 af 28. januar 1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger, og tillægsprotokol nr. 223 ("Konvention 108+").

<sup>26</sup> De forenede sager C-447/05 og C-448/05, *Thomson*, præmis 30.

<sup>27</sup> COM(2021) 206 final.

<sup>28</sup> Rådet for Den Europæiske Union, Generel indstilling, Retsakten om Kunstig Intelligens, 14954/22

<sup>29</sup> Europa-Parlamentet og Rådets direktiv 95/46/EF ("Persondatadirektivet") (*Historisk*)

<sup>30</sup> C-621/18, *Wightman m.fl.*, præmis 47: "En EU-retlig bestemmelses tilblivelseshistorie kan ligeledes give relevante elementer med henblik på dens fortolkning".

<sup>31</sup> Blume: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 63.

<sup>32</sup> Neergaard & Nielsen: EU-ret: Fri bevægelighed, 2021, s. 28.

Derudover vil EU-domstolens generaladvokaters forslag til afgørelse inddrages som fortolkningsbidrag. Afgørelsesforslag er ikke bindende for Domstolen, og det er ikke sikkert, at Domstolen følger samme opfattelse som generaladvokaten har udtrykt i sit forslag. Uagtet kan forslagene efter omstændighederne anvendes i den juridiske argumentation, og vil løbende anvendes som fortolkningsbidrag.<sup>33</sup>

Den tidligere Artikel 29-gruppe har udstedt en række retningslinjer til brug for forståelse af forordningen. Databeskyttelsesrådet erstattede Artikel 29-gruppen, men har tilsluttet sig flere af Artikel 29-gruppens retningslinjer, herunder Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske individuelle afgørelser og retningslinjer om gennemsigtighed.<sup>34</sup> I nærværende afhandling anvendes alene retningslinjer, som Databeskyttelsesrådet har tilsluttet sig. Retningslinjerne er ikke autoritative retskilder og anvendes derfor blot som fortolkningsbidrag.<sup>35</sup>

Yderligere inddrages en række andre kilder i mindre omfang, typisk som led i den juridiske argumentation, det drejer sig om Europarådets anbefaling om profilering, Justitsministeriets betænkning 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, og Registerudvalgets betænkning 1345/1997 om behandling af personoplysninger. På trods af at betænkningerne ikke er egentlige forarbejder, har de en lignende karakter.<sup>36</sup>

Endeligt inddrager afhandlingen den juridiske litteratur i vidt omfang. Afhandlingens emne har i stigende grad fået opmærksomhed i litteraturen, der i senere tid retter sig mod at fortolke art. 22(1) som en indsigelsesret.<sup>37</sup> Ved flere lejligheder foretages den retsdogmatiske analyse således i lyset af allerede fremsatte argumenter i litteraturen. Juridisk litteratur kan ikke betegnes som en retskilde, men kan have retskildemæssig betydning,<sup>38</sup> og helt konkret inddrages den juridiske litteratur, der behandler forordningens art. 22(1), i vidt omfang af generaladvokat P. Pikamäe i forslag til

---

<sup>33</sup> Blume: Databeskyttelsesret, 2018, s. 64.

<sup>34</sup> Det Europæiske Databeskyttelsesråd, Tilslutning 1/2018 om anerkendte vejledninger fra Artikel 29-gruppen, plenarmøde 25. maj 2018.

<sup>35</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 276

<sup>36</sup> Blume: Persondatarettens kilder og metode, 2020, s. 42

<sup>37</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021; Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022.

<sup>38</sup> Blume: Retssystemet og juridisk metode, 2020, s. 31.

afgørelse, C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*<sup>39</sup> Litteraturen kan derfor bidrage til fortolkningen af forordningens art. 22.

---

<sup>39</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*, se blandt andet punkt 37 (note 13), punkt 39, (note 14), og punkt 57 (note 24).

## 2. Databeskyttelsesrettens regulering af fuldautomatiserede afgørelser

---

Inden analysen af forordningens art. 22(1) indledes, skal bestemmelsens bagvedliggende hensyn og formål forsøges afklaret, og her er det nødvendigt at starte ved begyndelsen. De fleste sætter lighedstegn mellem databeskyttelsesret og databeskyttelsesforordningen, og med god grund. Forordningen har givet disciplinen større opmærksomhed, særligt i det praktiske liv, men forordningen er blot et af de nyere værktøjer i en lang række tiltag, der varetager databeskyttelsesrettens bagvedlæggende hensyn. Forordningens art. 22 er et specifikt og afgrænset aspekt af dette værktøj, der i lyset af databeskyttelsesrettens bagvedliggende hensyn forfølger og baserer sig på egne hensyn og formål.

### 2.1. Grundlæggende om databeskyttelsesretten

Databeskyttelsesretten er ligesom andre retsområder baseret på en række hensyn, dog adskiller databeskyttelsesretten sig herfra ved, at dets bagvedliggende hensyn antager en moralsk-filosofisk karakter baseret på ideelle hensyn til individet.<sup>40</sup> Generelt er databeskyttelsesretten baseret på et privatlivshensyn og et personlighedshensyn,<sup>41</sup> der helt overordnet begrundes i hensynet til menneskelig værdighed.<sup>42</sup>

Privatlivshensynet omhandler individets krav på at bevare oplysninger om sig selv inden for sin egen sfære, da det kan opleves som integritetskrænkende, hvis personlige oplysninger kunne deles af offentligheden.<sup>43</sup> Personlighedshensynet handler om at individet har ret til at bestemme, hvordan denne vil optræde i offentligheden. Disse hensyn modsvares af en række andre hensyn, herunder hensynet til informations- og ytringsfrihed, hensyn til effektiv forvaltning, kriminalitetsbekæmpelsehensyn, og forskningshensyn mv.<sup>44</sup> Eksistensen og anerkendelse af disse modsatrettede hensyn fremgår også af databeskyttelsesforordningen, hvor en afvejning mellem på den ene side

---

<sup>40</sup> Udsen: De informationsretlige grundsætninger, 2009, s. 109; Udsen: IT-ret, 2021, s. 261; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 71f.

<sup>41</sup> Bryde Andersen: IT-retten, 2005, s. 587.

<sup>42</sup> Udsen: De informationsretlige grundsætninger, 2009, s. 109.

<sup>43</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 262.

<sup>44</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 263; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 73.

databeskyttelsesretten og andre hensyn kommer til udtryk i anerkendelsen af, at databeskyttelse ikke er en absolut ret.<sup>45</sup>

I takt med den teknologiske udvikling, og særligt siden computerens fremkomst, opstod der behov for konkret regulering til beskyttelsen af personoplysninger. I 1980 vedtog OECD (The Organisation for Economic Co-operation and Development) sine retningslinjer om databeskyttelse, der er det første internationale dokument, der regulerede behandling af personoplysninger<sup>46</sup>. Europarådet vedtog året efter Konvention 108 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger, og i 1995 udstedte EU persondatadirektivet. Både OECD's retningslinjer, Konvention 108, persondatadirektivet og databeskyttelsesforordningen bygger på de samme grundprincipper om blandt andet formålsbegrænsning og gennemsigtighed.<sup>47</sup>

Databeskyttelsesforordningen blev vedtaget den 27. april 2016 med virkning fra 25. maj 2018. Forordningen afløste det tidligere persondatadirektiv som led i reformen af den europæiske databeskyttelsesret. Direktivet blev udformet og forhandlet i starten af 1990'erne og behovet for nye regler på området var derfor delvist et resultat af, at direktivet ikke havde mulighed for at tage internettet og andre teknologiske nyskabelser i betragtning, samt den stigende globalisering og tiltagende anvendelse af persondata.<sup>48</sup> Yderligere var reformen udtryk for, at direktivet ikke havde fornøden gennemslagskraft og at reglerne ikke fungerede optimalt i praksis, hvilket formentlig kan henføres til direktivets sanktionsniveau, der var beskedent i forhold til forordningens høje bøderammer.<sup>49</sup> Dette gjorde sig også gældende for direktivets art. 15, der udgjorde direktivets regulering af fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed (forgængeren til forordningens art. 22). Bestemmelsen fik stort set ingen opmærksomhed og havde

---

<sup>45</sup> Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 4, se også Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 28.

<sup>46</sup> OECD: Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, 1980, omtalt i Udsen: IT-ret, 2021, s. 264f.

<sup>47</sup> Se nærmere Udsen: IT-ret, 2021, s. 263ff., om databeskyttelsesrettens udvikling.

<sup>48</sup> Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 16f, i en anden retning Udsen: IT-ret, 2021, s. 266.

<sup>49</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 266; Bygrave: Minding the Machine v2.0, I Yeung & Lodge (red.): Algorithmic Regulation, 2019, s. 259.



begrænset gennemslagskraft.<sup>50</sup> Forordningen er derfor udtryk for et forsøg på at afhjælpe en række af de mangler der var forbundet med direktivets regelsæt, samt udtryk for et ønske om at sikre en mere effektiv og harmoniseret beskyttelse af personoplysninger i unionen.<sup>51</sup>

Forordningens formål fremgår af dets art. 1, der angiver at forordningen har til formål at sikre beskyttelse af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder i forbindelse med behandling af personoplysninger. I medfør af databeskyttelsesrettens status som grundlæggende rettighed, jf. chartrets art. 8, er det tydeliggjort at beskyttelsen af personoplysninger tillægges stor betydning, og overordnet indfører databeskyttelsesforordningen i lyset af Chartret, således et ensartet og højt niveau for beskyttelse af personoplysninger.<sup>52</sup>

## **2.2. Hvorfor regulere fuldautomatiserede afgørelser?**

Det er ikke tydeligt, hvad formålet bag databeskyttelsesforordningens regulering af fuldautomatiserede afgørelser er, og det beskrives ikke nærmere i forordningens forarbejder.<sup>53</sup> Det fremgår af persondatadirektivets forarbejderne til art. 15, at der forelå flere bekymringer relateret til den stigende anvendelse af automatiske systemer.<sup>54</sup> En af bekymringerne bestod i frygten for at automatiseringen ville berøve individets mulighed for at påvirke beslutningsprocesserne, hvis beslutningerne alene var baseret på individets dataskygge.<sup>55</sup> En anden bekymring var baseret på, at avancerede systemer kan producere resultater, der umiddelbart kan forekomme objektive og uanfægtelige, hvilket indebærer en risiko for, at den person, der skal træffe en beslutning på grundlag af systemernes output vil tillægge resultaterne for stor og ukritisk betydning, og som resultat fralægge

---

<sup>50</sup> Bygrave: *Minding the Machine v2.0*, I Yeung & Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, 2019, s. 250f.

<sup>51</sup> Udsen: *IT-ret*, 2021, s. 266; Blume: *Den nye persondataret*, 2018, s. 16ff.

<sup>52</sup> Se også *Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 10*.

<sup>53</sup> Tosoni: *The right to object to automated individual decisions*, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 160; Bygrave & Mendoza: *The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, i Synodinou m.fl. (red.), *EU Internet Law, Regulation and Enforcement*, 2017, s. 83; Wisborg: *Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning*, 2023, s. 76.

<sup>54</sup> Bygrave: *Automated Profiling – Minding the Machine: article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling*, *Computer Law & Security Review*, Vol. 17, 2001, s 18, I samme retning Wisborg: *Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning*, 2023, s. 75.

<sup>55</sup> KOM(90) 314 endelig udg., s. 22.

sig sit ansvar i beslutningsprocessen.<sup>56</sup> Bekymringen er stadig aktuel, og kan f.eks. spores i Europa-Kommissionens udkast til AI-forordningen.<sup>57</sup>

Det kan udledes af ovenstående, at der forelåg en frygt for, at individets manglende adgang til at påvirke beslutningsprocessen, og beslutningstagers ukritiske tilslutning til systemets resultater, kan resultere i at afgørelsesprocessen bliver fremmedgjort og dehumaniseret, og i forlængelse heraf, kan udgøre en trussel mod menneskelig værdighed.<sup>58</sup>

Det antages, at forordningens art. 22 bygger på de samme bekymringer som dens forgænger i persondatadirektivets art. 15.<sup>59</sup> Det støttes af indholdet i forordningens præambelbetragtning 4, der fremhæver at ”Behandling af personoplysninger bør have til formål at tjene menneskeheden” og præambel 71, der fremhæver risikoen for fejl og forskelsbehandling. Artikel 29-gruppen angiver desuden i deres retningslinjer, at fejl eller skævheder i indsamlede/delte oplysninger eller i automatiske afgørelser, kan føre til ukorrekte klassificeringer, vurderinger baseret på upræcise fremskrivninger og/eller en negativ indvirkning på enkeltpersoner.<sup>60</sup> Generaladvokat P. Pikamäe har udtalt at restriktionerne i forordningens art. 22 ”har til formål at beskytte den menneskelige værdighed og forhindre, at den registrerede gøres til genstand for en afgørelse, som alene bygger på automatisk behandling uden nogen menneskelig indgriben, der i givet fald vil kunne kontrollere, at denne afgørelse træffes på en måde, der sikrer rigtighed, rimelighed og ikkeforskelsbehandling”<sup>61</sup> Hvordan ovenstående bekymringer og hensyn helt konkret varetages er det centrale spørgsmål. Mens det overordnet kan konstateres, at forordningens art. 22 har til formål at sætte grænser for, hvornår der kan træffes afgørelser

---

<sup>56</sup> KOM(92) 422 endelig udg., s. 26.

<sup>57</sup> Se COM(2021) 206 final, art. 14(4)(b) og Rådet for Den Europæiske Union, Generel indstilling, Retsakten om Kunstig Intelligens, 14954/22, art. 14(2)(b): om ”automation bias”.

<sup>58</sup> Bygrave: Automated Profiling – Minding the Machine: article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling, Computer Law & Security Review, Vol. 17/1, 2001, s. 18; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 74; Bygrave: Minding the Machine v2.0, I Yeung & Lodge (red.): Algorithmic Regulation, 2019, s. 249.

<sup>59</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 84; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 76; I en anden retning Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 193.

<sup>60</sup> Se Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 29; omtalt i Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 76.

<sup>61</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*, punkt 19.

uden nogen form for menneskelig indblanding,<sup>62</sup> er det uklart, hvad grænserne indebærer og hvordan de skal forstås. Når art. 22 analyseres og fortolkes, skal det derfor ske i lyset af ovenstående hensyn og bagvedliggende formål.

---

<sup>62</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 363; samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 73.

### 3. Databeskyttelsesforordningens art. 22

---

Afhandlingens problemstilling vil blive besvaret ud fra en dybdegående analyse af art. 22, der er baseret på de fortolkningsmetoder, der anvendes ved EU-domstolen, og udgangspunktet for enhver fortolkning af en EU-retlig bestemmelse, er dennes ordlyd.<sup>63</sup> Besvarelsen tager derfor sit afsæt i en ordlydsfortolkning af art. 22. I nærværende afsnit, vil alle dele af art. 22 analyseres med følgende formål: For det første skal betydningen af begrebet ”ret” i art. 22(1) kort behandles, hvorefter bestemmelsens anvendelsesområde afklares. I forlængelse af dette vil undtagelserne i art. 22(2) blive behandlet enkeltvis, både med henblik på at afklare deres indhold og særskilte anvendelsesområde, men også med henblik på at afklare omfanget af undtagelsesadgangen. Yderligere vil kravet om passende foranstaltninger i både art. 22(2)(b), men særligt art. 22(3) analyseres. Indledningsvis skal det bemærkes, at de forskellige fortolkningsmetoder ofte spiller sammen, som fremhævet af Koen Lenaerts, præsidenten for EU-Domstolen, og Gutiérrez-Fons:

”[...] none of the methods of interpretation applied by the ECJ should be examined in isolation. Where the EU law provision in question is ambiguous, obscure or incomplete, all the methods of interpretation employed by the ECJ operate in a mutually reinforcing manner. A literal interpretation of an ambiguous EU law provision may be confirmed by its context and purposes. Similarly, to determine the objectives pursued by an EU law provision, the ECJ may have recourse to its drafting history and/or its normative context.”<sup>64</sup>

EU-Domstolen fortolker EU-retlige bestemmelser i den sammenhæng hvor de indgår.<sup>65</sup> Det er derfor vanskeligt at systematisere og opdele fortolkningen af art. 22(1) i henhold til forskellige fortolkningsmetoder. Afhandlingens retsdogmatiske analyse følger derfor ikke en rigid opdeling baseret på de forskellige fortolkningsmetoder, men tager sit udgangspunkt i selve art. 22, og breder sig efterfølgende ud.

---

<sup>63</sup> Neergaard & Nielsen: EU-ret: Fri bevægelighed, 2021, s. 26.

<sup>64</sup> Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014, s. 61.

<sup>65</sup> Se f.eks. C-621/18, *Wightman m.fl.*, præmis 47.

### **3.1. Præsentation af databeskyttelsesforordningens art. 22**

Afhandlingens sigte er rettet mod forordningens art. 22(1), der indeholder den registreredes ret til ikke at være genstand for fuldautomatiserede afgørelser. Art. 22(2) indeholder en række undtagelser hertil, hvorefter art. 22(2)(b) og art. 22(3) stiller krav om passende foranstaltninger, hvoraf sidstnævnte præciserer en række minimumsrettigheder, når fuldautomatiserede afgørelser kan træffes efter art. 22(2)(a) (nødvendige for indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt), eller art. 22(2)(c) (når afgørelsen er baseret på den registreredes samtykke). Art. 22(4) indeholder et forbud mod at basere fuldautomatiserede afgørelser på følsomme oplysninger. Art. 22 er placeret i forordningens kapitel III ”Den registreredes rettigheder” og har overskriften ”Automatiske individuelle afgørelser, herunder profilering”. Art. 22 har i sin helhed følgende indhold:

*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.

*Stk. 4.* De afgørelser, der er omhandlet i stk. 2, må ikke baseres på særlige kategorier af personoplysninger, jf. artikel 9, stk. 1, medmindre artikel 9, stk. 2, litra a) eller g), finder anvendelse, og der er indført passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser.

### 3.2. Retten til ikke at være genstand for en afgørelse i art. 22(1)

Art. 22(1) giver den registrerede en *ret* til ikke at være genstand for fuldautomatiserede afgørelser, og indeholder en række iboende kriterier, der skal være opfyldt, før en afgørelse omfattes af bestemmelsen. Art. 22(1) finder anvendelse på afgørelser, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, og har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende. Bestemmelsen giver derfor anledning til en række nærmere undersøgelser.

Indledningsvis skal betydningen af begrebet *ret* behandles, hvorefter det skal afklares, hvad der udgør en *afgørelse* i bestemmelsens forstand. Derefter skal det afklares, hvornår afgørelsen *alene* er baseret på automatisk behandling, og betydningen samt omfanget af kriteriet *retsvirkning eller på tilsvarende vis betydelig påvirkning*. Endeligt skal det undersøges om profilering er et vilkår eller en alternativ form for behandling. Formålet med nærværende afsnit er således at afklare de nærmere grænser for bestemmelsens anvendelsesområde.

#### 3.2.1. Begrebet ”ret”

Selve ordlyden af art. 22(1) er uklar, og det er den uklarhed der danner grundlaget for afhandlingens problemstilling. Ordlyden kan dog bidrage til det samlede billede, og har en sammenhæng med en række af analysens øvrige elementer. Art. 22(1) giver den registrerede en *ret* til ikke at være genstand for fuldautomatiserede afgørelser. Begrebet ”ret” giver umiddelbart det indtryk, at bestemmelsen indeholder en rettighed, og ikke et forbud, men det ville være en letkøbt løsning at tage rettighedsbegrebet som indtægt for, at bestemmelsen indeholder en indsigelsesret. Dog er begrebet næppe - i sig selv - afgørende for spørgsmålet, men det bør give anledning til overvejelser, at bestemmelsen er formuleret som en rettighedsbestemmelse. Dette illustreres yderligere, når forskellen mellem formuleringen af en *ret* i art. 22(1) overfor den udtrykkelige anvendelse af begrebet ”forbudt” i retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1), bemærkes (der indeholder et udtrykkeligt forbud mod fuldautomatiserede afgørelser, mere herom nedenfor). I forlængelse heraf kan det hævdes, at art. 22(1) kan være tiltænkt, at indføre en anden form for beskyttelse, end et forbud.<sup>66</sup> Omvendt kan rettigheder både være aktive, og således

---

<sup>66</sup> Samme Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 152.

være afhængige af den registreredes aktive udøvelse, eller passive, hvorved rettigheden ikke vedrører situationer der forudsætter en handling.<sup>67</sup> Sidstnævnte er f.eks. tilfældet for forordningens art. 13 og art. 14, der indeholder en oplysningspligt for den dataansvarlige, men hvor denne forpligtelse modsvares af en rettighed for den registrerede.<sup>68</sup> Formuleringen af en ret i art. 22(1) er derfor ikke ensbetydende med, at det nødvendigvis indebærer en aktiv rettighed, men omvendt står det i kontrast til det udtrykkelige forbud, der er indført i retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1).

### 3.2.2. Bestemmelsens afgørelsesbegreb

Uagtet om den registreredes ret i art. 22(1) er en aktiv eller passiv rettighed, så indebærer bestemmelsen en ret til ikke at være genstand for en *afgørelse*. Afgørelsesbegrebet i art. 22(1) skal antageligt fortolkes bredt, og omfatter andre handlinger end afgørelser i traditionel forstand.<sup>69</sup> Det antages, at indebære, at alle former for beslutninger, der ellers opfylder vilkårene i art. 22 er omfattet.<sup>70</sup> Generaladvokat P. Pikamäe har i den henseende udtalt, at ”Fraværet af en retlig definition gør det muligt at udlede, at EU-lovgiver har valgt et bredt begreb, der vil kunne omfatte flere handlinger, som kan berøre den registrerede på mange måder.”<sup>71</sup> Denne opfattelse finder støtte i indholdet af præambelbetragtning 71, hvor automatisk afslag på en onlineansøgning om kredit eller e-rekrutteringsprocedurer er nævnt som eksempler.

Art. 22(1) omfatter kun afgørelser ”der alene er baseret på automatisk behandling”<sup>72</sup>. Det antages, at en behandling er *automatisk*, når ”afgørelsen træffes uden nogen form for menneskelig involvering”.<sup>73</sup> En afgørelse er *alene* baseret på automatisk behandling, når der ikke har været en vis grad af faktisk og reel menneskelig indblanding i

---

<sup>67</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36.

<sup>68</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36.

<sup>69</sup> Samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 113; Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 532; i samme retning Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, SCHUFA Holding m.fl., punkt 38.

<sup>70</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 113.

<sup>71</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, SCHUFA Holding m.fl., punkt 38.

<sup>72</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1).

<sup>73</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 363.

beslutningsprocessen.<sup>74</sup> Det er således ikke tilstrækkeligt, at afgørelsen blot er tilskrevet en person, eller at en person har sat sin underskrift, stempel mv. på afgørelsen, men derimod, at en person har taget stilling til afgørelsen og vurderet den inden den bliver formaliseret.<sup>75</sup> Heraf følger at et system, der yder støtte til en menneskelig beslutningstager, ikke bringer afgørelsen inden for bestemmelsens anvendelsesområde.<sup>76</sup>

Art. 22 finder kun anvendelse på afgørelser, der har ”retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende”<sup>77</sup> Det følger, at afgørelserne ”kan gøres gældende over for den registrerede, og [...] har konsekvenser for den pågældende.”<sup>78</sup> Det antages at indebære, at afgørelsen helt eller delvist, enten ændrer eller fastslår den registreredes rettigheder eller forpligtelser, eller at afgørelsen har ikke-bagatelagte konsekvenser for den registreredes velfærd<sup>79</sup>. Formuleringen ”eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende.”<sup>80</sup> indebærer, at afgørelser, der ikke har retsvirkning - f.eks. afslag på en jobsøgning - kan omfattes af bestemmelsen.<sup>81</sup> Eller med andre ord, at ”pågældende »afgørelse« kan have en påvirkning, der ikke nødvendigvis er retlig, men snarere økonomisk og social”.<sup>82</sup> Forordningens præambelbetragtning 71 angiver som eksempler på afgørelser, der på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende: ”automatisk afslag på en onlineansøgning om kredit eller e-rekrutteringsprocedurer”.<sup>83</sup> Man kan med

---

<sup>74</sup> Se nærmere herom Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 21f.

<sup>75</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 87; I same retning Udsen: IT-ret, 2021, s. 363; Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, International Journal of Law and Information Technology, vol. 27/2, 2019, s. 101.

<sup>76</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 87.

<sup>77</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1).

<sup>78</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 576.

<sup>79</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 88.

<sup>80</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1).

<sup>81</sup> Zanfir-Fortuna: Article 13 Information to be provided where personal data are collected from the data subject, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 429, der beskriver det som ”loss of opportunity”.

<sup>82</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, SCHUFA Holding m.fl., punkt 38.

<sup>83</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 364, og Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 71.



andre ord sige, at det er en betingelse, at afgørelsen er *væsentlig*,<sup>84</sup> hvilket sammenholdt ovenstående om, at f.eks. støttesystemer falder uden for bestemmelsens anvendelsesområde, må antages at begrænse bestemmelsens anvendelsesområde betragteligt.

Ordlyden af art. 22(1) specificerer ikke, hvorvidt fuldautomatiserede afgørelser med udelukkende positive konsekvenser er omfattet af bestemmelsen. Det fremgår omvendt udtrykkeligt af retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1), at bestemmelsen kun finder anvendelse når den fuldautomatiserede afgørelse har ”negativ retsvirkning for den registrerede”.<sup>85</sup> I kontrast til direktivets art. 11(1), må det antages, at art. 22 finder anvendelse uagtet om afgørelsen har positive eller negative resultater for den registrerede.<sup>86</sup>

### 3.2.3. Profilerings

Det er uklart, om profilering er et selvstændigt vilkår eller en alternativ form for behandling efter art. 22. Uklarheden udspringer primært af formuleringen: ”herunder profilering” i art. 22(1),<sup>87</sup> men forstærkes af, at ordlyden i forordningens art. 22, trods en række betydelige ordlydsændringer, er baseret på direktivets art. 15.<sup>88</sup> Efter direktivets art. 15, var det en forudsætning, at afgørelserne var baseret på profilering, jf. ordlyden: ”alene er truffet på grundlag af edb-behandling af oplysninger, der er *bestemt til at vurdere bestemte personlige forhold*, såsom erhvervsevne, kreditværdighed, pålidelighed,

---

<sup>84</sup> I nærværende afhandling betegnes vilkåret om, at den fuldautomatiserede afgørelse har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydelig påvirkning undertiden som et vilkår om, at afgørelsen er *væsentlig*. Det skal blot forstås således, at der er en nedre grænse for, hvilke afgørelser der omfattes af bestemmelsen. Denne betegnelse, kan også spores andre steder i litteraturen, se til illustration Udsen: IT-ret, 2021, s. 363, ”formålet med bestemmelsen er at sætte grænser for, hvornår der kan træffes *væsentlige afgørelser* uden nogen form for menneskelig indblanding”. (vores fremhævelse).

<sup>85</sup> Retshåndhævelsesdirektivet, art. 11(1), der indeholder et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser på retshåndhævelsesområdet.

<sup>86</sup> Samme: Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 129; Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 89.

<sup>87</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 89f.

<sup>88</sup> COM(2012) 11 final, Europa-Kommissionens bemærkninger til forslaget, pkt. 4.3.4.3: ”Med ændringer og yderligere garantier er den *baseret* på artikel 15, stk. 1, i direktiv 95/46/EF om edb-behandlede individuelle afgørelser [...]” (vores fremhævelse).

adfærd osv.”(vores fremhævelse)<sup>89</sup> En *vurdering af bestemte personlige forhold* er sammenfaldende med forordningens definition af profilering i art. 4(4):<sup>90</sup>

”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.” (vores fremhævelse)

Det forhold at art. 22 er baseret på direktivets art. 15 kan dog ikke tages til indtægt for, at art. 22 forudsætter profilering. Ifølge definitionen er profilering en form for automatisk behandling, og hvis det antages, at det er et krav, at der foreligger profilering, for at art. 22(1) finder anvendelse, så er det overflødig at bestemmelsen angiver, at der tillige skal foreligge en *automatisk behandling*. Når profilering allerede er defineret som en form for automatisk behandling i art. 4(4), må ”automatisk behandling” formentlig have selvstændig betydning i art. 22(1). Det er også i overensstemmelse med at anse formuleringen ”herunder” profilering i art. 22(1) som ensbetydende med, at profilering ikke er et krav for bestemmelsens anvendelse, men blot en mulig behandlingsmåde.<sup>91</sup>

Der er dog argumenteret for, at konsekvensen ved at betragte profilering som en alternativ form for behandling efter art. 22(1), ikke stemmer overens med begrundelsen og rationalet bag bestemmelsen.<sup>92</sup> Det hævdes, at den fortolkning vil resultere i, at stort set alle fuldautomatiserede afgørelser vil falde inden for rækkevidden af art. 22, forudsat at afgørelsen opfylder vilkåret om retsvirkning eller tilsvarende betydelig påvirkning.<sup>93</sup> Dog er sidstnævnte vilkår netop udtryk for at afgørelsen skal have en vis væsentlighed og det må videre antages, at kravet om retsvirkning eller tilsvarende betydelig påvirkning i mange tilfælde vil være det afgørende kriterie for, hvilke afgørelser der omfattes af art. 22. Derfor gør det næppe bestemmelsens rækkevidde uoverskuelig bred at betragte

---

<sup>89</sup> Persondatadirektivet, art. 15(1).

<sup>90</sup> Samme: Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 124f.

<sup>91</sup> I samme retning: Udsen: IT-ret, 2021, s. 364, Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 125.

<sup>92</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 90.

<sup>93</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 90.

profilering som et selvstændigt vilkår, da en række automatiserede afgørelser ikke vil være tilstrækkeligt væsentlige.

### 3.2.3.1. Sondring mellem evaluering og profilering

Der er undertiden sondret mellem på den ene side ”profilering” og på den anden side ”evaluering af den registreredes personlige forhold”, og i den forbindelse fremhævet, at på trods af, at profilering ikke er et krav efter art. 22, så kan en evaluering af personlige forhold, være en forudsætning for at bestemmelsen finder anvendelse. Udsen har lagt til grund, at det ikke er et krav, ”at der foreligger profilering, for at bestemmelsen finder anvendelse”,<sup>94</sup> men har i den forbindelse påpeget, at det derimod er uklart om art. 22 forudsætter en evaluering af personlige forhold, og bemærker hertil, at spørgsmålet ikke er omtalt i artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske afgørelser<sup>95</sup>

Wisborg har imødegået dette og hævder, at ”Det Europæiske Databeskyttelsesråd [...] anvender et eksempel på en automatisk afgørelse, hvor evaluering ikke er et krav”<sup>96</sup> Hertil påpeger Wisborg, at en evaluering kan få betydning for anvendelsen af art. 22, men antager, at evalueringen kan få ”betydning for vurderingen af *kravet til betydelige påvirkninger*”<sup>97</sup> Wisborg mener derfor, at det formentlig ikke er et krav efter art. 22(1), at der foreligger en evaluering af personlige forhold, hvilket fremhæves som værende i overensstemmelse med eksemplet fra artikel 29-gruppens retningslinjer. (bemærk, at i nærværende afhandling betegnes artikel 29-gruppen ikke som databeskyttelsesrådet, når retningslinjer og eksempler herfra inddrages).

Wisborgs opfattelse af artikel 29-gruppens eksempel synes imidlertid at overse den kontekst eksemplet er placeret i. Eksemplet er som følger: ”Pålæggelse af hastighedsbøder, der udelukkende er baseret på dokumentation fra hastighedskameraer, er en automatisk afgørelse, som ikke nødvendigvis indebærer profilering.”<sup>98</sup> Eksemplet er placeret i forbindelse med Artikel 29-gruppens definition af automatiske afgørelser, og

---

<sup>94</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 364.

<sup>95</sup> Se Udsen: IT-ret, 2021, s. 364, med henvisning til: Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 71, Justitsministeriets betænkning nr. 1565/20187, og Datatilsynets retningslinjer om den registreredes rettigheder, omtalt i Wisborg: Fulldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 128 *petit*.

<sup>96</sup> Wisborg: Fulldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 128 *petit*, med henvisning til: Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 8.

<sup>97</sup> Wisborg: Fulldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 128 *petit*.

<sup>98</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 8.

illustrerer forskellen mellem en automatisk afgørelse uden profilering (det nævnte eksempel) og en afgørelse baseret på profilering. Artikel 29-gruppen fremhæver, at ovenstående eksempel omvendt vil være en afgørelse baseret på profilering: "[...]hvis den enkeltes kørselsvaner overvåges over tid, og størrelsen af den bøde, der pålægges, f.eks. er resultatet af en vurdering, der involverer andre faktorer[...]"<sup>99</sup> Det er således næppe korrekt at læse ovenstående eksempler, som udtryk for at Databeskyttelsesrådet anser afgørelser, der ikke er baseret på evaluering af personoplysninger, som omfattet af art. 22(1). Det støttes yderligere af, at det i umiddelbar forlængelse af ovenstående eksempler fremhæves, at "Afgørelser, der ikke alene er baseret på automatisk behandling, kan også omfatte profilering. Inden der ydes pant i fast ejendom, kan en bank f.eks. vurdere låntagerens kreditscore som en yderligere meningsfuld indgriben, inden der træffes en afgørelse om den pågældende."<sup>100</sup> Sidstnævnte er næppe udtryk for, at Databeskyttelsesrådet opfatter afgørelser truffet med menneskelig deltagelse, som omfattet af art. 22, blot fordi de omtaler eksemplet i deres retningslinjer. Artikel 29-gruppens eksempler er i denne sammenhæng alene illustrative for den definitions-mæssige afgrænsning mellem "automatiske afgørelser" og "profilering".

På trods af, at profilering er kendetegnet ved, at der sker en evaluering af personlige forhold, jf. art. 4(4), så indebærer en evaluering af personlige forhold ikke nødvendigvis at der sker profilering. Præambelbetragtning 71 synes korrekt nok at antyde at "det er evalueringen af personlige forhold, som omfattes af art. 22",<sup>101</sup> men kan omvendt forstås sådan, at det ikke er et krav at der sker evaluering, men blot, at bestemmelsen også omfatter afgørelser, "der *kan* omfatte en foranstaltning, som evaluerer personlige forhold vedrørende vedkommende" (vores fremhævelse). Som kort behandlet ovenfor i forbindelse med profilering, vil art. 22 praktisk talt omfatte stort set alle automatiske afgørelser, hvis der ikke stilles krav om en eller anden form for evaluering af personlige forhold, men dertil skal erindres, at art. 22 stiller krav om, at afgørelsen har en vis væsentlighed, hvilket begrænser rækkevidden betragteligt. Når det i betænkning 1565/2017 således lægges til grund, at art. 22 ikke omfatter den situation, hvor en person ikke kan hæve et beløb i en hæveautomat som resultat af manglende beløbsdækning, fordi

---

<sup>99</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 8.

<sup>100</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 9.

<sup>101</sup> Udsen, IT-ret, 2021, s. 365.

der ikke sker evaluering af personlige forhold vedrørende vedkommende, så er det delvist korrekt. Det skyldes dog næppe, at der ikke sker en evaluering af personlige forhold, men i højere grad, at afgørelsen ikke opfylder ”væsentlighedskravet” i art. 22(1). Fuldautomatiserede afgørelser som omhandlet i art. 22(1) vil forudsætningsvis altid være baseret på en eller anden form for behandling af personoplysninger for overhovedet at falde under forordningens anvendelsesområde, og i den forbindelse kan det hævdes, at det ikke er i overensstemmelse med forordningens høje beskyttelsesniveau, hvis en fuldautomatiseret afgørelse, som har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den registrerede, ikke er omfattet af art. 22(1), blot fordi der ikke sker en decideret evaluering af personlige forhold.<sup>102</sup>

#### **3.2.4. Sammenfatning – Bestemmelsens anvendelsesområde**

Sammenfattende lægges til grund, at afgørelsesbegrebet i art. 22(1) skal fortolkes bredt, både med hensyn til afgørelsen (*handlingens*) art, men også angående de konsekvenser afgørelsen har, der ikke begrænses til juridiske konsekvenser. Art. 22 finder anvendelse på afgørelser, der er baseret på automatisk behandling med eller uden profilering, og den automatiske behandling kan omfatte en foranstaltning, der evaluerer den registreredes personlige forhold, men det antages i denne afhandling, at det ikke er et krav. De afgørende kriterier for bestemmelsens anvendelse er, at afgørelsen er truffet uden nogen form for (faktisk) menneskelig indgriben og at afgørelsen har - negativ eller positiv - retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den registrerede (*væsentlighed*). Art. 22 har som udgangspunkt et bredt anvendelsesområde, og finder i princippet anvendelse i mange sammenhænge, men kriterierne om fuldautomatisering og væsentlighed indebærer, at bestemmelsens praktiske anvendelsesområde begrænses betragteligt.

#### **3.3. Undtagelserne i art. 22(2)**

Art. 22(1) finder ikke anvendelse, hvis en af undtagelserne i art. 22(2) foreligger. Navnlig, når fuldautomatiserede afgørelser er nødvendige for at indgå eller opfylde en kontrakt, når afgørelserne er hjemlet i EU-ret eller national ret, eller når afgørelserne er baseret på samtykke. Art. 22(2)(a) (*kontrakt*) og 22(2)(c) (*samtykke*) forudsætter, at den dataansvarlige gennemfører passende foranstaltninger, jf. art. 22(3). Art. 22(2)(b)

---

<sup>102</sup> Se afsnit 2.1 ovenfor om formål.

(lovhjemmel) er ikke omfattet af art. 22(3), men bestemmelsen indeholder et selvstændigt krav om, at den nationale lov fastsætter passende foranstaltninger. Der er således et samspil mellem undtagelserne i art. 22(2) og kravet om *passende foranstaltninger*, men inddragelsen af art. 22(3) er adskilt til selvstændig behandling efter nærværende afsnit. Nedenfor behandles de enkelte undtagelsesbestemmelser, med henblik på, at afklare deres indhold og betydning til brug for resten af afhandlingens analyse, og samtidig afklare det samlede omfang af undtagelsesadgangen i art. 22(2).

### 3.3.1. Fuldautomatiserede afgørelser i kontraktforhold

I medfør af Art. 22(2)(a), finder art. 22(1) ikke anvendelse, hvis anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser er *nødvendig* for at indgå eller opfylde en kontrakt. Det følger derfor at bestemmelsen indeholder et nødvendighedskriterie, hvilket ikke er uddybet yderligere i hverken forordningens forarbejder eller præambelbetragtninger.<sup>103</sup> En streng fortolkning af nødvendighedskriteriet vil resultere i at art. 22(2)(a) bliver uanvendelig, da man vanskeligt kan forestille sig en situation, hvor fuldautomatiseret behandling er decideret nødvendig i begrebets snævrere forstand.<sup>104</sup> Art. 22(2)(a) må derimod antages at finde anvendelse selv i de tilfælde, hvor fuldautomatiserede afgørelser ikke er den eneste måde, hvorpå en kontrakt kan indgås eller opfyldes, men hvor manuel behandling vil være uforholdsmæssigt tidskrævende grundet omfanget af afgørelsesvirksomheden, hvilket kan være tilfældet ved et omfattende antal jobansøgere til et stillingsopslag (indgåelse af en kontrakt),<sup>105</sup> eller ”såfremt den dataansvarlige ellers skal bruge betydelige ressourcer på manuel behandling for at yde den registrerede ydelsen.”<sup>106</sup> (opfyldelse af en kontrakt). Bestemmelsen er således udtryk for, at ressourcemæssige hensyn kan være af betydning. Det vil under alle omstændigheder bero på en konkret vurdering om fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed er nødvendig,<sup>107</sup> og undtagelsen må forventes at spille en større rolle i den private sektor end den offentlige,

---

<sup>103</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 92.

<sup>104</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 92; Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 536.

<sup>105</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 366.

<sup>106</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 379.

<sup>107</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 366.

da offentlige myndigheders anvendelse af fuldautomatiserede afgørelser som udgangspunkt vil være baseret på national lovhjemmel, jf. nedenfor.<sup>108</sup>

### **3.3.2. Fuldautomatiserede afgørelser med lovhjemmel**

Art. 22(1) finder ikke anvendelse, når der foreligger hjemmel i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret til at træffe afgørelse alene baseret på automatisk behandling, jf. art. 22(2)(b). Bestemmelsen giver derfor de enkelte medlemsstater et råderum og et skøn vedrørende anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser. I forordningens præambel 71 fremhæves ”overvågning og forebyggelse af svig og skatteunddragelse [...] og for at garantere sikkerheden og pålideligheden af en tjeneste, der ydes af den dataansvarlige” som eksempler, hvilket illustrerer, at art. 22(2)(b) ikke alene omhandler lovhjemmel for offentlige myndigheder, men også giver adgang til at fastsætte lovhjemmel med henblik på fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed i den private sektor. Uagtet må bestemmelsen forventes at have størst betydning i tilknytning til den offentlige digitale forvaltning.<sup>109</sup> Det antages, at det ikke er et krav, at den nationale lov udtrykkeligt angiver, at der er hjemmel til at træffe fuldautomatiserede afgørelser, men at det er tilstrækkeligt, at det i øvrigt fremgår af national ret, at en afgørelse kan træffes automatisk.<sup>110</sup> Bestemmelsen må antages at indeholde en bred undtagelsesadgang til art. 22(1), og det antages, at den brede adgang i art. 22(2)(b) resulterer i, at et eventuelt forbud i art. 22(1) har begrænset betydning for offentlige myndigheder.<sup>111</sup>

Art. 22(2)(b) indeholder krav om, at den nationale lovhjemmel ”fastsætter passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser”. Modsat kravet til passende foranstaltninger i art. 22(3), der præciserer en række mindsterettigheder (nærmere behandlet nedenfor), så giver kravet i art. 22(2)(b) medlemsstaterne et større skøn til den nærmere fastlæggelse af foranstaltningernes indhold, da kravet til passende foranstaltninger” i bestemmelsen er

---

<sup>108</sup> Se nærmere herom Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 166f.

<sup>109</sup> Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 139.

<sup>110</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 380, omtalt i Udsen: IT-ret, 2021, s. 367, samme: Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 580.

<sup>111</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 580; Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 380.

formuleret mere generelt.<sup>112</sup> Det antages, at være en passende foranstaltning, hvis den registrerede har adgang til at påklage den fuldautomatiserede afgørelse, og hvor behandlingen hos rekursmyndigheden indebærer menneskelig behandling.<sup>113</sup>

### 3.3.3. Fuldautomatiserede afgørelser baseret på samtykke

Art. 22(1) finder ikke anvendelse, hvis afgørelsen er baseret på den registreredes udtrykkelige samtykke, jf. art. 22(2)(c). Hvad der udgør et udtrykkeligt samtykke i art. 22(2)(c) må antages at være sammenfaldende med forordningens øvrige bestemmelser om samtykke, herunder det *udtrykkelige samtykke* i art. 9(2)(a), de generelle betingelser i art. 7<sup>114</sup>, og definitionen af samtykke i art. 4(11).<sup>115</sup> Art. 4(11) definerer samtykke som:

”enhver frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse fra den registrerede, hvorved den registrerede ved erklæring eller klar bekræftelse indvilliger i, at personoplysninger, der vedrører den pågældende, gøres til genstand for behandling”

Samtykket efter art. 22(2)(c) skal derfor være udtrykkeligt, informeret og frivilligt. Krav om *udtrykkeligt* samtykke indebærer formentlig, at der ikke må være tvivl om, at den registrerede har givet samtykke til at blive genstand for en fuldautomatiseret afgørelse.<sup>116</sup> Et samtykke er *informeret*, når den registrerede i tilstrækkelig grad, er informeret om det, han/hun giver sit samtykke til. Kravet har en sammenhæng med

---

<sup>112</sup> Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 537; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 205.

<sup>113</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 580; Udsen: IT-ret, 2021, s. 367.

<sup>114</sup> Samme opfattelse kan spores i Europa-Kommissionens forslag (COM(2012) 11 final) til art. 20(2)(c), (nuværende art. 22(2)(c)): ”er baseret på den registreredes samtykke *med forbehold af bestemmelserne i artikel 7[...]*” (vores fremhævelse).

<sup>115</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 580; Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 384, i samme retning Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 94, Modsæt Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155, note 82.

<sup>116</sup> Se Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 427, om *udtrykkeligt samtykke* i forhold til databeskyttelsesforordningen, art. 9(2)(a).



gennemsigtighedsprincippet i art. 5(1)(a), og til den dataansvarliges oplysningspligt i art. 13 og 14.<sup>117</sup> Art. 7(4) uddyber, hvornår et samtykke er frivilligt:<sup>118</sup>

”Ved vurdering af, om samtykke er givet frit, tages der størst muligt hensyn til, bl.a. om opfyldelse af en kontrakt, herunder om en tjenesteydelse, er gjort betinget af samtykke til behandling af personoplysninger, som ikke er nødvendig for opfyldelse af denne kontrakt.”

Det antages, at kravet om frivilligt samtykke indebærer, at hvis en ydelse eller kontrakt er gjort betinget af, at den registrerede giver sit samtykke i medfør af art. 22(2)(c), så skal anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser være nødvendig for indgåelse af kontrakten eller levering af ydelsen.<sup>119</sup> Det fremgår af præambelbetragtning 42 *in fine*, at et samtykke ikke bør anses som frivilligt, ”hvis den registrerede ikke har et reelt eller frit valg eller ikke kan afvise eller tilbagetrække sit samtykke, uden at det er til skade for den pågældende.” Et vilkår om, at der skal være en vis nødvendighed forbundet med anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser i de tilfælde, hvor samtykket er en forudsætning for kontrakten eller ydelsen, begrænser undtagelsesadgangen i art. 22(2)(c) en anelse. I den forbindelse må vurderingen af, hvorvidt fuldautomatiserede afgørelser er *nødvendige* i tilknytning til art. 22(2)(c), dog antages at kunne begrundes i de samme resursemæssige hensyn, som tilfældet er for undtagelsesadgangen i art. 22(2)(a).<sup>120</sup> Endeligt skal bemærkes, at den registreredes ret til at trække sit samtykke tilbage ”til enhver tid”, jf. art. 7(3), også må gælde for et den registreredes samtykke i medfør art. 22(2)(c).

### 3.3.4. Opsamling på undtagelsesadgangen

I forlængelse af ovenstående, kan det lægges til grund, at der er en ganske vid adgang til at anvende fuldautomatiserede afgørelsesvirksomhed, uagtet om art. 22(1) indeholder et forbud. Det skyldes dels adgangen til at anvende fuldautomatiserede afgørelser baseret

---

<sup>117</sup> Bygrave & Tosoni: Article 4(11) Consent, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 184.

<sup>118</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 413.

<sup>119</sup> Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 537, I samme retning, men generelt om frivilligt samtykke, se Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 413.

<sup>120</sup> Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 95.

på den registreredes samtykke efter art. 22(2)(c), men umiddelbart også kontraktundtagelsen i art. 22(2)(a), alt afhængigt af, hvor strengt ”nødvendighedskriteriet” fortolkes. Af særlig stor betydning er adgangen til at vedtage national lovgivning, der giver medlemsstaterne et stort råderum både med hensyn til omfanget af fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed, men også med hensyn til den nærmere fastlæggelse af de passende foranstaltninger.

### 3.4. Passende foranstaltninger

For så vidt angår art. 22(2)(a) og 22(2)(c), skal den dataansvarlige i medfør af art. 22(3) gennemføre passende foranstaltninger til at beskytte den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser. Som nævnt ovenfor, er art. 22(2)(b) ikke omfattet af art. 22(3), hvilket formentlig kan forklares med, at art. 22(2)(b) er udtryk for et suverænitetshensyn, hvorfor bestemmelsen overlader det til medlemsstaterne at fastsætte de nærmere grænser for, hvad der udgør passende foranstaltninger.<sup>121</sup> De passende foranstaltninger i art. 22(3) skal som minimum sikre den registreredes ret til i) menneskelig indgriben, ii) at fremkomme med sine synspunkter, og iii) at bestride afgørelsen.<sup>122</sup> Hvilket også kan betegnes således, at art. 22(3) indeholder en række mindsterrettigheder.<sup>123</sup> Retten til menneskelig indgriben er et centralt element i beskyttelsen af den registrerede og forudsætter at den person, der foretager kontrollen, både har fornøden *kompetence* til, og *mulighed* for at ændre afgørelsen,<sup>124</sup> men indebærer ikke nødvendigvis at afgørelsen ændres.<sup>125</sup> Rettighederne skal formentlig ses i sammenhæng med selve afgørelsen, og udøves efter afgørelsen er truffet.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 206.

<sup>122</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(3).

<sup>123</sup> Se hertil Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36. ”Der er en aktiv ret i artikel 22, men den er en del af de garantier, der skal anvendes i de tilfælde, hvor automatiske afgørelser er tilladt”.

<sup>124</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 28.

<sup>125</sup> Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 139.

<sup>126</sup> Se Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 29 f.

Oplistningen i art. 22(3) er ikke udtømmende, jf. formuleringen ”i det mindste”, men det er uklart, hvilke rettigheder -foruden de oplyste mindsterettigheder- art. 22(3) indeholder.<sup>127</sup> Det fremgår af præambelbetragtning 71, at:

”En sådan behandling bør under alle omstændigheder 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.”

Det kan udledes af betragtningen, at foruden de i art. 22(3) udtrykkelige mindsterettigheder, *kan* kravet om passende foranstaltninger tillige indebærer en ret til specifik underretning og en ret til at få en forklaring, men spørgsmålet er omdiskuteret.<sup>128</sup> Det er dog ikke sikkert, at hensigten er at etablere en særskilt ret til specifik underretning, men at retten til særskilt underretning derimod er indeholdt i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), der indeholder den dataansvarliges oplysningspligt ved forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser.<sup>129</sup> For så vidt angår *retten til at få en forklaring* vil spørgsmålet ikke blive behandlet yderligere i nærværende afsnit, men spørgsmålet bliver kortvarigt berørt nedenfor i afsnit 6.3.1. I forlængelse af ovenstående kan det dog lægges til grund, at uanset hvad indholdet af retten til ikke at være genstand for en afgørelse i art. 22(1) er udtryk for, så indebærer kravet til passende foranstaltninger i art. 22(2)(b) og art. 22(3), at art. 22 indeholder aktive rettigheder.

### **3.5. Fuldautomatiserede afgørelser baseret på følsomme oplysninger**

Efter art. 22(4) er det kun tilladt at basere fuldautomatiserede afgørelser som omhandlet i art. 22(2), hvis behandlingen enten er baseret på den registreredes udtrykkelige samtykke, jf. art. 9(2)(a), eller behandlingen er nødvendig af hensyn til væsentlige samfundsinteresser, jf. art. 9(2)(g). Det udtrykkelige samtykke, må forstås på samme måde som samtykket i art. 22(2)(c). Art. 22(4) indeholder ligesom art. 22(2)(b) og 22(3)

---

<sup>127</sup> Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 538

<sup>128</sup> Se blandt andet: Wachter, Mittelstadt & Floridi: Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law, Vol. 7/2, 2017, s. 79f.; Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, International Journal of Law and Information Technology, vol. 27/2, 2019, s. 115.

<sup>129</sup> Modsat: Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 221f.

krav om, at der indføres ”passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser.” Foruden nærværende præsentation, bliver bestemmelsen ikke behandlet yderligere i dette afsnit, men bestemmelsen inddrages løbende i analysen, når det er relevant.

### 3.6. Præambelbetragtning 71: ”bør dog være tilladt”

Som præsenteret oven for, tillægges retsakters præambelbetragtninger høj retskildeværdi.<sup>130</sup> Forordningens præambelbetragtning 71 er knyttet til art. 22(1), og kan derfor bidrage til fortolkningen af bestemmelsen. Spørgsmålet bliver derfor, i hvilken grad betragtning 71 kan belyse indholdet af art. 22(1). I den henseende har Artikel 29-gruppen udtalt, at en fortolkning af art. 22 som en forbudsbestemmelse finder støtte i præambelbetragtning 71, der angiver at ”Afgørelser baseret på en sådan behandling, herunder profilering, *bør dog være tilladt*, når EU-ret eller medlemsstaternes nationale ret [...] udtrykkelig tillader det [...], eller hvis det er nødvendigt for indgåelse eller opfyldelse af en kontrakt [...] eller når den registrerede har givet sit udtrykkelige samtykke.”<sup>131</sup> (vores fremhævelse). Artikel 29-gruppen antager, at formuleringen indebærer, at fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(1) som udgangspunkt ikke er tilladt, medmindre en af undtagelserne i art. 22(2) finder anvendelse.<sup>132</sup>

Artikel 29-gruppens opfattelse er blevet imødegået med udgangspunkt i en fortolkning af den tilsvarende formulering i den engelske sprogversion af præambelbetragtning 71: ”should be allowed”. Hertil er hævdet, at denne formulering ofte anvendes i forordningen med det formål at illustrere ikke udtømmende eksempler på tilladt adfærd, og derimod ikke udtømmende angivelser af samme.<sup>133</sup> Det fremhæves, at formuleringen blandt andet fremgår af præambelbetragtning 33: “[...]data subjects *should be allowed* to give their consent to certain areas of scientific research”(vores fremhævelse), hvortil bemærkes, at det følgelig ikke indebærer, at den registrerede *kun* må give sit samtykke i dette

---

<sup>130</sup> Blume: Databeskyttelsesret, 2018, s. 61.

<sup>131</sup> Databeskyttelsesforordningen, Præambelbetragtning 71.

<sup>132</sup> Samme Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 21.

<sup>133</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 154.

tilfælde.<sup>134</sup> På baggrund af dette argumenteres der for, at den tilsvarende formulering i præambelbetragtning 71 ikke nødvendigvis betyder, at art. 22(1) indeholder et forbud.<sup>135</sup>

Formuleringen i præambelbetragtning 71 ”bør dog være tilladt” (SV: ”bör dock tillåtas”) forekommer dog ikke – modsat den engelske sprogversion - i den danske eller svenske sprogversion af præambelbetragtning 33. I stedet anvendes den mere præcise formulering: ”bør derfor kunne give deres samtykke” (SV: ”Därför bör registrerade kunna ge sitt samtycke”). Hvilket blot præciserer, at der er *mulighed* for at give samtykke i det tilfælde.<sup>136</sup> For så vidt angår betragtning 33, er der ingen lighed mellem formuleringen i henholdsvis præambelbetragtning 71 og 33 i den danske og svenske sprogversion. Formuleringen ”should be allowed” anvendes flere steder i den engelske version af forordningens præambel, og har derfor en bredere og mindre præcis betydning.<sup>137</sup> Modsat er den danske formulering ”bør dog være tilladt” ikke gengivet i dens helhed andre steder i forordningens præambel. Men det er vendingen ”bør dog”.

I præambelbetragtning 65 indgår formuleringen ”bør dog være lovlige” (SV: ”bör dock vara laglig”, EN: ”should be lawful”) i relation til retten til sletning i forordningens art. 17, hvortil angives, at ”Yderligere opbevaring af personoplysninger bør dog være lovlige, hvis det er nødvendigt [...]”, hvorefter betragtningen gengiver samtlige af de undtagelser, der fremgår af art. 17(3). Det er muligt, at begreberne ”tilladt” og ”lovlige” indebærer, at eksemplerne i betragtning 65 og betragtning 71 ikke er sammenlignelige, men i nærværende afhandling antages det, at formuleringen af, at noget bør være ”tilladt” eller bør være ”lovlige”, ikke skal tillægges forskellig betydning i denne henseende. Det finder støtte i, at formuleringen ”bør kun tillades” anvendes i præambel 71 i tilknytning til forbuddet mod fuldautomatiserede afgørelser baseret på følsomme oplysninger i art. 22(4) (SV: ”bör endast tillåtas”, EN: ”should be allowed only”). I denne konkrete sammenhæng kan begreberne ”tilladt” og ”lovlige” antages at være udtryk for samme meningsindhold. Til illustration for dette kan begreberne udskiftes, uden at ændre ved

---

<sup>134</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 154.

<sup>135</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 154.

<sup>136</sup> Anderledes Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 154.

<sup>137</sup> Se databeskyttelsesforordningen, præambelbetragtning 10, 33, 50, 53 og 71.

betydningen: Det er kun *lovligt* at basere fuldautomatiserede afgørelser på følsomme oplysninger, hvis betingelserne i art. 22(4), jf. art. 9(1)(a) eller 9(1)(g) er opfyldt, og det er *tilladt* at bevare personoplysninger i det omfang, at en af undtagelserne i art. 17(3) foreligger. Det antyder, at vendingen ”bør dog” hovedsageligt anvendes i forbindelse med udtømmende angivelser af tilladt adfærd.

Der er argumenteret for, at begrebet ”kun” i formuleringen ”bør *kun* tillades”, som illustreret i præambelbetragtning 71 i tilknytning til art. 22(4), indebærer en indholdsmæssig forskel fra formuleringen ”bør dog være tilladt” i tilknytning til art. 22(1), da begrebet ”kun” illustrerer at X kun er tilladt hvis Y, hvor sidstnævnte illustrerer at X kan være tilladt, hvis Y, og dermed er en eksemplificering.<sup>138</sup> Det kan ikke afvises, men argumentet står i kontrast til fraværet af begreberne ”*kun/only*” i formuleringen ”bør dog være lovlige” (EN: ”should be lawful”) i præambelbetragtning 65, der som ovenfor behandlet ikke skal anses som eksempler på tilladt adfærd.

Formuleringen ”bør dog være tilladt” i præambelbetragtning 71, set i lyset af lignende formuleringer andre steder i forordningens præambel, synes i højere grad at indikerer at art. 22(1) bør fortolkes som et forbud end en indsigelsesret. Det skal dog erindres, at præambelbetragtninger ikke er bindende, og alene kan udgøre fortolkningsbidrag, herunder at en anden mening muligvis kan fremgå af forordningens øvrige sprogversioner. I nærværende tilfælde, er indholdet i præambelbetragtning 71 derfor ikke entydigt nok til at være af afgørende betydning.

---

<sup>138</sup> Se Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 154, note 76. Hertil skal bemærkes, at Tosoni behandler begrebet ”only” i relation til formuleringen ”should be allowed only”.

## 4. Art. 22 - Bestemmelsens iboende logik og sammenhæng

---

Med afsæt i ovenstående afklaring af art. 22 og dens enkelte bestemmelser, er det nødvendigt at undersøge, hvordan en fortolkning af art. 22(1) som et forbud eller en indsigelsesret interagerer og harmonerer med bestemmelsen som helhed. I den henseende har Artikel 29-gruppen i deres retningslinjer for automatiske afgørelser fremsat en række argumenter for, at en indsigelsesret i art. 22(1) er i konflikt med en række øvrige bestemmelser i art. 22.<sup>139</sup> Artikel 29-gruppens argumentation er sidenhen blevet imødegået i den juridiske litteratur.<sup>140</sup> Som nærmere behandlet nedenfor, udspringer uenigheden af den måde en indsigelsesret i art. 22(1) defineres. Nærværende afsnit har derfor to formål. For det første at undersøge, på hvilken måde bestemmelsens iboende logik og sammenhæng kan bidrage til fortolkningen af art. 22(1), og for det andet at behandle den nærmere afgrænsning og definering af indsigelsesretten. Afsnittet indledes derfor med en behandling af, hvorvidt art. 22(1) regulerer den *behandling*, der fører til den fuldautomatiserede afgørelser eller den disposition, der træffes på grundlag af behandlingen (selve afgørelsen), da det er af betydning for, hvorvidt indsigelsesretten skal opfattes som en forudgående eller en efterfølgende indsigelsesret. Derefter analyseres forholdet mellem de enkelte bestemmelser i art. 22.

### 4.1. Regulerer art. 22(1) behandlingen eller selve afgørelsen?

Behandlingen tager sit afsæt i en vurdering af, hvorvidt art. 22 regulerer den databehandling, der fører til den fuldautomatiserede afgørelse, eller omvendt selve afgørelsen forstået som den disposition, der træffes på grundlag af databehandlingen. Det antages at art. 22 i et eller andet omfang regulerer en form for afgørelse,<sup>141</sup> men den nærmere betydning det har for bestemmelsens anvendelse, er uklar.

---

<sup>139</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37.

<sup>140</sup> Se nærmere herom Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 154f; Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 189f.

<sup>141</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 62; Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 153; Udsen: IT-ret, 2021, s. 363; tilsvarende om persondatadirektivets, art. 15, se Bygrave: Automated Profiling – Minding the Machine: article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling, *Computer Law & Security Review*, Vol. 17/1, 2001, s. 17; Bygrave: Minding the

Der er forskellige opfattelser knyttet til sondringen mellem og forståelsen af begreberne *afgørelse* og *behandling* i kontekst af art. 22, samt den betydning spørgsmålet har for indholdet i art. 22(1). Indledningsvis skal det bemærkes, at spørgsmålet ikke er af synderlig praktisk betydning, hvis art. 22(1) fortolkes som en forbudsbestemmelse, hvilket formentlig forklarer, hvorfor spørgsmålet indtil nu har fået begrænset opmærksomhed i litteraturen.<sup>142</sup> I tilknytning til art. 22, er det ikke afgørende, om det er selve afgørelsen eller den behandling, der fører til afgørelsen, som er forbudt. Begge opfattelser fører til, at fuldautomatiserede afgørelser ikke kan træffes efter art. 22(1). Indeholder art. 22(1) et forbud, er sondringen derfor unødvendig for så vidt angår en fortolkning af beskyttelsen i art. 22(1). Sondringen er derimod relevant med henblik på at fortolke art. 22(1) som en indsigelsesret. Hvis art. 22(1) regulerer selve afgørelsen, og ikke alene den proces, der fører til afgørelsen, så adskiller en indsigelsesret i art. 22(1) sig i langt højere grad fra indsigelsesretten i art. 21(1) i både form og karakter, men af større betydning, så vil en indsigelsesret harmonere bedre med resten af art. 22, da den i så fald kan opfattes som en *efterfølgende* indsigelsesret mod en disposition.

#### 4.1.1. De forskellige opfattelser

Den gængse tilgang er, at der ikke tages direkte stilling til spørgsmålet. Det kan forklares med ovenstående om, at det formentlig ingen større praktisk betydning har ved en forbudsfortolkning, hvorvidt art. 22(1) regulerer selve afgørelsen, eller behandlingen der fører til afgørelsen, da en afgørelse i bestemmelsens forstand alligevel altid vil være baseret på en behandling af personoplysninger. Denne opfattelse kan spores i artikel 29-gruppens retningslinjer om automatisk behandling, hvor en fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret afvises med den begrundelse, at det vil gøre samtykkeundtagelsen i art. 22(2)(c) meningsløs, da den registrerede, ikke kan gøre indsigelse mod og give samtykke til samme *behandling*.<sup>143</sup> Udsen udtrykker formentlig en tilsvarende opfattelse ved at påpege: ”Hvis den *automatiserede afgørelsesvirksomhed kunne udøves*, indtil den registrerede gør indsigelse, var der næppe behov for en undtagelse i tilfælde af den

---

Machine v2.0, I Yeung & Lodge (red.): Algorithmic Regulation, 2019, s. 249, anderledes Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 193.  
<sup>142</sup> Spørgsmålet er behandlet i Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 161; og Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 153f.

<sup>143</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37.



registreredes samtykke.”<sup>144</sup> (vores fremhævelse). Blume betegner ligeledes et eventuelt forbud i art. 22(1) som et forbud mod ”en bestemt form for persondatabehandling”.<sup>145</sup> Denne opfattelse, kan som nævnt ovenfor, formentlig forklares med den manglende betydning sondringen har, hvis art. 22(1) fortolkes som et forbud.

Ifølge en anden opfattelse er spørgsmålet derimod af afgørende betydning. Her antages, at art. 22(1) regulerer afgørelser, men derimod i mindre grad selve den behandling, der fører til afgørelsen. Behandlingen der fører til afgørelsen, er i stedet reguleret af forordningens øvrige regler om behandling af personoplysninger. Tosoni baserer en række af sine argumenter på denne opfattelse ved sin fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret, hvorefter art. 22(1) regulerer afgørelsens bindende virkning. Den dataansvarlige har herefter adgang til at træffe fuldautomatiserede afgørelser, men den registrerede kan ved at gøre indsigelse mod afgørelsen, undgå at være bundet af den.<sup>146</sup> Tosoni støtter opfattelsen på, at afgørelsen i bestemmelsens forstand, ikke er omfattet af forordningens definition af behandling i art. 4(2), hvilket primært begrundes med, at det fremgår af art. 4(2), at behandlingen omfatter en aktivitet der *udføres* på personoplysninger, og ikke *udfalder* af aktiviteten.<sup>147</sup>

Som reaktion på Tosonis argumentation, har Wisborg hævdet, at art. 22(1) ”kan anses for at regulere måden, afgørelser træffes på - altså ikke selve afgørelsen eller anvendelsen af denne, men den proces, der leder til afgørelsen”.<sup>148</sup> Opfattelsen imødegår Tosonis forståelse af spørgsmålet, og er baseret på den præmis, at for så vidt en afgørelse som omhandlet i art. 22(1) ikke er omfattet af definitionen af behandling i art. 4(2), så falder den fuldautomatiserede afgørelse uden for forordningens materielle anvendelsesområde. Som konsekvens heraf, kan en fortolkning af art. 22(1) ikke føre til, at bestemmelsen alene regulerer en afgørelse og ikke en behandling. Opfattelsen stemmer bedst overens med forordningens materielle anvendelsesområde, der omfatter behandling af personoplysninger, der helt eller delvis foretages ved hjælp af automatisk databehandling,

---

<sup>144</sup> Udsen, IT-ret, 2021, s. 366.

<sup>145</sup> Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 138.

<sup>146</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 153.

<sup>147</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 4(2): “gøres til genstand for”, (EN: “performed on”) behandlet i Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 153.

<sup>148</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 161.

jf. art. 2(1).<sup>149</sup> Denne opfattelse er dog muligvis for snæver og baseret på en for stringent fortolkning af behandlingsbegrebet, uden hensyntagen til forordningens overordnede formål og dynamiske karakter.

#### 4.1.2. Dispositioner baseret på personoplysninger

Med afsæt i ovenstående forskelligartede opfattelser af reguleringens natur i art. 22, skal det indledningsvis bemærkes, at definitionen i art. 4(2) kan antyde, at afgørelser ikke er omfattet af forordningens behandlingsdefinition.<sup>150</sup> I samme retning udtalte generaladvokat Sharpston i Forslag til afgørelse i de forenede sager C-141/12 og C-372/12, *YS m.fl.*, at en juridisk analyse ikke er omfattet af definitionen ”behandling”, selvom der anvendes personoplysninger til brug herfor.<sup>151</sup>

Det kan hævdes, at definitionen i art. 4(2), der omfatter ”Enhver [...] række af aktiviteter” indebærer at nogle dispositioner, der foretages i relation til en behandling af personoplysninger, tillige fanges af forordningens materielle anvendelsesområde, hvis en disposition baseret på personoplysninger indgår i en række af aktiviteter, hvoraf en af disse aktiviteter er omfattet af definitionen i art. 4(2).<sup>152</sup> Over for dette kan modsat hævdes, at formuleringen ”Enhver [...] række af aktiviteter” blot præciserer, at flere enkelte behandlinger, der hver især er omfattet af definitionen i art. 4(2) tillige er omfattet når de indgår som delkomponenter i en samlet behandling. Denne forståelse synes imidlertid at gøre formuleringen overflødig, da disse behandlinger allerede er omfattet af definitionen individuelt. Når det tages i betragtning, at art. 4(2) antages at skulle fortolkes på en måde, der er i overensstemmelse med det høje beskyttelsesniveau forordningen etablerer, så kan det hævdes, at det stemmer bedst overens med forordningens generelle

---

<sup>149</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 161.

<sup>150</sup> I samme retning Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 153.

<sup>151</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsat den 12. december 2013 i de forenede sager C-141/12 og C-372/12, *YS m.fl.*, punkt 62-65. Som fremhævet af Tosoni i: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 153, note 68, så tog EU-Domstolen dog ikke stilling til Sharpstons synspunkt, men lagde til grund at en juridisk analyse ikke er personoplysninger, jf. de forenede sager C-141/12 og C-372/12, *YS m.fl.*, præmis 48.

<sup>152</sup> Anderledes Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 259.

formål at fortolke art. 4(2) på en måde, der også fanger afgørelser efter art. 22.<sup>153</sup> Det flugter også med opfattelsen af, at behandlingsbegrebet i art. 4(2) er formuleret så bredt, at det er vanskeligt at forestille sig at nogen handling relateret til en personoplysning falder uden for forordningen, med undtagelse af forhold af helt bagatelagtig grad.<sup>154</sup>

Omvendt er det muligvis ikke nødvendigt at forsøge at indpasse afgørelsesbegrebet i definitionen af behandling i art. 4(2). På trods af, at forordningens materielle anvendelsesområde omfatter behandlingen af personoplysninger, og afgørelser baseret på personoplysninger muligvis ikke er omfattet af selve definitionen i art. 4(2), så er formålet med forordningen mere generelt at fastsætte regler om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger. Formålsangivelsen sammenholdt definitionen af behandling i art. 4(2) er formentlig ikke til hinder for, at art. 22(1) både regulerer den behandling der fører til afgørelsen, og selve afgørelsen. Formålet med forordningen er et højt niveau af beskyttelse, baseret på en række databeskyttelseshensyn.<sup>155</sup> Hertil skal bemærkes, at der også findes andre bestemmelser i forordningen, der tager sigte på de dispositioner, der bliver udøvet med brug af personoplysninger, herunder art. 5(1)(d) og art. 16.<sup>156</sup>

Det kan også hævdes, at bestemmelsen både regulerer *behandlingen* og *afgørelsen*. Afgørelser efter art. 22(1) vil altid være baseret på personoplysninger, og bestemmelsen sætter både grænser for, måden en afgørelse træffes på (er det en algoritme eller en fysisk person, der forestår behandlingen, der fører til afgørelsen) og selve afgørelsen, (har afgørelsen retsvirkninger eller lignende betydelig påvirkning). Det ændrer dog ikke på, at det der får art. 22(1) til at skille sig ud i forhold til resten af forordningen er, at bestemmelsen ikke finder anvendelse, hvis den fuldautomatiserede behandling (herunder profilering) ikke fører til en afgørelse. Det indebærer, at bestemmelsen alene har betydning, hvis behandlingen af personoplysninger resulterer i en bestemt disposition. I

---

<sup>153</sup> Bygrave & Tosoni: Article 4(2) Processing, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 119, med henvisning til databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 9 og 10.

<sup>154</sup> Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 72, i samme retning, Udsen: IT-ret, 2021, s. 293; Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 253; Bygrave & Tosoni: Article 4(2) Processing, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 119.

<sup>155</sup> Se afsnit 2.1. ovenfor.

<sup>156</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 363.

nærværende afhandling lægges det til grund, at art. 22(1) kan opfattes som at regulere både behandlingen, der fører til afgørelsen, men også selve afgørelsen, hvorfor en eventuel indsigelsesret i art. 22(1) potentielt kan vedrøre afgørelsens efterfølgende virkning. Dette danner fundamentet for behandlingen i næste afsnit.

## **4.2. De enkelte bestemmelsers indbyrdes forhold i art. 22.**

I lyset af ovenstående fortolkning af reguleringen i art. 22(1), kan bestemmelsens indre sammenhæng og iboende logik behandles. Behandlingen vedrører de umiddelbare uoverensstemmelser der opstår, når art. 22(1) fortolkes som en indsigelsesret. For det første omhandler det forholdet mellem, og betydningen af, retten til menneskelig indgriben i art. 22(3), overfor den menneskelige indgriben, der er en forudsætning for en indsigelsesret i art. 22(1). For det andet omhandler det forholdet mellem en indsigelsesret i art. 22(1) og samtykke efter art. 22(2)(c).

### **4.2.1 Forholdet mellem art. 22(1) og 22(3) – karakteren af menneskelig indgriben**

Den første uoverensstemmelse kan præsenteres således: Når den registrerede udøver sin indsigelsesret, så skal indsigelsen modtages og vurderes af den dataansvarlige. Det vil således være en forudsætning for at kunne gøre indsigelse efter art. 22(1), at der foreligger menneskelig indgriben fra den dataansvarliges side. Art. 22(1) finder dog ikke anvendelse, hvis en af undtagelserne i art. 22(2) foreligger, hvorfor den registrerede i disse tilfælde ikke har adgang til at gøre indsigelse og få menneskelig indgriben i medfør af art. 22(1).<sup>157</sup> For så vidt angår anvendelsen af art. 22(2)(a) og art. 22(2)(c), så er det en forudsætning, at den dataansvarlige gennemfører passende foranstaltninger efter art. 22(3), herunder den registreredes ret til menneskelig indgriben. Hvis art. 22(1) indeholder et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser, så sikrer retten til menneskelig indgriben i art. 22(3), at på trods af, at den registrerede f.eks. har givet sit udtrykkelige samtykke til den dataansvarliges anvendelse af fuldautomatiserede afgørelser i medfør af art. 22(2)(c), så har den registrerede stadig efterfølgende en ret til at få et fysisk person til at gennemgå og vurdere afgørelsen, herunder alle relevante oplysninger.<sup>158</sup> Hvis art. 22(1) derimod fortolkes som en indsigelsesret, så har den registrerede allerede den ret i medfør af art. 22(1), hvorfor der opstår en konstruktion, hvor den registrerede ved sit samtykke,

---

<sup>157</sup> Se nærmere Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37

<sup>158</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 28.

giver afkald på sin ret til menneskelig indgriben efter art. 22(1), men som i medfør heraf, erstattes med en identisk rettighed efter art. 22(3). En fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret, antages derfor at gøre art. 22(2)(a) og 22(2)(c) meningsløse.<sup>159</sup>

Hertil er der argumenteret for, at den *menneskelige indgriben*, der -som nævnt ovenfor- er en forudsætning for indsigelsesretten i art. 22(1), ikke vedrører en vurdering af selve afgørelsens indhold, men alene består i den dataansvarliges konstatering af, at der er gjort indsigelse, hvilket har som konsekvens, at afgørelsen ikke har nogen virkning for den registrerede, medmindre en af undtagelserne i art. 22(2) finder anvendelse.<sup>160</sup> Er afgørelsen derimod truffet efter en af undtagelserne, så er den registrerede derimod bundet af afgørelsen. Hertil fremhæves, at det ganske givet er mere indgribende end ikke-bindende fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(1), hvorfor der således er behov for en lovfæstet forpligtelse til at gennemføre passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder. Det er derimod ikke nødvendigt for så vidt angår afgørelser efter art. 22(1), da den registrerede, blot ved at gøre indsigelse mod afgørelsens fuldautomatiserede karakter, kan frigøre sig fra afgørelsens bindende virkning. Forskellen mellem menneskelig indgriben efter henholdsvis art. 22(1) og 22(3) er således, at sidstnævnte forudsætter en menneskelig vurdering af afgørelsen. Som Tosoni udtaler herom: "Article 22(1) empowers the data subject to easily and quickly dismiss automated decisions. The right to object to an automated decision and the right to obtain human intervention have thus distinct and autonomous effects."<sup>161</sup>

Ovenstående argumentation åbner op for, at art. 22(1) kan fortolkes som en indsigelsesret uden at det gør undtagelserne i art. 22(2)(a) og art. 22(2)(c) meningsløse. Det kan ikke umiddelbart afvises, at indsigelsesretten skal opfattes således, at en indsigelse efter art.

---

<sup>159</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37; samme Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 87.

<sup>160</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155; samme Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 190.

<sup>161</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155; samme Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 190.

22(1) ikke forudsætter den samme form for menneskelig indgriben, som i øvrigt gør sig gældende efter art. 22(3).

#### **4.2.2. Forholdet mellem art. 22(1) og 22(2)(c) – Indsigelse og samtykke**

I relation til art. 22(2)(c) er bestemmelsen en nyskabelse i forhold til persondatadirektivets art. 15(1), der ikke indeholdt en undtagelsesadgang baseret på den registreredes samtykke. Indsættelsen af art. 22(2)(c) danner baggrund for et af de førende argumenter for en fortolkning af art. 22(1) som et forbud, forklaret med den umiddelbare uoverensstemmelse, der opstår mellem art. 22(1) som en indsigelsesret og samtykkeundtagelsen i art. 22(2)(c).<sup>162</sup> Præmissen kan beskrives således, at hvis art. 22(1) indeholder en indsigelsesret, så gør det art. 22(2)(c) meningsløs, da det indebærer at den registrerede kan gøre indsigelse mod og give samtykke til den samme behandling.

Der er i den forbindelse argumenteret for, at forskellen mellem indsigelsesretten efter art. 22(1) og samtykket efter art. 22(2)(c) alene er af tidsmæssig betydning.<sup>163</sup> Det indebærer, at indsigelsesretten i art. 22(1) kan udøves *efter* den fuldautomatiserede afgørelse er truffet. Er der derimod givet samtykke i medfør af art. 22(2)(c), og er samtykket ikke trukket tilbage inden den fuldautomatiserede afgørelse foreligger, så finder art. 22(1) ikke anvendelse, hvorfor den registrerede, ikke kan udøve sin indsigelsesret efter art. 22(1), men i stedet må acceptere at afgørelsen er truffet på et fuldautomatiseret grundlag, men under hensyntagen til art. 22(3).

Som behandlet ovenfor i afsnit 4.1.2 kan art. 22(1) – i lyset af en indsigelsesret - opfattes således, at bestemmelsen ikke alene regulerer den behandling, der fører til den fuldautomatiserede afgørelse, men også selve afgørelsen. Det er ikke nødvendigvis forkert, at for så vidt bestemmelsen indeholder en indsigelsesret, så *kan* den indsigelsesret være tiltænkt som en efterfølgende indsigelsesret. Dermed er fortolkningen af art. 22(1) som en indsigelsesret ikke uforenelig med samtykkeundtagelsen i art. 22(2)(c), da samtykket skal indhentes inden den fuldautomatiserede proces - der leder til afgørelsen - påbegyndes, og derfor afskærer den registreredes adgang til at udøve sin efterfølgende

---

<sup>162</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37; samme Udsen: IT-ret, 2021 s. 366.

<sup>163</sup> Se nærmere herom Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155.

indsigelsesret i art. 22(1). Dermed er forskellen alene af tidsmæssig karakter.<sup>164</sup> Formålet med art. 22(2)(c) er i medfør af denne opfattelse, at den dataansvarlige, ved at indhente forudgående samtykke til at anvende fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed, kan undgå, at der gøres indsigelse mod afgørelserne grundet deres automatiserede karakter, hvorefter den registrerede er begrænset til at gøre indsigelse mod selve afgørelsens indhold efter art. 22(3).

### **4.3. Delkonklusion – definition af indsigelsesretten**

Ovenstående analyse af sammenhængen mellem art. 22(1), undtagelserne i 22(2) og retten til menneskelig indgriben i 22(3) fører ikke til, at en indsigelsesret i art. 22(1) nødvendigvis gør de andre bestemmelser i art. 22 meningsløse eller overflødige. Det er dog en forudsætning, at indsigelsesretten i så fald karakteriseres og defineres på en bestemt måde for at være forenelig med resten af art. 22. Med afsæt i ovenstående kan en indsigelsesret i art. 22(1) defineres på følgende måde:

- i) *Efterfølgende*: Indsigelsen udøves *efter* den fuldautomatiserede afgørelse er truffet, og som reaktion herpå.
- ii) *Ubegrundet*: Indsigelsen behøver ikke begrundes i andet omfang, end at den er rettet mod afgørelsens fuldautomatiserede karakter.
- iii) *Vedrører ikke afgørelsens indhold*: Indsigelsen indebærer ikke, at den dataansvarlige skal tage stilling til afgørelsens indhold, men derimod blot den dataansvarliges konstatering af, at den registrerede har gjort indsigelse.
- iv) *Afviser afgørelsen*: Indsigelsesretten giver den registrerede mulighed for nemt og hurtigt at afvise fuldautomatiserede afgørelser, og resulterer i, at den registrerede ikke er bundet af afgørelsen.

Hvis indsigelsesretten fortolkes på denne måde, så kan både indsigelsesretten og et forbud forenes med resten af art. 22, hvorfor det bliver relevant at undersøge art. 22(1) i dens øvrige kontekst.

---

<sup>164</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155.

## 5. Art. 22 - bestemmelsens tilblivelseshistorie

---

På baggrund af ovenstående behandling af art. 22 i afsnit 3 og bestemmelsens nærmere sammenhæng i afsnit 4 breder analysen sig ud fra selve bestemmelsen og inddrager andre elementer, der kan belyse besvarelsen af afhandlingens problemstilling og bidrage til fortolkningen af art. 22. Dette indebærer en behandling af den kontekst art. 22 befinder sig i, eller med andre ord en kontekstuel fortolkning af art. 22:

”Understood broadly, contextual interpretation may be examined from two different, albeit complementary, perspectives. Internally, contextual interpretation focuses on the purely normative context in which the EU law provision in question is placed. Just as the different parts of an engine must work together to keep it running, the ECJ looks at the functional relationship between the EU law provision in question and the normative system to which it belongs. Externally, contextual interpretation examines the (legislative) decision-making process that led to the adoption of the EU law provision in question. Thus, it makes use of the travaux préparatoires.”<sup>165</sup>

I medfør af ovenstående kan fortolkningen af en bestemmelses tilblivelseshistorie inden for EU-retten betegnes som det eksterne element af den kontekstuelle fortolkning, hvor forarbejderne til en EU-bestemmelse analyseres for at finde lovgivers vilje med bestemmelsen, hvilket i dansk ret generelt betegnes subjektiv fortolkning. En nærmere behandling af begrebernes forhold og eventuelle afgrænsning over for hinanden falder uden for nærværende afhandling, men afgørende er, at databeskyttelsesforordningens tilblivelseshistorie kan indeholde relevante fortolkningsbidrag til fortolkningen af art. 22(1).

Det følger af EU-Domstolens praksis, at ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse, skal der ikke blot ”tages hensyn til dennes ordlyd og de mål, den forfølger, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til EU-rettens bestemmelser som helhed. *En EU-retlig bestemmelses tilblivelseshistorie kan ligeledes give relevante elementer med henblik på dens fortolkning*”.<sup>166</sup> (vores fremhævelse). Historisk set har EU-domstolen kun

---

<sup>165</sup> Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014, s. 16.

<sup>166</sup> C-621/18, *Wightman m.fl.*, præmis 47; C-548/18, *BGL BNP Paribas*, præmis 25.



sjældent inddraget forarbejder som led i deres fortolkning, men er i nyere tid, og i tiltagende grad, begyndt at inddrage forarbejder, særligt ved fortolkningen af sekundære retsakter, men også ved fortolkningen af nyere traktatbestemmelser.<sup>167</sup> Tendensen kan forklares med, at sekundære retsakter i medfør af art. 296(2) TEUF skal begrundes,<sup>168</sup> hvorfor der i højere grad foreligger offentlige forarbejder, som EU-Domstolen kan tage hensyn til. Som følge heraf, er det nødvendigt at undersøge i hvilket omfang forarbejderne til forordningens art. 22 kan belyse og bidrage til fortolkningen af art. 22(1). Forordningens art. 22(1) er baseret på persondatadirektivets art. 15(1), hvorfor bestemmelseernes indbyrdes sammenhæng ligeledes inddrages. Indledningsvis skal dog bemærkes, at det antages, at EU-Domstolen i udgangspunktet ”kun [inddrager] forarbejder til støtte for en opfattelse, som den allerede af andre grunde er nået til; der konkluderes med andre ord tendentielt, før forarbejderne inddrages i argumentationen.”<sup>169</sup> Analysen af bestemmelsens tilblivelseshistorie sker derfor med forbehold for, at resultaterne i højere grad er af supplerende karakter til afhandlingens øvrige konklusioner.

## **5.1. Forholdet mellem persondatadirektivet og forordningen**

Som præsenteret ovenfor i afsnit 2.1, erstattede databeskyttelsesforordningen det tidligere persondatadirektiv. Direktivets art. 15(1) regulerede fuldautomatiserede afgørelser og bestemmelsen blev med en række ordlydsændringer videreført i forordningens art. 22. Direktivets art. 15(1) har følgende indhold:

”1. Medlemsstaterne indrømmer enhver person ret til ikke at være undergivet afgørelser, der har retsvirkning for ham, eller som berører ham i væsentlig grad, og som alene er truffet på grundlag af edb-behandling af oplysninger, der er bestemt til at vurdere bestemte personlige forhold, såsom erhvervsevne, kreditværdighed, pålidelighed, adfærd osv.”

Bestemmelsen er inspireret af en fransk lov fra 1978 om databehandling mv., der i lovens art. 2 indeholder et forbud mod retlige, administrative og personlige beslutninger, der involverede vurdering af menneskelig adfærd, udelukkende baseret på automatisk

---

<sup>167</sup> Se f.eks. C-370/12, *Pringle*, præmis 135, også omtalt i Fenger, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, Ugeskrift for Retsvæsen, (U.2014B.293), (296)

<sup>168</sup> Neergaard & Nielsen: EU-ret: Fri bevægelighed, 2021, s. 28.

<sup>169</sup> Fenger, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, Ugeskrift for Retsvæsen, (U.2014B.293), (298)

behandling, som definerede den pågældendes profil eller personlighed.<sup>170</sup> Direktivets art. 15, og dermed også forordningens art. 22, har således rødder, der rækker tilbage til en forbudsbestemmelse.<sup>171</sup> Men på trods af at være inspireret heraf, blev persondatadirektivets art. 15(1) ikke udtrykkeligt udformet som et forbud, og bestemmelsen blev implementeret forskelligt i medlemsstaterne. I nogle medlemsstater blev bestemmelsen forstået som en indsigelsesret, som tilfældet var i Danmark,<sup>172</sup> mens f.eks. Østrig, Belgien, Tyskland og Finland implementerede bestemmelsen som et forbud, og i andre tilfælde blev bestemmelsen implementeret som en hybridbestemmelse, hvor nogle former for afgørelser var forbudt, og andre underlagt en indsigelsesret.<sup>173</sup>

Variationerne i medlemsstaternes implementering af persondatadirektivets art. 15(1), afspejles også i den juridiske litteratur. Mens nogle forfattere finder det uklart, hvilken form for beskyttelse direktivets art. 15(1) havde til hensigt at etablere,<sup>174</sup> antager flere forfattere at forholdet mellem bestemmelsens rødder og dens forarbejder samt udformning, i højere grad peger i retning af, at direktivets art. 15(1) indeholdt en indsigelsesret.<sup>175</sup>

De forskellige fortolkninger og implementeringer af direktivets art. 15 er formentlig et resultat af bestemmelsens uklarhed, men det er også muligt, at hensigten bag art. 15(1)

---

<sup>170</sup> Loi no. 78-17 du 6. janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés er omtalt i Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 74; Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 148; Bygrave: *Minding the Machine v2.0*, I Yeung & Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, 2019, s. 249; Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), *EU Internet Law, Regulation and Enforcement*, 2017, s. 79.

<sup>171</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 149.

<sup>172</sup> Se Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger § 39, stk. 1, ("persondataloven") (*historisk*).

<sup>173</sup> Se Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 189, note 51; Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), *EU Internet Law, Regulation and Enforcement*, 2017, s. 79, note 9.

<sup>174</sup> Bygrave: *Minding the Machine v2.0*, I Yeung & Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, 2019, s. 251ff.

<sup>175</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 156; Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 148ff.; Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 189.

ikke var at fastlægge præcist, hvordan rettigheden skulle komme til udtryk. Et direktiv binder kun medlemsstaterne med hensyn til dets tilsigtede mål, jf. TEUF art. 288(3). Dermed sagt kan og bør et direktiv være tilstrækkeligt konkret i dets målsætninger. Direktiver varierer i detaljeringsgrad, og medlemsstaternes gennemførelsesskøn afhænger af den grad af præcision bestemmelsen har.<sup>176</sup> Det er muligt, at hensigten bag persondatadirektivets art. 15, blot var at sikre, at der blev gennemført en beskyttelse relateret til fuldautomatiserede afgørelser, men at det – i tråd med direktivreguleringens karakteristika og databeskyttelsesrettens opmærksomhed på den teknologiske udviklings uforudsigelighed– var op til medlemsstaterne at vurdere, hvordan denne beskyttelse konkret skulle udformes og gennemføres.<sup>177</sup> Uagtet om det var hensigten med direktivets art. 15, så er det næppe hensigten med databeskyttelsesforordningens art. 22. Forordningen tilsigter, både i kraft af dens art, men tillige konkret at harmonisere databeskyttelsesreglerne på tværs af EU-medlemsstaterne.<sup>178</sup>

Hvis art. 22(1) indeholder et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser, så er det mere vidtrækkende og indgribende end en indsigelsesret. Som resultat af den forskelligartet implementering af persondatadirektivets art. 15(1), kan det antages, at EU-lovgiver var klar over, at rettigheden, som formuleret i direktivet, gav anledning til forskellige fortolkninger, hvorfor det ville have været hensigtsmæssigt at præcisere indholdet i art. 22(1) og mitigere denne uklarhed. Yderligere er det blevet påpeget, at hvis hensigten bag forordningens art. 22(1) er at indføre et forbud, og dermed etablere et højere beskyttelsesniveau vedrørende fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed i de medlemsstater, der implementerede direktivets art. 15(1) som en indsigelsesret, så burde denne hensigt enten fremgå af ordlyden i art. 22(1) eller kunne udledes i bestemmelsens forarbejder.<sup>179</sup> Disse overvejelser rejser spørgsmålet om, hvorvidt forarbejdernes eventuelle tavshed betyder, at art. 22(1) ikke bør fortolkes som et forbud, da det kan hævdes, at en sådan skærpeelse bør forudsætte en vis udtrykkelighed i bestemmelsens

---

<sup>176</sup> Sørensen & Danielsen: Uddrag af EU-retten, 2019, s. 105f.

<sup>177</sup> I samme retning Bygrave & Mendoza: The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, 2017, s. 86.

<sup>178</sup> Databeskyttelsesforordningen, præambelbetragtning 10.

<sup>179</sup> Se nærmere Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 150, samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 156.

tilblivelseshistorie. Hertil skal dog bemærkes, at på baggrund af forordningens overordnede formål om at sikre et højt beskyttelsesniveau, sammenholdt databeskyttelsesrettens karakter af grundlæggende rettighed i medfør af chartrets art. 8,<sup>180</sup> må det antages, at forordningens rettighedsbestemmelser kan indeholde en stærkere beskyttelse af den registrerede, end bestemmelsernes forgængere i direktivet, og det er derfor ikke nødvendigt, at en sådan skærpelse har fundet udtryk i forarbejderne.

Med afsæt i ovenstående skal det undersøges om forordningens tilblivelseshistorie kan belyse EU-lovgivers hensigt bag art. 22(1). Det indledes med en analyse af forholdet mellem persondatadirektivet art. 15(1) og forordningens art. 22(1), efterfulgt af en analyse af Europa-Kommissionens lovforslag og andre dokumenter fra forordningens lovgivningsproces, for så vidt de indeholder relevante bidrag.

#### **5.1.1. fra ”undergivet” til ”genstand for”**

EU-Lovgivers hensigt kan muligvis spores i ordlydsændringen fra direktivets art. 15(1) ved videreførelsen i forordningens art. 22(1). I den forbindelse er formuleringen i art. 22(1) ”genstand for” (EN: ”subject to”) relevant. Grunden til at begrebet fortolkes i forbindelse med analysen af bestemmelsens tilblivelseshistorie er, at ordlyden i den danske version af direktivets art. 15(1) blev ændret ved videreførelsen i den danske version af forordningens art. 22(1), hvorfor fortolkningen er centreret omkring persondatadirektivets art. 15(1).

I den engelsksprogede version af persondatadirektivets art. 15(1), blev formuleringen ”subject to a decision” beholdt i forordningens art. 22(1). Dog blev formuleringen i den danske version af direktivets art. 15(1), underlagt en ordlydsændring ved videreførelsen i forordningens art. 22(1). I medfør af art. 15(1), skulle medlemsstaterne indrømme den registrerede en ”ret til ikke at være undergivet afgørelser”, mens formuleringen i art. 22(1) giver den registrerede en ”ret til ikke at være genstand for en afgørelse”. Det er denne ordlydsændring, der er omdrejningspunktet for nærværende afsnit.

Det følger af EU-domstolens faste praksis, at med henblik på en ensartet fortolkning af EU-retten, så tillægges alle sproglige versioner samme værdi.<sup>181</sup> EU’s Generaldirektorat for Oversættelse tilstræber at EU-lovgivning mv. er nøjagtig og enslydende på tværs af

---

<sup>180</sup> Se nærmere afsnit 2.1. oven for.

<sup>181</sup> C-152/01 *Kyocera*, præmis 32-33

alle de officielle sprog. Dette er vigtigt for så vidt angår forordninger, der er almengyldige, bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat, jf. TEUF art. 288(2). Når det sammenholdes med, at databeskyttelsesforordningen tilsigter at harmonisere databeskyttelsesreglerne på tværs af EU-medlemsstaterne, så kan der argumenteres for, at ændringen fra *undergivet* i persondatadirektivets art. 15(1) til *genstand for* i forordningens art. 22(1) er sket med henblik på at opnå en højere grad af ensartethed mellem den danske sprogversion og de øvrige sprogversioner. I den forbindelse er det nødvendigt at vurdere, hvad forskellen på de to begreber er, og hvorfor ordlyden i den henseende blev ændret. Der skal dog bemærkes, at der skal ”tages hensyn til, at der anvendes en særlig sprogbrug i EU-retten. Indholdet af de retlige begreber er ikke nødvendigvis det samme i EU-retten, som i de nationale retsordener.”<sup>182</sup> Argumentationen sker med forbehold herfor.

Begrebet ”undergive”, har følgende to definitioner, i) ”rette sig efter, affinde sig med eller indordne sig under en myndighed, en lov, en beslutning el.lign.”<sup>183</sup> og ii) ”lade være *genstand for* en undersøgelse, behandling, afstemning el.lign.”<sup>184</sup> (vores fremhævelse). Den første definition indikerer, at retten til ikke at være ”undergivet afgørelser” kan forstås således, at sådanne afgørelser godt må forekomme, men at den registrerede, ikke behøver at ”rette sig efter, affinde sig med eller indordne sig under” afgørelsen. Den anden definition indeholder formuleringen at være ”genstand for”. Begrebet ”genstand” har flere definitioner, hvoraf den eneste relevante i nærværende sammenhæng er: ”det som en følelse, handling, begivenhed el.lign. retter sig mod”.<sup>185</sup> Tillægges denne forståelse vægt indebærer det, at den registreredes ret til ikke at være undergivet en afgørelse (Hvor *undergivet* er defineret som: genstand for), er en ret til ikke at være ”det som [afgørelsen] retter sig mod”. Sidstnævnte definition af ”undergivet”, taler således i højere grad for at indebære et generelt forbud mod fuldautomatiserede afgørelser end førstnævnte betydning, der netop taler for en rettighed til ikke at skulle rette sig efter en sådan afgørelse.

---

<sup>182</sup> Neergaard & Nielsen: EU-ret: Fri bevægelighed, 2021, s. 26.

<sup>183</sup> *Undergive* i Den Danske Ordbog på Ordnet.dk.

<sup>184</sup> *Undergive* i Den Danske Ordbog på Ordnet.dk.

<sup>185</sup> *Genstand* i Den Danske Ordbog på Ordnet.dk.

Det er således heller ikke overraskende, at Registerudvalget ved fortolkningen af persondatadirektivets art. 15(1), trods forbehold for bestemmelsens uklarhed, konkluderede, at art. 15(1) indeholder en indsigelsesret for den registrerede mod fuldautomatiserede afgørelser.<sup>186</sup> Justitsministeriet videreførte fortolkningen ved fortolkningen af art. 22(1) i betænkning 1565/2017, hvilket var baseret på konklusionen af, at forordningens art. 22(1) har stort set samme ordlyd som direktivets art. 15(1). Justitsministeriet tillagde dermed ikke ordlydsændringen fra *undergivet* til *genstand for* betydning.<sup>187</sup>

Med afsæt i ovenstående kan ændringen fra formuleringen *undergivet* i direktivets art. 15(1) til *genstand for* i forordningens art. 22(1) antyde, at denne formulering i højere grad fører den danske version af art. 22 i overensstemmelse med de øvrige sprogversioner, med henblik på forordningens sigte mod en harmonisering af databeskyttelsesretten. Det kan dog også hævdes, at formuleringen ”undergivet” blev udskiftet med ”genstand for” for at præcisere bestemmelsens indhold, og i den forbindelse giver det anledning til overvejelser, hvorfor denne præcision, eller ordlydsændring, var nødvendig. Hvis hensigten bag art. 22(1) er at bestemmelsen indeholder en indsigelsesret, eller med andre ord, retten til ikke at acceptere en afgørelse,<sup>188</sup> så er begrebet *undergivet* som netop behandlet, i højere grad udtryk for at bestemmelsen indeholder en sådan ret, hvorfor det ville være hensigtsmæssigt at videreføre begrebet i art. 22(1).

Ændringen kan ikke i sig selv tages til indtægt for om hensigten bag art. 22(1) er at indføre et forbud eller en indsigelsesret, men den kan i begrænset omfang bidrage til at belyse hensigten. Ændringen mindsker bestemmelsens uklarhed, og for så vidt angår forholdet mellem den engelske og den danske sprogversion, så mitigerer ændringen en potentiel uoverensstemmelse mellem versionerne.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> Registerudvalget, Betænkning nr. 1345/1997 om behandling af personoplysninger, s. 319f.

<sup>187</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 375.

<sup>188</sup> Se Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 155, hvor Tosoni beskriver rettiligheden i art. 22(1): “In other words, when a decision is taken under Article 22(2), the data subject may not swiftly have it dismissed, and may be obliged to accept it. In contrast, Article 22(1) empowers the data subject to easily and quickly dismiss automated decisions.”

<sup>189</sup> I modsat retning Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 152, note 57.

### 5.1.2. Europa-Kommissionens lovforslag

Udgangspunktet for en analyse af forarbejderne til art. 22(1) er Europa-kommissionens lovforslag til databeskyttelsesforordningen.<sup>190</sup> Kommissionens forslag til retsakter og bemærkningerne hertil inddrages jævnligt i EU-Domstolens nyere praksis, når en bestemmelses indhold og sigte skal fastlægges.<sup>191</sup> Med afsæt i Europa-Kommissionens lovforslag, er der hævdet, at formuleringen af art. 20 i Europa-kommissionens lovforslag,<sup>192</sup> (der nu udgør forordningens art. 22, og herefter betegnes sådan) er baseret på Europarådets dagældende anbefaling om profilering.<sup>193</sup> I den forbindelse fremhæves det, at Europarådets anbefaling indeholdt en indsigelsesret mod profilering, hvilket indebærer, at hensigten bag forordningens art. 22 ligeledes må være, at bestemmelsen indeholder en indsigelsesret.<sup>194</sup>

Det fremgår af lovforslagets forklarende bemærkninger, at art. 22 er baseret på persondatadirektivets art. 15(1), hvoraf yderligere fremgår, at ”der tages hensyn til Europarådets anbefaling om profilering”.<sup>195</sup> (EN: ”takes account of the Council of Europe's recommendation on profiling”).<sup>196</sup>

Det skal bemærkes, at det i medfør af ovenstående ikke udtrykkeligt fremgår af kommissionens forslag at det er *baseret* på Europarådets anbefaling, men alene at det er baseret på persondatadirektivets art. 15(1), og tager *hensyn* til anbefalingen. Denne sondring er relevant. Lægges det til grund, at forordningens art. 22 foruden at være baseret på bestemmelsens forgænger i direktivet, tillige er baseret på Europarådets anbefaling, så udgør det et vægtigt argument for, at Europa-Kommissionen havde til hensigt at indføre en indsigelsesret i art. 22(1), omvendt vil det forhold, at bestemmelsen blot tager hensyn til Europarådets anbefaling, i langt mindre grad kunne belyse hensigten bag art. 22(1).

---

<sup>190</sup> COM(2012) 11 final.

<sup>191</sup> Fenger: Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, U.2014B.293 (294) med henvisning til omfattende retspraksis fra EU-Domstolen.

<sup>192</sup> COM(2012) 11 final, bemærkninger til forslaget, pkt. 3.4.3.4 om forslagens art. 20.

<sup>193</sup> CM/REC(2010)13

<sup>194</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 151 med henvisninger.

<sup>195</sup> COM(2012) 11 final, bemærkninger til forslaget, pkt. 3.4.3.4 om forslagens art. 20.

<sup>196</sup> COM(2012) 11 final, bemærkninger til forslaget, pkt. 3.4.3.4 om forslagens art. 20.

Europa-Kommissionens lovforslag indeholder ikke en legaldefinition af profilering tilsvarende art. 4(4) i den endelige version af databeskyttelsesforordningen, men lovforslagets art. 20 definerer profilering som:

”en foranstaltning, [...] der har til formål at vurdere bestemte personlige forhold vedrørende vedkommende eller analysere eller forudsige f.eks. vedkommendes erhvervsevne, økonomiske situation, lokalitet, sundhed, personlige præferencer, pålidelighed eller adfærd.”<sup>197</sup>

Ordlyden er bredere, end den tidligere formulering i persondatadirektivets art. 15(1),<sup>198</sup> og er på mange punkter sammenfaldende med Europarådets definition i deres anbefaling:

”Profiling means an automatic data processing technique that consists of applying a “profile to an individual, particularly in order to take decisions concerning her or him or for analysing or predicting her or his personal preferences, behaviours and attitudes.”<sup>199</sup>

At ”analysere eller forudsige” fremgår i begge dokumenter, og ”personlige præferencer, pålidelighed eller adfærd” (EN: personal preferences, reliability or behaviour.) har en væsentlig lighed. Lovforslagets hensyntagen til Europarådets anbefaling om profilering kan derfor i højere grad forstås således, at bestemmelsen er baseret på (EN: ”*builds on*”) persondatadirektivets art. 15(1), og i den forbindelse tages der hensyn til Europarådets anbefaling, forstået som en henvisning til profilering i anbefalingens forstand. Derimod bør henvisningen næppe opfattes som udtryk for, at den indsigelsesret der anbefales i Europarådets anbefaling om profilering,<sup>200</sup> gengives i Europa-Kommissionens lovforslag. Denne opfattelse understøttes yderligere af, at lovforslaget konsekvent omtaler en indsigelsesret som en indsigelse mod en behandling, og derimod ikke -hverken udtrykkeligt eller indirekte- som en indsigelsesret mod foranstaltninger baseret på profilering.<sup>201</sup> Yderligere foretages der i lovforslaget, en adskillelse af indsigelsesretten mod behandling over for foranstaltninger baseret på profilering i både

---

<sup>197</sup> COM(2012) 11 final, art. 20(1).

<sup>198</sup> Persondatadirektivets art. 15(1): “bestemt til at vurdere bestemte personlige forhold, såsom erhvervsevne, kreditværdighed, pålidelighed, adfærd osv.”.

<sup>199</sup> CM/Rec(2010)13, Appendix to Recommendation CM/Rec(2010)13, pkt. 1. *Definitions, litra c “processing”*.

<sup>200</sup> CM/Rec(2010)13, Appendix to Recommendation CM/Rec(2010)13, pkt. 5. *Rights of data subject, pkt. 5.5*.

<sup>201</sup> COM(2012) 11 final, præambelbetragtning 38, 53, 56 og 57.



præambelbetragtning 59 og i overskriften på forslaget Kapitel III, 4 afdeling. Endeligt fremgår det af forslaget præambelbetragtning 58 i tilknytning til foranstaltninger baseret på profilering, at ”En sådan foranstaltning bør dog tillades, når [...]”, hvilket ud fra samme betragtninger som ovenfor i afsnit 3.6 (behandlingen af præambelbetragtning 71) indikerer, at bestemmelsen var tiltænkt at indeholde et forbud. Kommissionens lovforslag udgør dog alene det indledende udkast, og er således kun udtryk for kommissionens opfattelse, og derimod ikke Rådet og Europa-Parlamentets. Det må på baggrund af ovenstående lægges til grund, at det for det første ikke kan udledes af lovforslaget, at kommissionen tilsigtede at indføre en indsigelsesret i art. 22(1), og for det andet, at der ikke er tilstrækkeligt grundlag for at antage, at hensigten var at indføre et forbud.

### 5.1.3. LIBE-Komiteens betænkning(er)

I forbindelse med forordningens lovforberedende arbejde udarbejdede Udvalget om Borgernes Rettigheder og Retlige og Indre Anliggender (”LIBE”) i sit udkast til betænkning, et ændringsforslag til Europa-kommissionens forslag til art. 22. LIBE-Komiteen foreslog et forbud mod profilering:

*”1. Behandling af personoplysninger med henblik på profilering, herunder tilbud om elektroniske informations- og kommunikationstjenester, er kun tilladt, hvis:”<sup>202</sup>*

Ændringsforslaget blev ikke vedtaget. Der er dog argumenteret for at forkastelsen af et ændringsforslag, der så tydeligt ændrede ordlyden af Europa-Kommissionens lovforslag, til udtrykkeligt at indføre et forbud antyder, at EU-lovgiver ikke havde til hensigt, at art. 22(1) skulle indeholde et forbud.<sup>203</sup>

Ovenstående argumentation overser dog det væsentlige element, at LIBE-Komiteen ikke foreslog et forbud mod afgørelser baseret på automatisk behandling herunder profilering, men derimod foreslog et forbud mod *behandling af personoplysninger med henblik på profilering*. Der er således tale om et ændringsforslag, der i væsentlig grad adskiller sig fra Europa-Kommissionens forslag på flere punkter, og ikke alene ved at indføre et udtrykkeligt forbud. Som behandlet i afsnit 3.2.3, lægges det til grund, at det ikke er et krav efter forordningens art. 22(1), at den fuldautomatiserede afgørelse er baseret på

---

<sup>202</sup> LIBE-Komiteens udkast til betænkning, PE501.927, 2013, s. 105.

<sup>203</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 151.

profilering, for at bestemmelsen finder anvendelse. Et forbud mod profilering er derfor ikke nødvendigvis sammenligneligt med et potentielt forbud mod de fuldautomatiserede afgørelser, der er omhandlet i den nugældende art. 22(1).

Hvis *behandling af personoplysninger med henblik på profilering*, i henhold til LIBE-Komiteens ændringsforslag blev underlagt et forbud, uden at forbuddet samtidig afgrænsede sig til bestemte foranstaltninger baseret på profilering, eller profileringens nærmere konsekvenser, som tilfældet er i forordningens art. 22(1), så er det ganske givet mere vidtrækkende end det nuværende forbud mod *væsentlige* afgørelser, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering. Yderligere er det en helt anden form for beskyttelse og konstruktion.

Når det tages i betragtning, at art. 22(1) kun finder anvendelse, når afgørelsen tillige ”har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende.”,<sup>204</sup> så er anvendelsesområdet for art. 22(1) afgrænset til dispositioner af en vis alvorlighed, hvilket står i kontrast til profilering som behandlingsform, der kan, men ikke nødvendigvis har *betydelige* konsekvenser for den registrerede. Det skal hertil bemærkes, at på trods af at profilering i sig selv indebærer særlige risici, så gør det sig i højere grad gældende, ”hvis profilering indgår i fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed, fordi afgørelsen dermed kan blive baseret på forudsigelser.”<sup>205</sup> Det indikerer yderligere, at der er et vægtigere grundlag for at forbyde fuldautomatiserede afgørelser i art. 22(1)’ forstand, end der er for at forbyde profilering i art. 4(4) forstand. At forkastelsen af LIBE-komiteens ændringsforslag formentlig ikke var relateret til EU-lovgivers hensigt i relation til spørgsmålet om forbud kontra indsigelsesret, finder desuden støtte i, at LIBE-Komiteens i dens endelige betænkning, i stedet foreslog en udtrykkelig indsigelsesret mod profilering:

***”1. Med forbehold af bestemmelserne i artikel 6 har enhver fysisk person ret til at gøre indsigelse mod profilering i overensstemmelse med artikel 19. Den registrerede***

---

<sup>204</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1). Samme tilgang kan spores i Europa-Kommissionens forslag: “[...] der har retsvirkning for vedkommende, eller som berører vedkommende i væsentlig grad [...]”, jf. COM(2012) 11 final, art. 20(1).

<sup>205</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 121 ff. Med behandling af risici forbundet med profilering.

*informerer om retten til at gøre indsigelse mod profilering på en særdeles synlig måde.*<sup>206</sup>

Ovenstående forslag blev heller ikke vedtaget, hvorfor begge ændringsforslag fra LIBE-Komiteen med henblik på at etablere et forbud og efterfølgende en indsigelsesret mod profilering blev forkastet. Ovenstående taget i betragtning, så udtrykker forkastelsen af LIBE-Komiteens ændringsforslag nok nærmere, at et forbud mod profilering var for vidtrækkende eller afvigende fra den tilsigtede regulering, og derimod ikke som udtryk for at EU-lovgiver var afvisende overfor at indføre et forbud mod fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed.

## **5.2. Delkonklusion**

Med afsæt i ovenstående lægges det til grund, at der ikke er støtte i forarbejderne til art. 22 for at fortolke art. 22(1) som hverken et forbud eller en indsigelsesret, og det afvises, at der er støtte for at fortolke bestemmelsen som en indsigelsesret baseret på Europa-Kommissionens henvisning til Europarådets anbefaling om profilering. Samme gør sig gældende for så vidt angår forkastelsen af LIBE-Komiteens ændringsforslag i både betænkningen og dets udkast. Tværtimod giver indholdet af præambelbetragtning 57 i Europa-Kommissionens lovforslag og ordlydsændringen fra *undergivet* i persondatadirektivets art. 15(1) til *genstand for* i forordningens art. 22 et svagt indtryk af, at bestemmelsen ikke var tiltænkt at indeholde en indsigelsesret. Overordnet må det dog konkluderes, at den uklarhed der er forbundet med forarbejderne indebærer, at de ikke kan bidrage til fortolkningen af art. 22(1) i nævneværdig grad, særligt når det sammenholdes med ovenstående om, at EU-domstolen antageligt alene inddrager forarbejder til støtte for de konklusioner den allerede er kommet frem til.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> LIBE-Komiteens betænkning, A7-0402/2013, s. 98.

<sup>207</sup> Fenger, Forarbejders retskildeværdi i EU-retten, Ugeskrift for Retsvæsen, (U.2014B.293), (298)

## 6. Art. 22 - Bestemmelsens kontekst

---

Ovenstående analyse af forarbejderne til art. 22 og bestemmelsens øvrige tilblivelseshistorie er blot ét aspekt, der kan betegnes som den eksterne del af den kontekstuelle fortolkning. Et andet element den kontekstuelle fortolkning er, som præsenteret oven for i afsnit 5, det interne element, hvor bestemmelsen analyseres i den normative kontekst, hvori den er placeret.<sup>208</sup>

EU-Domstolen fortolker ofte en bestemmelse under hensyntagen til dens sammenhæng eller *kontekst*.<sup>209</sup> Den kontekstuelle fortolkning tager udgangspunkt i den opfattelse, at EU-lovgiver er en *rational aktør*, og dermed etablerer en retsorden der er konsistent og fuldstændig, hvorefter enhver EU-retlig bestemmelse skal fortolkes på en måde der sikrer, at der ikke er uoverensstemmelse mellem fortolkningsresultatet og den helhed som bestemmelsen er en del af.<sup>210</sup> Med andre ord indebærer det, at fortolkningen af art. 22(1) ikke må føre til et resultat, der ikke stemmer overens med den normative kontekst bestemmelsen befinder sig i.

I nærværende afhandling tager den kontekstuelle fortolkning af art. 22(1) afsæt i en analyse af bestemmelsens placering i forordningen. Derefter inddrages en række af forordningens øvrige bestemmelser i analysen, hvilket hovedsageligt omfatter gennemsigtighedsbestemmelserne i art. 12, herunder oplysningspligten i art. 13 og art. 14, men andre bestemmelser inddrages også som fortolkningsbidrag, hvilket er begrundet i enten deres tilknytning til art. 22, eller for at illustrere relevante forskelle, f.eks. retten til indsigelse i art. 21 og krav til konsekvensanalyse i art. 35.

Det skal kort bemærkes, at analysen af anden EU-regulering og international regulering som udgangspunkt finder sted nedenfor i afsnit 7. Retsåndhævelsesdirektivet inddrages dog tillige i nærværende afsnit som fortolkningsbidrag ved flere lejligheder, da direktivet antages at kunne illustrere væsentlige pointer i en række sammenhænge, bl.a. ved en

---

<sup>208</sup> Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, The Columbia journal of European law, Vol. 20/2, 2014, s. 16.

<sup>209</sup> C-558/15, *Azevedo* m.fl., præmis. 19; C-306/12, *Spedition Welter*, præmis 17.

<sup>210</sup> Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, The Columbia journal of European law, Vol. 20/2, 2014, s. 17, og s. 20.

sammenligning de forskellige placeringer af henholdsvis direktivets art. 11 og forordningens art. 22.

### **6.1. Art. 22 – Bestemmelsens placering og overskrift(er)**

Inden forordningens øvrige bestemmelser behandles, fortjener placeringen af art. 22 nærmere opmærksomhed. Art. 22 er placeret i forordningens kapitel III, der har overskriften: ”Den registreredes rettigheder”, afdeling 4 med overskriften: ”Ret til indsigelse og automatiske individuelle afgørelser” og bestemmelsen har overskriften: ”Automatiske individuelle afgørelser, herunder profilering”. For god ordens skyld bliver betydningen af bestemmelsens diverse overskrifter kort behandlet, da spørgsmålet er behandlet i litteraturen, hvorefter nærværende afsnit hovedsageligt fokuserer på betydningen af bestemmelsens placering i forordningens kapitel III i lyset af retshåndhævelsesdirektivet.

Artikel 29-gruppen har i deres retningslinjer for automatiske afgørelser udtalt at overskriftens formulering -ret til indsigelse ”og” automatiske individuelle afgørelser- indebærer, at art. 22 ikke indeholder en indsigelsesret ligesom art. 21, hvilket støttes af, at art. 22 ikke indeholder en oplysningspligt tilsvarende oplysningspligten i art. 21(4)<sup>211</sup> Dette er imødegået med en argumentation om, at afdelingens overskrift blot gentager de enkelte overskrifter på de bestemmelser den omfatter, art. 21 (”Ret til indsigelse”) og art. 22 (”Automatiske individuelle afgørelser, herunder profilering”). Hertil hævdes, at overskriften alene er udtryk for de enkelte bestemmelsers anvendelsesområde, hvortil fremhæves, at art. 21 alene omhandler en indsigelsesret mod behandling, hvorimod art. 22 omhandler fuldautomatiserede afgørelser generelt, og kun i art. 22(1) regulerer den registreredes ret til ikke at være genstand for en automatisk afgørelse.<sup>212</sup> Umiddelbart synes begge opfattelser fornuftige, og kan forenes med begge fortolkningsresultater, hvorfor det der kræver størst opmærksomhed, er placeringen af art. 22(1) i forordningens kapitel III, og hvilken betydning det har for fortolkningen.

---

<sup>211</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37, der i den engelske version af retningslinjerne fremhæver ”and” i behandlingen af afdelingens overskrift.

<sup>212</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 154.

### 6.1.1. Bestemmelsens placering i forordningens kapitel III

Artikel 29-gruppen har i den henseende udtalt, at forordningens kapitel III ikke udelukkende indeholder rettighedsbestemmelser, der aktivt skal udøves, men at nogle af rettighederne er passive, og dermed ikke vedrører situationer hvor den registrerede foretager en handling, men derimod, som tilfældet er i art. 13 og art. 14, kommer til udtryk ved de forpligtelser den dataansvarlige skal overholde uden den registreredes aktive inddragelse, hvorfor medtagelsen af art. 22 i kapitel III ikke nødvendigvis indebærer at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret.<sup>213</sup>

Over for dette, er der argumenteret for, at placeringen af forordningens art. 12-14 og art. 19 har en sådan tilknytning til de aktive rettigheder i kapitlet, at de på trods af at være passive rettigheder, hører til i kapitel III.<sup>214</sup> Det begrundes med, at der er et væsentligt overlap mellem de oplysninger den dataansvarlige skal *give* den registrerede i medfør af oplysningspligten i art. 13 og art. 14, og de oplysninger den registrerede har ret til at *få* i medfør af indsigtretten i art. 15. Yderligere, at underretningspligten i art. 19 kun er relevant, hvis den registrerede forudgående, har udøvet sine rettigheder efter forordningens art. 16-18.<sup>215</sup> Hertil hævdes det, at art. 22(1) ikke har samme tilknytning og sammenhæng til andre bestemmelser i kapitel III, hvorfor det forhold at kapitel III indeholder andre passive rettigheder, ikke kan forklare, hvorfor art. 22(1) tillige er placeret i kapitel III, medmindre bestemmelsen indeholder en indsigelsesret.<sup>216</sup> Hertil påpeges, at et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser ville passe bedst ind i forordningens Kapitel II.<sup>217</sup>

Ovenstående observation forekommer imidlertid for snæver og utilstrækkelig. Uagtet om art. 22(1) indeholder et forbud eller en indsigelsesret, har bestemmelsen en sammenhæng med andre bestemmelser i forordningens kapitel III. Art. 13(2)(f), 14(2)(g) og 15(1)(h) henviser til forekomsten af afgørelser som omhandlet i art. 22. Derudover nævner

---

<sup>213</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36f.

<sup>214</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>215</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>216</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>217</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 191.

præambelbetragtning 71 ”specifik underretning af den registrerede” som en passende foranstaltning ved fuldautomatiserede afgørelser, og det er uklart hvorvidt det er udtryk for en særskilt ret, eller om det er sikret gennem oplysningspligten i art. 13(2)(f) eller 14(2)(g).<sup>218</sup> Endnu vigtigere er dog, at det ikke alene er indholdet i art. 22(1) der kan begrunde placeringen af art. 22 i kapitel III. Et forbud i art. 22(1) finder ikke anvendelse, hvis en af undtagelserne i art. 22(2) foreligger, hvorefter der er krav om passende foranstaltninger i medfør af art. 22(2)(b) eller art. 22(3). Placeringen af art. 22 kan derfor forklares med kravet om passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder, der fremgår af art. 22(3). Dermed er der en sammenhæng mellem art. 22 og en række øvrige bestemmelser, og art. 22 omhandler således den registreredes rettigheder, uagtet om art. 22(1) indeholder en indsigelsesret eller et forbud. Denne opfattelse finder støtte i en analyse af konteksten og placeringen af retshåndhævelsesdirektivets art. 11.

### **6.1.2. Placeringen af retshåndhævelsesdirektivets art. 11**

Inden placeringen og konteksten af retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1) behandles, er det dog nødvendigt med en kort præsentation. Direktivet omhandler retshåndhævende myndigheders behandling af personoplysninger, og blev vedtaget samtidig med databeskyttelsesforordningen, den 27. april 2016. Direktivets art. 11 sætter nærmere grænser for retshåndhævende myndigheders adgang til at anvende fuldautomatiserede afgørelser. Art. 11(1) har følgende ordlyd:

”Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, som har negativ retsvirkning for den registrerede eller betydeligt påvirker den pågældende, er forbudt, medmindre den er hjemlet i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt, og som fastsætter de fornødne garantier for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, i det mindste den registreredes ret til menneskelig indgriben fra den dataansvarliges side.”

Databeskyttelsesforordningen og retshåndhævelsesdirektivet blev forhandlet sideløbende, og under lovgivningsprocessen blev begge instrumenters regulering af

---

<sup>218</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 221, note 72, med henvisninger.

fuldautomatiserede afgørelser ofte undersøgt og analyseret parallelt.<sup>219</sup> Den uklarhed, der er forbundet med fortolkningen af indholdet i art. 22(1) foreligger ikke tilsvarende i relation til direktivets art. 11(1), da bestemmelsen klart angiver at fuldautomatiserede afgørelser inden for retshåndhævelsesområdet som udgangspunkt er forbudt. Retshåndhævelsesdirektivet og databeskyttelsesforordningen anvendes undertiden som et gensidigt bidrag i den juridiske litteratur når art. 22 analyseres, særligt ved en sammenligning af direktivets art. 11(1) og forordningens art. 22(1).<sup>220</sup>

Direktivets art. 11 er placeret i direktivets kapitel II med overskriften ”principper” i stedet for direktivets kapitel III, der tilsvarende forordningens kapitel III, har overskriften ”Den registreredes rettigheder”.

Direktivets art. 11(1) indeholder et klart forbud mod fuldautomatiserede afgørelser, og art. 11(1) definerer i overvejende grad afgørelser på samme måde som forordningens art. 22(1): ”en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering”,<sup>221</sup> dog med den forskel, at direktivets art. 11(1) alene omfatter afgørelser ”som har negativ retsvirkning for den registrerede eller betydeligt påvirker den pågældende”.<sup>222</sup> Det er som præsenteret ovenfor, ikke tilfældet i forordningens art. 22(1), der omfatter afgørelser som har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende, og derfor også omfatter afgørelser med positive konsekvenser.<sup>223</sup> Forbuddet i art. 11 finder ikke anvendelse, hvis afgørelsen ”er hjemlet i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, som den dataansvarlige er underlagt, og som fastsætter de fornødne garantier for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, i det mindste

---

<sup>219</sup> Artikel 29-gruppen, Udtalelse 01/2012 om forslagene til reform af databeskyttelsesreglerne, WP191, vedtaget den 23. marts 2012, s. 31: ”Endelig er bestemmelserne om profilering og automatisk behandling (artikel 9) ikke i overensstemmelse med forordningen, da direktivets ordlyd ikke inkluderer relevante aspekter som f.eks. vurdering af adfærd.”, omtalt i Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021s. 152, note 52.

<sup>220</sup> Se blandt andet Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 152; Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27/2, 2019, s. 99; Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 191f, Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 160.

<sup>221</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1) og retshåndhævelsesdirektivet, art. 11(1).

<sup>222</sup> Retshåndhævelsesdirektivets, art. 11(1).

<sup>223</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(1), se også afsnit 3.2.2.



den registreredes ret til menneskelig indgriben fra den dataansvarliges side.”, jf. direktivets art. 11(1). En lignende undtagelse findes - som tidligere nævnt - i forordningens art. 22(2)(b), der dog ikke indeholder et udtrykkeligt krav om den registreredes ret til menneskelig indgriben. Direktivets art. 11(2) indeholder et forbud mod at basere ”De afgørelser, der er omhandlet i nærværende artikels stk. 1” på følsomme oplysninger og art. 11(3) indeholder et forbud mod ”Profilering, der fører til forskelsbehandling af fysiske personer på grundlag af særlige kategorier af personoplysninger”.

Ved første øjekast, antyder forskellen i placeringen af retshåndhævelsesdirektivets art. 11 og forordningens art. 22, at for så vidt art. 22(1) indeholder et forbud, så ville bestemmelsen i stedet være placeret i forordningens kapitel II. Der er dog afgørende forskelle mellem direktivets art. 11(1) og forordningens art. 22(1), der kan begrunde forskellen i bestemmelsernes placering, uagtet om begge bestemmelser indeholder et forbud. For det første er det alene direktivets art. 11(1) *in fine* der udtrykkeligt behandler den registreredes rettigheder, navnlig i form af krav om fornødne garantier, og den registreredes ret til menneskelig indgriben. Foruden retten til menneskelig indgriben, findes tilsvarende krav i art. 22(2)(b). Forordningens art. 22(3) indeholder dog yderligere krav om passende foranstaltninger knyttet til en række mindsterettigheder, der finder anvendelse når fuldautomatiserede afgørelser er baseret på forordningens art. 22(2)(a) og 22(2)(c). Sammenlignet med direktivets art. 11(1), indeholder forordningens art. 22 flere undtagelser til et eventuelt forbud i art. 22(1), og omtaler flere udtrykkelige mindsterettigheder, når disse undtagelser finder anvendelse. For det andet, er samtlige bestemmelser i direktivets art. 11 overordnet set forbudsbestemmelser. For det tredje foreligger der ikke et tilsvarende samspil mellem oplysningspligt og fuldautomatiserede afgørelser i retshåndhævelsesdirektivet, som gør sig gældende for forordningens art. 22, da oplysningspligten i retshåndhævelsesdirektivets art. 13 ikke indeholder en oplysningspligt tilsvarende forordningens oplysningspligt i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) om forekomsten af automatiske afgørelser mv.

### **6.1.3. opsamling på bestemmelsernes placering**

Inddragelsen af retshåndhævelsesdirektivet illustrerer, at forordningens art. 22(1) og direktivets art. 11(1) i en række henseender adskiller sig fra hinanden på afgørende vis, særligt i relation til omfanget af den registreredes rettigheder, men også for så vidt angår

tilknytningen til andre bestemmelser i instrumenternes kapitel III. Det indebærer, at bestemmelsens placering ikke nødvendigvis er et udslag af indholdet i art. 22(1), og det understreger betydningen af den sammenhæng art. 22 har med flere af de øvrige bestemmelser i forordningens kapitel III, der sammenholdt indholdet og omfanget af de passende foranstaltninger i art. 22(3) kan forklare bestemmelsens placering.

## 6.2. Forordningens art. 12(2)

Art. 22 nævnes i en række øvrige bestemmelser i databeskyttelsesforordningen. Herunder i forordningens art. 12. Kapitel III i databeskyttelsesforordningen indledes med art. 12, der indeholder en række generelle krav, der gælder for alle rettighedsbestemmelserne. Art. 12(2) bestemmer, at ”Den dataansvarlige letter *udøvelsen* af den registreredes rettigheder i henhold *til artikel 15-22.[...]*” (vores fremhævelse). Henvielsen til den registreredes rettigheder i art. 22 sammenholdt formuleringen af en rettighed i selve art. 22(1), kan antyde at art. 22(1) indeholder en rettighed der kan *udøves*, og dermed en indsigelsesret.<sup>224</sup>

Som tidligere behandlet indeholder art. 22(3) dog krav om passende foranstaltninger, der som minimum skal sikre en række rettigheder, der skal udøves af den registrerede. Artikel 29-gruppen antager i deres retningslinjer, at henvisningen i art. 12(2) ikke er udtryk for, at art. 22(1) indeholder en aktiv rettighed (dvs. en rettighed, der forudsætter den registreredes handling), men derimod er en henvisning til de *passende foranstaltninger*, der fremgår af art. 22(3), herunder den registreredes ret til menneskelig indgriben, at fremkomme med sine synspunkter og til at bestride afgørelsen.<sup>225</sup> Opfattelsen støttes af en analyse af retshåndhævelsesdirektivets art. 12(2), der bestemmer, at ”Medlemsstaterne fastsætter bestemmelser om, at den dataansvarlige skal lette udøvelsen af den registreredes rettigheder i medfør af *artikel 11 og 14-18.*” (vores fremhævelse). Direktivets art. 11 og artiklens øvrige bestemmelser er alle forbudsbestemmelser, hvorfor de *rettigheder* direktivets art. 12(2) henviser til må være de ”fornødne garantier for den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder, i det mindste den registreredes ret til

---

<sup>224</sup> I samme retning Tosoni: The right to object to automated individual decision: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 156.

<sup>225</sup> Artikel 29-gruppen, *Retningslinjer om automatiske afgørelser*, WP251rev.01, 2018, s. 36f.

menneskelig indgriben fra den dataansvarliges side.”<sup>226</sup> og eventuelt kravet til de passende foranstaltninger i direktivets art. 11(2). Anses henvisningen i direktivets art. 12(2) derimod alene som en henvisning til den registreredes ret til menneskelig indgriben i art. 11(1) *in fine*, så forstærker det blot opfattelsen af, at rettigheden i art. 22, skal findes i art. 22(3).

Som kort introduceret ovenfor i afsnit 6.1.2, blev databeskyttelsesforordningen og retshåndhævelsesdirektivet forhandlet sideløbende og vedtaget samtidigt, og er begge en del af reformen af den europæiske databeskyttelsesret. De er dog tillige separate dele heraf med hvert sit formål og bagvedlæggende hensyn.<sup>227</sup> Der er næppe grund til at antage, at instrumenternes forskelligartede hensyn eller formål, i dette konkrete tilfælde indebærer, at henvisningen i direktivets art. 12(2) til *rettighederne* i art. 11 og forordningens henvisning i art. 12(2) til *rettighederne* i art. 22, skal tillægges forskellig betydning. Dette indebærer, at henvisningen i forordningens art. 12(2) ikke nødvendigvis skal forstås som en henvisning til en aktiv rettighed i art. 22(1), men tillige kan opfattes som en henvisning til de passende foranstaltninger, herunder retten til menneskelig indgriben. Dermed er henvisningen forenelig med begge fortolkningsresultater, og har desuden en sammenhæng med ovenstående betragtninger knyttet til placeringen af art. 22.<sup>228</sup>

### **6.3. Skal den registrerede oplyses om sin indsigelsesret?**

Et andet spørgsmål af afgørende betydning for fortolkningen af art. 22(1) er, hvorvidt der eksisterer en pligt til at oplyse om indsigelsesretten. Det vil sige, om den dataansvarlige i tilfælde af, at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret, skal oplyse den registrerede om retten og dennes ret til at udøve den. En sådan oplysningspligt fremgår ikke udtrykkeligt af art. 22,<sup>229</sup> men det kan ikke umiddelbart afvises, at en oplysningspligt kan udledes af art. 22 eller bestemmelsens sammenhæng med resten af forordningen. Det er dog nødvendigt at undersøge forholdet nærmere, da det må antages, at det er en forudsætning, at den registrerede bliver oplyst om retten til at gøre indsigelse. Ellers kan det i yderste

---

<sup>226</sup> Retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1) *in fine*.

<sup>227</sup> I denne retning Udsen: IT-ret, 2021, s. 274; Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 64.

<sup>228</sup> Se afsnit 6.1. ovenfor.

<sup>229</sup> Som også påpeget af Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37.

konsekvens gøre en indsigelsesret i art. 22(1) illusorisk, da den registrerede, skal oplyses om sin ret for at kunne udøve den. Samme opfattelse kan spores i LIBE-Komiteens betænkning, der indeholdt et ændringsforslag til art. 22(1) (daværende art. 20) i forbindelse med forordningens lovforberedende arbejde.<sup>230</sup> Som tidligere fremhævet foreslog LIBE-Komiteen, at der blev indført en indsigelsesret mod profilering, og understregede i den forbindelse, at ”Den registrerede informeres om retten til at gøre indsigelse mod profilering på en *særdeles synlig måde*.” (vores fremhævelse). Tilstrækkelig oplysning af den registrerede af omfanget og tilstedeværelsen af dennes rettigheder, er desuden i overensstemmelse med forordningens gennemsigtighedsprincip i art 5(1)(a) også illustreret i art. 12(1) og 12(2).

### 6.3.1. Oplysningspligtens form

En sådan oplysningspligt kan enten iagttages *inden eller ved starten* af den behandling, der fører til den fuldautomatiserede afgørelse eller *efterfølgende* som led i, at den registrerede bliver oplyst om afgørelsens indhold.

Spørgsmålet om tilstedeværelsen af en sådan oplysningspligt overlapper til dels med spørgsmålet om, hvorvidt afgørelser efter art. 22 er ledsaget af en ret til efterfølgende forklaring eller begrundelse, hvilket til dels angår om forordningens gennemsigtighedsbestemmelser tillige kan udvides til at indeholde en efterfølgende oplysningspligt for så vidt angår fuldautomatiserede afgørelser.<sup>231</sup> Problemstillingen, der ofte overordnet betegnes ”The right to explanation” er blevet undersøgt i forbindelse med udarbejdelsen af nærværende afhandling, men en behandling heraf er ikke medtaget af omfangsmæssige årsager. Spørgsmålet skal anses som uafklaret, hvorfor der alene skal gøres det forbehold, at en oplysningspligt som omhandlet i dette afsnit, muligvis kan være et led i en efterfølgende forklaringspligt. Der henvises i stedet til litteraturen herom.<sup>232</sup>

---

<sup>230</sup> LIBE-Komiteens betænkning, A7-0402/2013, s. 98.

<sup>231</sup> Se nærmere Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27/2, 2019, s. 110f; Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 228f.

<sup>232</sup> Se blandt andet Wachter, Mittelstadt & Floridi: Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, Vol. 7/2, 2017; Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27/2, 2019.

Uanset eksistensen af en ret til efterfølgende forklaring eller begrundelse, kan det - baseret på ordlyden i art 13(2)(f) og 14(2)(g) - lægges det til grund, at bestemmelserne under alle omstændigheder indeholder en *forudgående* oplysningsforpligtelse, da den dataansvarlige skal oplyse om ”*betydningen*” og de ”*forventede* konsekvenser” ved fuldautomatiserede afgørelser,<sup>233</sup> hvorfor behandlingen hovedsageligt er centreret omkring en forudgående oplysningspligt, og på trods af at art. 22 ikke indeholder en udtrykkelig pligt til at oplyse den registrerede om en eventuel indsigelsesret, så indeholder forordningen en række øvrige bestemmelser om oplysningspligt, og spørgsmålet er således, om en sådan oplysningspligt kan udledes af disse bestemmelser.

### **6.3.2. Oplysningspligt i medfør af art. 12(2)?**

Den dataansvarlige skal i medfør af art. 12(2) lette ”udøvelsen af den registreredes rettigheder”, hvilket blandt andet kan indebære en forpligtelse til ”aktivt at gøre opmærksom på rettighedernes eksistens”.<sup>234</sup> Som behandlet ovenfor i afsnit 6.2. er det uklart, hvordan henvisningen til art. 22 i art. 12(2) skal fortolkes. Mest taler dog for at anse art. 12(2), som en henvisning til de *aktive* rettigheder, der fremgår af art. 22(3) og derimod ikke som udtryk for en eventuel aktiv rettighed i art. 22(1). Det er derfor tvivlsomt, at en oplysningspligt til at informere den registrerede om sin indsigelsesret efter art. 22(1), kan udledes af art. 12(2).

### **6.3.3. Oplysningspligt i medfør af art. 13(2) og 14(2)?**

Yderligere er det muligt, at forordningens art. 13 eller art. 14 indeholder en pligt til at oplyse om en eventuel indsigelsesret i art. 22(1).<sup>235</sup> Bestemmelserne indeholder regler om den dataansvarliges forpligtelse til at give den registrerede en række oplysninger ved indsamlingen af personoplysninger, når der er tale om henholdsvis oplysninger indsamlet

---

<sup>233</sup> Se Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 27, samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 224ff.

<sup>234</sup> Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 454 og Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 59.

<sup>235</sup> Se Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 191: “Conversely, if Article 22 (1) GDPR is considered as a data subject right it makes perfect sense that controllers must inform data subjects about an automated decision-making *thereby allowing them to decide whether they want to make use of their right not to be subject to such a decision.*” (vores fremhævelse)

hos den registrerede, jf. art. 13, og oplysninger, der er indsamlet hos andre kilder, jf. art. 14.

Art. 13(1) og 14(1) indeholder krav om hvilke oplysninger, den dataansvarlige altid skal give den registrerede, hvorimod Art. 13(2) og 14(2) regulerer hvilke supplerende oplysninger den dataansvarlige skal give den registrerede, hvis det efter en konkret vurdering er nødvendigt for at sikre en ”rimelig og gennemsigtig behandling”.<sup>236</sup> Af størst interesse er art. 13(2)(f) og 14(2)(g) der indeholder en særskilt oplysningspligt ved forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser, samt art. 13(2)(b) og 14(2)(c), der indeholder en pligt til at oplyse om en række af den registreredes andre rettigheder.

#### 6.3.3.1. Oplysning om den registreredes rettigheder

På trods af, at art. 13(2)(b) og art 14(2)(c) formentlig ikke har selvstændig betydning i relation til art. 22, så kan bestemmelserne stadig bidrage til at belyse spørgsmålet.

Bestemmelserne indeholder den dataansvarliges pligt til at oplyse den registrerede om:

”retten til at anmode den dataansvarlige om indsigt i og berigtigelse eller sletning af personoplysninger eller begrænsning af behandling vedrørende den registrerede og til at gøre indsigelse mod behandling samt retten til dataportabilitet”<sup>237</sup>

Bestemmelsen indebærer, at den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om dennes rettigheder efter art. 15 om den registreredes indsigtret, art. 16 om ret til berigtigelse, art. 17 om ret til sletning, art. 18 om ret til begrænsning af behandling, art. 20 om ret til dataportabilitet og art. 21 om ret til indsigelse.<sup>238</sup>

Oplysningspligten omhandler den registreredes aktive rettigheder i forordningens kapitel III, og oplysningerne bør indeholde en sammenfatning af, hvad rettigheden indebærer, og hvordan den registrerede kan tage skridt til at udøve den.<sup>239</sup> Dermed sikrer oplysningspligten, at den registrerede efter en konkret vurdering, bliver oplyst om dennes rettigheder, så den registrerede er i stand til at udøve dem. Art. 13(2)(b) og 14(2)(c) indeholder derimod ikke en *udtrykkelig* oplysningspligt relateret til en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser, og ”Retten [...] til at gøre indsigelse mod behandling [...]”

---

<sup>236</sup> Databeskyttelsesforordningens art. 13(2) og art. 14(2).

<sup>237</sup> Databeskyttelsesforordningens art. 13(2)(b) og art. 14(2)(c).

<sup>238</sup> Samme Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 479.

<sup>239</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer for gennemsigtighed, WP260 Rev.01, 2018, s. 43.

udgør en henvisning til indsigelsesretten i art. 21, der udtrykkeligt regulerer indsigelse mod *behandling*. Det forhold at art. 21(4) allerede indeholder en lignende oplysningspligt, gør ikke henvisningen i art. 13(2)(b) og 14(2)(c) overflødig, da art. 21(4) præciserer oplysningspligten ved at specificere, at den registrerede udtrykkeligt skal gøres opmærksom på indsigelsesretten, og at oplysningerne skal meddeles klart og adskilt fra alle andre oplysninger, jf. art. 21(4).

Behovet for at præcisere, at oplysningspligten forbundet med indsigelsesretten i art. 21 skal ske udtrykkeligt, klart og adskilt fra andre oplysninger antyder, at det er en grundlæggende forudsætning for indsigelsesretten, at den registrerede ikke er i tvivl om eksistensen af sin ret eller hvordan den kan udøves. Se i samme retning ovenfor nævnte ændringsforslag fra LIBE-Komiteen, der i en anden sammenhæng fremhævede, at den registrerede skal gøres opmærksom på indsigelsesretten på en ”særdeles synlig måde”.<sup>240</sup> Sammenholdt med, at art. 13(2)(b) og 14(2)(c) indeholder, om end mindre præcise, men stadig *udtrykkelige* angivelser af de andre aktive rettigheder, så kan det hævdes, at en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser i art. 22(1) tillige bør fremgå forholdsvis tydeligt andetsteds i forordningen, da det i modsatte tilfælde savner mening at undtage en henvisning til en indsigelsesret i art. 22 fra indholdet i art. 13(2)(b) og 14(2)(c).

#### 6.3.3.2. *Oplysning om forekomsten af automatiske afgørelser mv.*

Art. 13(2)(f) og 14(2)(g) indeholder den dataansvarliges pligt til at give den registrerede en række oplysninger når fuldautomatiserede afgørelser forekommer. Det kan umiddelbart konstateres, at bestemmelserne ikke indeholder en *udtrykkelig* pligt til at oplyse den registrerede om en indsigelsesret i art. 22(1). I medfør af bestemmelserne, skal den dataansvarlige oplyse 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.”<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> LIBE-Komiteens betænkning, A7-0402/2013, s. 98.

<sup>241</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g).

Hvis bestemmelserne indeholder en pligt til at oplyse om en indsigelsesret i art. 22(1), må pligten være indeholdt i, og kunne udledes af pligten til at oplyse om i) forekomsten af automatiske afgørelser, herunder profilering, ii) de meningsfulde oplysninger om logikken eller iii) betydningen og de forventede konsekvenser af behandlingen.

Den dataansvarlige er forpligtet til at oplyse den registrerede om ”forekomsten af automatiske afgørelser, herunder profilering[...]”.<sup>242</sup> Dette indebærer, at den dataansvarlige alene kan være underlagt oplysningspligten, hvis fuldautomatiserede afgørelser forekommer, hvorefter der skal oplyses om forekomsten af automatiseret afgørelsesvirksomhed og eller profilering i behandlingen<sup>243</sup>

Yderligere skal den dataansvarlige oplyse om ”meningsfulde oplysninger om logikken heri”.<sup>244</sup> Oplysninger om *logikken* indebærer ikke, at den dataansvarlige skal oplyse om algoritmens kildekode eller give komplekse matematiske forklaringer,<sup>245</sup> da oplysningerne skal gives i en ”kortfattet, gennemsigtig, letforståelig og lettilgængelig form og i et klart og enkelt sprog”, jf. art. 12(1). Det antages derimod at pligten vedrører oplysning om de kategorier af oplysninger der anvendes, samt hvordan og hvorfor de anvendes, de faktorer der har haft betydning for afgørelsen og den relative vægtning af disse.<sup>246</sup> Generaladvokat P. Pikamäe opfatter forpligtelsen til at give meningsfulde oplysninger om logikken således, at den:

”indebærer tilstrækkeligt detaljerede forklaringer om den metode, der er anvendt [...], og grundene til, at man er nået frem til et bestemt resultat. Den dataansvarlige skal almindeligvis give den registrerede generelle oplysninger, navnlig om de faktorer, der er

---

<sup>242</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g).

<sup>243</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 26; Zanfir-Fortuna: Article 13 Information to be provided where personal data are collected from the data subject, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 429; Korfits Nielsen & Lotterup: Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer, 2020, s. 481; Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 293.

<sup>244</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g).

<sup>245</sup> I samme retning Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 32f.

<sup>246</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 32f., i en anden retning se Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, International Journal of Law and Information Technology, vol. 27/2, 2019, s. 112, der dog antager, at der yderligere skal oplyses om begrundelsen for, hvorfor en bestemt afgørelse blev truffet.



blevet taget i betragtning i forbindelse med beslutningsprocessen, og om deres respektive betydning på et aggregeret plan, der er hensigtsmæssige med henblik på at bestride enhver »afgørelse« som omhandlet i databeskyttelsesforordningens artikel 22, stk. 1»<sup>247</sup>

I Justitsministeriets betænkning nr. 1565/2017 er det antaget, at det afgørende er, om den registrerede kan ”forstå de overvejelser, der ligger til grund for behandlingen, og hvordan ”systemet” kommer frem til de forskellige afgørelser”,<sup>248</sup> hvilket synes at udgøre en passende opsummering af ovenstående opfattelser.

Endelig skal den dataansvarlige oplyse om ”betydningen og de forventede konsekvenser af en sådan behandling for den registrerede”<sup>249</sup> Ifølge Artikel 29-gruppens retningslinjer om automatiske afgørelser indebærer det, at den dataansvarlige oplyser den registrerede om ”en påtænkt eller fremtidig behandling og om, hvordan de automatiske afgørelser kan påvirke den registrerede”.<sup>250</sup> Hertil nævnes som eksempel et forsikringsselskab, der anvender automatisering til at fastsætte forsikringspræmier baseret på overvågning af forsikringstagernes kørselsadfærd. I den forbindelse kan oplysningerne indebære en forklaring af, at farlig kørsel kan føre til højere forsikringspræmier.<sup>251</sup> Hverken den dataansvarliges pligt til at oplyse om forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser, logikken heri, og afgørelsernes betydning og konsekvenser, giver indtryk af, at den dataansvarlige har en pligt til at oplyse om en eventuel indsigelsesret i art. 22(1).

### **6.3.4. Opsamling på oplysningspligten**

Ingen af forordningens bestemmelser indeholder en udtrykkelig oplysningspligt forbundet med en indsigelsesret i art. 22(1). Det kan ikke afvises, at en sådan oplysningspligt kan udledes af art. 22(1) og dens sammenhæng med resten af forordningen, og det skal erindres, at behandlingen ikke omfatter spørgsmålet om en efterfølgende forklaring eller begrundelsespligt, men det kan lægges til grund at en sådan oplysningspligt under alle omstændigheder ikke fremgår tydeligt. På baggrund af ovenstående analyse af art. 12(1), art. 13(2) og art. 14(2) er det dog tvivlsomt, at der

---

<sup>247</sup> Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, SCHUFA Holding m.fl., punkt 58.

<sup>248</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 293.

<sup>249</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g).

<sup>250</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 27.

<sup>251</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 27.

foreligger en sådan oplysningspligt.<sup>252</sup> Det bliver kun yderligere tvivlsomt, når databeskyttelsesforordningens krav til gennemsigtighed tages i betragtning, da der med rimelighed kan opstilles en formodning for, at en sådan oplysningspligt i så fald ville fremgå mere tydeligt i forordningen. Fraværet af en tydelig oplysningspligt, står i kontrast til, at der ikke er en tilsvarende uklarhed forbundet med indholdet i art. 13(2)(b) og 14(2)(c) sammenholdt præciseringen i art. 21(4). Fraværet af en tydelig pligt til at oplyse den registrerede om dennes eventuelle indsigelsesret usandsynliggør at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret.

#### **6.4. Henvisningernes betydning i art. 13(2)(f) og 14(2)(g)**

Foruden spørgsmålet om en oplysningspligt tilsvarende art. 21(4), giver art. 13(2)(f) og 14(2)(g) også anledning til en række øvrige overvejelser af betydning for analysen af art. 22(1). Overvejelserne udspringer af bestemmelsernes henvisning til ”forekomsten af automatiske afgørelser [...] som omhandlet i artikel 22, stk. 1 og 4[...]”. Hvis art. 22(1) indeholder et forbud, kan det forstås sådan, at den dataansvarlige er forpligtet til at oplyse den registrerede om en aktivitet, der er forbudt.<sup>253</sup> Derudover kan fraværet af en henvisning til art. 22(2) forstås sådan, at afgørelser baseret på en af undtagelserne i art. 22(2) ikke er omfattet af oplysningspligten.

På den ene side, kan henvisningen til art. 22(1) i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) anses som udtryk for, at art. 22(1) nærmere definerer fuldautomatiserede afgørelser som omfattet af art. 22 i dens helhed, og henvisningen er således en generel reference til fuldautomatiserede afgørelser, der lovligt kan finde sted efter art. 22. Henvisningen illustrerer derfor, at oplysningspligten omfatter hele art. 22.<sup>254</sup> Dermed er henvisningen til art. 22(1) ikke til hinder for at anse art. 22(1) som en forbudsbestemmelse.

På den anden side, er der argumenteret for at fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(2) ikke er omfattet af oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), hvilket giver

---

<sup>252</sup> Modsat Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 157.

<sup>253</sup> Se nærmere Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 156; samme Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>254</sup> Samme Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 26.

henvisningen til art. 22(1) selvstændig betydning, og usandsynliggør at art. 22(1) bør anskues som en generel reference.<sup>255</sup> Denne opfattelse kan støttes af, at bestemmelserne også henviser til art. 22(4). Hvis henvisningen til art. 22(1) er udtryk for en generel reference, så er henvisningen til art. 22(4) overflødig, da fuldautomatiserede afgørelser omfattet af art. 22(4) allerede er omfattet af oplysningspligten som følge af henvisningen til art. 22(1).<sup>256</sup> Dette antyder, at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret.

Begge opfattelser er umiddelbart overbevisende, og det er derfor nødvendigt at vurdere den bagvedlæggende argumentation yderligere, med henblik på indledningsvis at undersøge, hvorvidt fuldautomatiserede afgørelser, der er baseret på en af undtagelserne i art. 22(2), er omfattet af oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), som en nødvendig forudsætning for, efterfølgende at tage stilling til, hvilken betydning henvisningen til art. 22(1) og 22(4) har for fortolkningen af art. 22(1).

#### **6.4.1. Er art. 22(2) omfattet af oplysningspligten?**

##### *6.4.1.1. Inddragelse af retshåndhævelsesdirektivets art. 11*

Til støtte for at oplysningspligten ikke omfatter art. 22(2), er der argumenteret med henvisning til forholdet mellem oplysningspligten i retshåndhævelsesdirektivets art. 13, og forbuddet mod fuldautomatiserede afgørelser i direktivets art. 11(1).<sup>257</sup> Som præsenteret i afsnit 6.1.2, finder forbuddet ikke anvendelse, hvis den fuldautomatiserede afgørelse er hjemlet i EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret, jf. direktivets art. 11(1). Undtagelsen svarer overordnet set til undtagelsen i forordningens art. 22(2)(b). Derimod indeholder oplysningspligten i direktivets art. 13, ikke en specifik oplysningspligt ved forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser tilsvarende oplysningspligten i forordningens art. 13(2)(f) og 14(2)(g). Det indebærer, at når fuldautomatiserede afgørelser efter retshåndhævelsesdirektivet er lovhjemlet, så har den

---

<sup>255</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 156f; I samme retning Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>256</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decision: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 157; I samme retning Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 191.

<sup>257</sup> Se nærmere Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 157.

registrerede ikke ret til at modtage nærmere oplysninger herom. Det indikerer, at art. 22(2)(b) ikke er omfattet af oplysningspligten, da en lignende oplysningspligt ikke foreligger i direktivet i tilsvarende situationer.

Argumentationen tager dog ikke højde for, at retshåndhævelsesdirektivet og databeskyttelsesforordningen er baseret på forskellige hensyn og tilsigter en forskellig beskyttelse. Retshåndhævelseshensyn, hensyn til kriminalitetsbekæmpelse og en effektiv strafferetlig efterforskning sammenholdt medlemsstaternes behov for suverænitet på området indebærer, at den registrerede nyder en svagere beskyttelse efter direktivet sammenlignet forordningen.<sup>258</sup> Som Udsen påpeger: ”muligheden for at kunne foretage strafferetlig efterforskning og retsforfølgelse kan rykke på balancen mellem privatlivshensyn og de hensyn, der tilsiger behandling af personoplysninger.”<sup>259</sup>

Retshåndhævelsesdirektivet er tidligere inddraget som fortolkningsbidrag i nærværende afhandling, men det er vigtigt at holde for øje, at for så vidt analysen indeholder en sammenligning af *rettighedsomfanget* i de to instrumenter, så udgør fraværet af en ret eller en forpligtelse i direktivet et ganske svagt argument, når argumentationen ikke samtidig tager højde for instrumenternes bagvedlæggende hensyn og begrundelser. Der er derfor en række hensyn i retshåndhævelsesdirektivet, der kan begrunde en lavere grad af gennemsigtighed og det forhold, at direktivet ikke indeholder en oplysningspligt tilsvarende forordningens art. 13(2)(g) og 14(2)(g) kan næppe belyse bestemmelsernes samspil med forordningens art. 22.

#### 6.4.1.2. Gennemsigtighed som forudsætning i art. 22(2)

Hvis art. 22(2)(b) ikke er omfattet af art. 13(2)(f) og 14(2)(g), resulterer det i, at den offentlige sektor ikke omfattes af oplysningsforpligtelserne, hvilket kan være u hensigtsmæssigt, da hensynet til gennemsigtighed er lige stort i både den offentlige som den private sektor.<sup>260</sup> Det må derfor antages, at hvis art. 22(2) ikke er omfattet af oplysningspligten, så må en tilstrækkeligt tilsvarende gennemsigtighed sikres på anden vis.

---

<sup>258</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 274; Blume: Den nye persondataret, 2018, s. 64.

<sup>259</sup> Udsen: IT-ret, 2021, s. 274.

<sup>260</sup> Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 223f, men henvisning til Blume: Personen i persondataretten, 2019, s. 106, note 14.

Der er argumenteret for, at en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed i stedet sikres ved, at den registrerede forudsætningsvis får kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser, enten ved indgåelsen af en kontrakt relateret til art. 22(2)(a), via offentliggørelsen af love for så vidt angår art. 22(2)(b) og endelig som en nødvendig forudsætning for at kunne give sit *udtrykkelige* samtykke efter art. 22(2)(c).<sup>261</sup>

Hertil skal bemærkes, at art. 22(2)(a) som behandlet i afsnit 3.3.1, antageligt finder anvendelse i situationer, hvor resurse-mæssige hensyn kan gøre det nødvendigt at anvende fuldautomatiseret behandling med henblik på at træffe afgørelser. Det kan være tilfældet, hvis manuel behandling vil blive uforholdsmæssigt tidskrævende, f.eks. ved et omfattende antal jobansøgere til et stillingsopslag.<sup>262</sup> I denne kontekst omfatter afgørelsesbegrebet også afslag på en jobansøgning. Det er således ikke kun i de tilfælde, hvor der foreligger et egentligt forudgående eller tilknyttet kontraktgrundlag og eller andet materiale, at art. 22(2)(a) kan finde anvendelse, men også i situationer hvor kontraktgrundlaget eller lignende først tilvejebringes efter den fuldautomatiserede afgørelse er truffet.<sup>263</sup> Det er derfor ikke korrekt, at den registrerede forudsætningsvis får kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser, når art. 22(2)(a) anvendes, hvilket ej heller er tilfældet, når en lov offentliggøres i relation til art. 22(2)(b). Det er ikke nødvendigvis sikkert, at den registrerede som resultat heraf, får tilstrækkeligt kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser. Som Blume bemærker om spørgsmålet: ”Behovet for transparens er mindst lige så stort, og behovet for den disciplinering, som artikel 22 symboliserer, er også stort. Der er tale om en noget naiv tro på, at når lovgivning er grundlaget, så vil alt være i orden.”<sup>264</sup> Det er således alene for så vidt angår art. 22(2)(c), at den registrerede formentlig får kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser for at kunne give et udtrykkeligt og informeret samtykke.

Ovenstående synes dog at være baseret på den opfattelse, at en tilstrækkelig grad af gennemsigtighed, for så vidt angår undtagelserne i art. 22(2), kan opnås ved, at den

---

<sup>261</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 157.

<sup>262</sup> Se Udsen: IT-ret, 2021, s. 366.

<sup>263</sup> Se Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 24, hvor der som eksempel nævnes en virksomhed, der først *efter* at have opslået en ledig stilling konstaterer behovet for automatisk behandling.

<sup>264</sup> Blume: Personen i persondataretten, 2019, s. 106, note 3, der dog antager at art. 22(2) ikke er omfattet af oplysningspligten.

registrerede alene får kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser. Modsat indebærer oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), at den dataansvarlige både skal oplyse om forekomsten af automatiserede afgørelser, meningsfulde oplysninger om logikken heri og de forventede konsekvenser af en sådan behandling.<sup>265</sup> Det kan næppe være tilfældet, at den grad af gennemsigtighed som oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) er udtryk for, ikke tilsvarende omfatter de situationer, hvor fuldautomatiserede afgørelser er baseret på en af undtagelserne i art. 22(2), uagtet om det er resultatet af en konkret oplysningspligt eller som en forudsætning for bestemmelsernes anvendelse. Selvom man således lægger ovenstående opfattelse til grund, så er det formentlig ikke tilstrækkeligt, at den registrerede alene får kendskab til forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser i den henseende.

#### *6.4.1.3. Gennemsigtighed som led i passende foranstaltninger*

Derimod kan der argumenteres for, at en sådan gennemsigtighedsforpligtelse i så fald kan udledes af gennemsigtighedsprincippet i art. 5(1)(a), sammenholdt præambelbetragtning 71, der angiver: ”En sådan behandling bør under alle omstændigheder være omfattet af de fornødne garantier, herunder *specifik underretning* af den registrerede”(vores fremhævelse).<sup>266</sup> Dertil, at en sådan gennemsigtighed ved underretning, antageligt kan være en del af de passende foranstaltninger, der følger af art. 22(2)(b) og 22(3).<sup>267</sup>

Både art. 22(2)(b) og 22(3) indeholder krav om passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes rettigheder, når undtagelserne i art. 22(2) giver adgang til at anvende fuldautomatiserede afgørelser. Modsat art. 22(2)(b) angiver art. 22(3) en række ikke udtømmende mindsterettigheder knyttet til kravet om passende foranstaltninger: ret til menneskelig indgriben, til at fremkomme med sine synspunkter og til at bestride afgørelsen, hvilket må indebære, at den registrerede modtager oplysninger i samme omfang, som gælder efter art. 13(2)(f) og 13(2)(g) for overhovedet at kunne udøve disse rettigheder på kvalificeret vis. Den registrerede kan næppe bestride afgørelsen og fremkomme med sine synspunkter, hvis den registrerede ikke har modtaget, f.eks.

---

<sup>265</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g), samt behandlingen heraf oven for i afsnit 6.3.3.2.

<sup>266</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 157, note 92.

<sup>267</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 157, note 92.

meningsfulde oplysninger om den logik systemet anvender eller betydningen samt konsekvenserne af den fuldautomatiserede afgørelse.<sup>268</sup> I fravær af en konkret oplysningspligt, må de passende foranstaltninger med overvejende sandsynlighed indebære en pligt til at oplyse den registrerede om forekomsten af fuldautomatiserede afgørelser og formentlig tillige en række nærmere oplysninger herom. Hertil antages tilsvarende, at passende foranstaltninger efter art. 22(2)(b) tillige kan omfatte en ret til menneskelig indgriben og klagemulighed.<sup>269</sup> Hvis art. 22(2) ikke er omfattet af art. 13(2)(f) og art. 14(2)(g), må det derfor antages, at en tilsvarende og tilstrækkelig grad af gennemsigtighed følger af kravet til passende foranstaltninger i art. 22(2)(b) og art. 22(3). Denne opfattelse finder også støtte i forordningens præambelbetragtning 71, der angiver: ”En sådan behandling bør under alle omstændigheder være omfattet af de fornødne garantier, herunder specifik underretning af den registrerede”.

Det indebærer dog, at der må være en selvstændig begrundelse for at undtage art. 22(2) fra oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), hvis fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(2), alligevel er omfattet af tilsvarende krav til gennemsigtighed, som var de omfattet af den konkrete oplysningspligt. Særligt når det tages i betragtning, at for så vidt art. 22(1) fortolkes som en indsigelsesret, så er fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(2) formentlig mere indgribende, end afgørelser efter art. 22(1). En mulig forklaring kan være, at medlemsstaterne selv har mulighed for at fastlægge gennemsigtighedsniveauet når de vedtager lovgivning i forbindelse med art. 22(2)(b), hvorfor det er udtryk for et hensyn til medlemsstaternes suverænitet.<sup>270</sup> Det flugter også med, at art. 22(3) ikke omfatter art. 22(2)(b), der i stedet giver medlemsstaterne et skøn og råderum. Det hensyn begrundet dog alene en undtagelse af art. 22(2)(b) fra oplysningspligten. Hertil skal fremhæves, at henvisningen til art. 22(4) indebærer at fuldautomatiserede afgørelser baseret på følsomme oplysninger, ”der er omhandlet i stk. 2”,<sup>271</sup> og i øvrigt opfylder en af undtagelserne i bestemmelsen, omfattes af oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g). Det resulterer i, at det alene er afgørelser, der er baseret på almindelige personoplysninger efter art. 22(2), der er undtaget fra

---

<sup>268</sup> Se nærmere afsnit 6.3.3.2 ovenfor.

<sup>269</sup> Se afsnit 3.3.2 ovenfor.

<sup>270</sup> I samme retning Blume: Personen i persondataretten, 2019, s. 106, note 3.

<sup>271</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(4).

oplysningspligten. Er hensigten derfor blot at undtage fuldautomatiserede afgørelser baseret på almindelige personoplysninger efter art. 22(2)(b) fra oplysningspligten, kunne art. 13(2)(f) og 14(2)(g), foruden henvisning til art. 22(1) og art. 22(4), henvise til afgørelserne omhandlet i art. 22(3) og dermed præcisere, at alene afgørelser i henhold til art. 22(2)(b) er undtaget, da en henvisning til art. 22(3) vil omfatte afgørelser efter art. 22(2)(a) og 22(2)(c).

#### *6.4.1.4. forholdet mellem oplysningspligten og art. 22(2)*

Når ovenstående sammenfattes, så sikrer kravet til passende foranstaltninger i art. 22(2)(b), men særligt art. 22(3) formentlig et tilsvarende niveau af gennemsigtighed, som var art. 22(2) omfattet af art. 13(2)(f) og 14(2)(g). Det indebærer dog, at der ikke er noget grundlag for at undtage art. 22(2) fra oplysningspligten, foruden hensynet til medlemsstaternes suverænitet, og det hensyn omfatter alene art. 22(2)(b), og det gælder alene for fuldautomatiserede afgørelser baseret på almindelige personoplysninger, jf. art. 22(4). Det resulterer i, at hvis art. 22(2) ikke er omfattet af art. 13(2)(f) og 14(2)(g), så er det formentlig alene af betydning for afgørelser efter art. 22(2)(b). Det virker unødvendigt kompliceret, når samme resultat kan opnås ved, at bestemmelserne tillige henviser til de afgørelser, der er omfattet af art. 22(3). Oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) og de passende foranstaltninger efter art. 22(2)(b) og 22(3) skal formentlig ansues som hvert sit komplimenterende element i den samlede beskyttelse af den registreredes rettigheder. På den baggrund må henvisningen i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) opfattes således at bestemmelserne omfatter fuldautomatiserede afgørelser baseret på undtagelserne i art. 22(2).

#### **6.4.2. Henvisningen til art. 22(4)**

På baggrund af ovenstående behandling af og konklusion om, at art. 22(2) er omfattet af oplysningspligten, kan den nærmere betydning af bestemmelsernes henvisning til art. 22(1) og 22(4) behandles. Det tager sit afsæt i henvisningen til art. 22(4). I den henseende er det hævdet, at en fortolkning af henvisningen i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) til art. 22(1) som en generel reference til fuldautomatiserede afgørelser, der lovligt kan finde sted efter art. 22 i dens helhed, i så fald vil omfatte alle afgørelser efter art. 22. Det indebærer, afgørelser som omhandlet i art. 22(4), ville være omfattet af henvisningen til art. 22(1),



og dermed gøre henvisningen til art. 22(4) overflødig.<sup>272</sup> Det er dog ikke nødvendigvis tilfældet, og henvisningen til både art. 22(1) og 22(4) kan være begrundet i andre overvejelser:

For det første, kan henvisningen til art. 22(1), ses som udtryk for en generel reference til alle fuldautomatiserede afgørelser i art. 22, hvorfor henvisningen til art. 22(1) er af definerende karakter, hvor henvisningen til art. 22(4) i stedet er af præciserende karakter. Den grundlæggende forskel mellem art. 22(1) og 22(4) er, at sidstnævnte opstiller yderligere begrænsninger, når fuldautomatiserede afgørelser er baseret på følsomme oplysninger. Som præsenteret i afsnit 6.3.1, skal oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g) iagttages før den fuldautomatiserede afgørelse. Henvisningen til både art. 22(1) og 22(4) kan derfor forklares med, at de oplysninger den dataansvarlige skal give i henhold til art. 13(2)(f) og 14(2)(g) ændrer karakter, hvis der indgår følsomme oplysninger i den automatiserede behandling, der fører til afgørelsen. Det kan eksempelvis være tilfældet, når den dataansvarlige skal oplyse den registrerede om betydningen og de forventede konsekvenser ved behandlingen, der må antages at kunne variere alt efter kategorien af personoplysninger der behandles. Hensigten er at præcisere dette.

For det andet, kan henvisningen i stedet opfattes som en generel reference, men alene for fuldautomatiserede afgørelser defineret i art. 22(1), der undtagelsesvis kan forekomme efter art. 22(2), forudsat forpligtelserne efter art. 22(3) er overholdt. Dermed er henvisningen til art. 22(1) udtryk for en adskillelse mellem art. 22(1), 22(2) og 22(3) fra art. 22(4). Det er udtryk for, at oplysningspligten gælder for lovlige fuldautomatiserede afgørelser, som defineret i art. 22(1), hvorfor det er underforstået, at oplysningspligten vedrører afgørelser relateret til undtagelserne i art. 22(2). Denne opfattelse giver også mening i lyset af art. 22(4). Art. 22(4) indeholder et forbud, men oplysningspligten gælder afgørelser, som omhandlet i art. 22(4), når de lovligt kan forekomme, hvorfor det er underforstået, at det er i tilfælde af, at bestemmelsens iboende betingelser er opfyldt, hvilket tillige indebærer, at en af undtagelserne i art. 9(2)(a) eller art. 9(2)(g) finder

---

<sup>272</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 157; I samme retning Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 191.

anvendelse. Henvisningen til art. 22(1), forstået som udtryk for en generel reference, der indebærer at alle afgørelser efter art. 22 omfattes af oplysningspligten, indebærer derfor ikke nødvendigvis, at henvisningen til art. 22(4) er overflødig.

#### **6.4.3. Henvisningen til art. 22(1) – udtryk for generel reference eller indsigelsesret**

I de forudgående afsnit blev det sandsynliggjort, at art. 22(2) er omfattet af oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), samt at bestemmelsernes henvisning til art. 22(4) kan have selvstændig betydning, uagtet indholdet i art. 22(1). Med afsæt heri, skal spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelsernes henvisning til art. 22(1) enten skal opfattes som en henvisning til en generel reference eller omvendt, en pligt til at oplyse om en ulovlig aktivitet, nærmere behandles.

Der er argumenteret for, at for så vidt art. 22(1) indeholder en indsigelsesret, så vil fraværet af konkrete og udtrykkelige gennemsigtighedsbestemmelser knyttet til art. 22(1), resultere i, at den registrerede ikke nødvendigvis bliver oplyst om forekomsten af automatiserede afgørelser efter art. 22(1). Hertil er påpeget, at det nødvendiggør tilstedeværelsen af en specifik oplysningspligt herom i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), også for at muliggøre, at den registrerede kan udøve sin indsigelsesret i medfør af art. 22(1).<sup>273</sup> Dermed er henvisningen til art. 22(1) både nødvendig og har selvstændig betydning, hvis art. 22(1) fortolkes som en indsigelsesret.

Argumentet er overbevisende, men som behandlet ovenfor kan det ikke tiltrædes, at art. 22(2) er undtaget fra oplysningspligten, hvilket for det første giver henvisningen til art. 22(1) en anden betydning. I lyset heraf ville ovenstående argumentation fremstå langt mere overbevisende, hvis art. 13(2)(f) og 14(2)(g) foruden at henvise til art. 22(1), også henviste til art. 22(3), med henblik på at illustrere at art. 22(2)(a) og 22(2)(c) var omfattet af oplysningspligten. Det ville tydeliggøre, at art. 22(1) måtte have selvstændig betydning, da det ville savne mening at fortolke henvisningen til art. 22(1) som en generel reference, hvis der tillige var henvist til art. 22(2). Det skal tillige erindres, at art. 13(2)(f)

---

<sup>273</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 157; samme Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 223.

og 14(2)(g) ikke indeholder en pligt til at oplyse den registrerede om en eventuel indsigelsesret i art. 22(1), hvilket slår pusten ud af argumentet.<sup>274</sup>

Yderligere skal der knyttes en kommentar til argumentationen om, at en fortolkning af art. 22(1) som en forbudsbestemmelse vil indebære, at art. 13(2)(f) og 14(2)(g) indfører en oplysningspligt til at oplyse om en aktivitet der er forbudt, så skal det bemærkes, at samme overvejelser – vedrørende en pligt til at oplyse om en ulovlig aktivitet - gør sig gældende i relation til bestemmelseens henvisning til art. 22(4). Art. 22(4) indeholder et forbud mod at basere fuldautomatiserede afgørelser, på følsomme oplysninger, medmindre art. 9(2)(a) eller 9(2)(g) finder anvendelse, hvorfor en henvisning hertil tillige kan opfattes således, at der dermed indføres en pligt til at oplyse om ulovlige aktiviteter. Det er muligt, at det forhold at art. 22(4) både indeholder forbuddet, undtagelserne hertil, og kravet om passende foranstaltninger i samme bestemmelse, adskiller den fra art. 22(1), der i så fald alene indeholder et forbud. Overordnet må art. 22(4) dog betegnes som en forbudsbestemmelse, og fortolkes art. 22(1) som en forbudsbestemmelse, så indeholder både art. 22(1) og art. 22(4) et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser, hvoraf sidstnævnte angår afgørelser baseret på følsomme oplysninger, men begge forbud er underlagt egne undtagelser, og dermed er henvisningen til art. 22(1) og 22(4) blot illustrativ for at der skal oplyses om fuldautomatiserede afgørelser, som defineret i art. 22(1), når de lovligt kan forekomme efter de to bestemmelser.

#### **6.4.4. Opsamling på henvisningernes betydning**

Mest taler for, at henvisningen til art. 22(1) er udtryk for en generel reference. Det kan dog ikke definitivt afvises, at henvisningen til art. 22(1) indebærer, at bestemmelsen skal opfattes som en indsigelsesret, da den dataansvarlige ellers vil være forpligtet til at oplyse om ulovlige aktiviteter. Det skal dog bemærkes, at ved nærmere gennemgang fremstår argumentationen mindre overbevisende, og synes baseret på en række tvivlsomme antagelser, der i det store hele står og falder med, hvorvidt det tiltrædes, at art. 22(2) er undtaget fra oplysningspligten. I nærværende afhandling antages det, at art. 22(2) derimod er omfattet af oplysningspligten i art. 13(2)(f) og 14(2)(g), hvorfor henvisningen til art. 22(1) i højere grad bør anses som en generel reference, der indebærer at alle afgørelser omhandlet i art. 22 er omfattet af oplysningspligten. I lyset heraf kolliderer

---

<sup>274</sup> Se behandlingen oven for i afsnit 6.3.4.

henvisningen til art. 22(1) ikke nødvendigvis med en fortolkning af bestemmelsen som et forbud.

### **6.5. Henvisningens betydning i art. 22(4)**

Foruden forholdet mellem art. 22(4) og bestemmelserne om oplysningspligt, giver forholdet mellem art. 22(1) og art. 22(4) tillige anledning til nærmere behandling. Art. 22(4) indeholder et forbud mod at basere ”De afgørelser, der er omhandlet i stk. 2, [...]”<sup>275</sup> på følsomme oplysninger. Henvisningen til art. 22(2) - i stedet for en henvisning til art. 22(1) - antyder, at art. 22(1) indeholder et forbud, da fuldautomatiserede afgørelser ikke er omfattet af forbuddet i art. 22(4), hvis de ikke er omfattet af art. 22(2). Det resulterer i, at fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(1) kan baseres på følsomme oplysninger i bredere omfang, end afgørelser efter art. 22(2).<sup>276</sup>

Der er argumenteret for, at henvisningen til art. 22(2) alene bør opfattes som en præcisering af, at forbuddet i art. 22(4) har forrang for undtagelserne i art. 22(2).<sup>277</sup> Hvilket som defineret oven for i afsnit 4.2.1, er baseret på opfattelsen af, at fuldautomatiserede afgørelser omfattet af art. 22(2) er mere byrdefulde end fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(1), da sidstnævnte afgørelser ikke kan påtvinges den registrerede i medfør af indsigelsesretten efter art. 22(1).<sup>278</sup> Argumentationen støttes yderligere på den betragtning, at behandlingen, der fører til afgørelser efter art. 22(1), stadig er omfattet af begrænsningerne i forordningens art. 9, på trods af, at de ikke er omfattet af forbuddet i art. 22(4).<sup>279</sup>

---

<sup>275</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(4).

<sup>276</sup> I same retning Pehrsson: The Meaning of the GDPR Article 22, Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 31 17-22, 2018, s. 18f.

<sup>277</sup> Se nærmere Tosoni: The right to object to automated individual decision: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 156; samme Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Kuner m.fl.: The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, 2020, s. 539.

<sup>278</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decision: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 156.

<sup>279</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decision: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021, s. 156.

På baggrund af ovenstående bliver spørgsmålet, om afgørelser efter art. 22(2) kræver en stærkere beskyttelse, end eventuelle afgørelser efter art. 22(1), men spørgsmålet afhænger af, hvordan indsigelsesretten opfattes. Hvis det generelt tiltrædes at indsigelsesretten regulerer afgørelsernes bindende virkning, så er afgørelser efter art. 22(1) mindre byrdefulde, og så kan det forklare, hvorfor forbuddet i art. 22(4) er begrænset til bindende afgørelser efter art. 22(2). Dermed udgør art. 22(4) en begrænsning i adgangen til at basere fuldautomatiserede afgørelser på følsomme oplysninger til art. 9(2)(a) og 9(2)(g). I forlængelse af dette, kan fuldautomatiserede afgørelser efter art. 22(1) baseres på følsomme oplysninger, forudsat en af undtagelserne i art. 9(2) finder anvendelse, og ikke alene art. 9(2)(a) og 9(2)(g)

Indeholder art. 22(1) derimod et forbud, så opstår der ikke samme sondring mellem bindende og ikke bindende fuldautomatiserede afgørelser, hvorfor henvisningen indebærer, at alle fuldautomatiserede afgørelser i art. 22 er omfattet af forbuddet i art. 22(4). Henvisningen er derfor ikke videre afgørende, men derimod afhængig af hvordan indsigelsesretten opfattes.

## **6.6. Tidsfristspørgsmålet**

### **6.6.1. Præsentation af spørgsmålet**

Et betydeligt, men umiddelbart overset spørgsmål i diskussionen af, om art. 22(1) indeholder et forbud eller en indsigelsesret, er hvilken betydning det har, at indsigelsesretten i så fald er tidsbegrænset. Det er ikke tiltænkt som et retspolitisk indspark, men en undersøgelse af de eventuelle udfordringer en tidsbegrænset indsigelsesret i art. 22(1) kan medføre, med henblik på at inddrage forholdet i fortolkningen af art. 22(1).

Indledningsvis kan det lægges til grund, at en tidsfrist herfor ikke fremgår udtrykkeligt af hverken art. 22 eller resten af databeskyttelsesforordningen. Når der argumenteres til fordel for en fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret, så bør argumentationen indeholde en stillingtagen til betydningen af at indsigelsesretten er tidsbegrænset, eller med andre ord, fraværet af en frist for, hvor længe den registrerede har ret til at gøre indsigelse mod den fuldautomatiseret afgørelse. Det umiddelbare svar er, at fraværet af en tidsfrist ingen betydning har, da den registrerede kan gøre indsigelse mod den fuldautomatiserede afgørelsesvirksomhed, så længe den pågår. Det skal dog erindres, at

indsigelsesretten antages at skulle udøves efter den fuldautomatiserede afgørelse er truffet, og spørgsmålet er således mere kompliceret end det umiddelbart fremstår.

Til illustration kan indsigelsesretten i forordningens art. 21(1) inddrages. Bestemmelsen giver den registrerede en begrænset ret til indsigelse mod en ellers lovlig *behandling* af personoplysninger. Indsigelsesretten er ikke underlagt tidsbegrænsninger, jf. formuleringen ”*til enhver tid ret til*”.<sup>280</sup> Fraværet af tidsmæssige begrænsninger efter art. 21 kan forklares med, at en tidsfrist i medfør af art. 21 vil være meningsløs og uhensigtsmæssig, da indsigelsesretten er relevant, så længe personoplysningerne behandles. Når den registrerede har adgang til at gøre indsigelse i medfør af art. 21(1), så resulterer det som udgangspunkt i, at den dataansvarlige ikke længere må behandle personoplysningerne. Undlader den registrerede derimod at udøve sin indsigelsesret, så fortsætter behandlingen af personoplysninger indtil den af andre grunde ophører. Dette er ikke nødvendigvis tilfældet for en indsigelsesret efter art. 22(1).

Hertil skal det erindres, at i nærværende afhandling, er fortolkningen af art. 22(1) som en indsigelsesret baseret på den opfattelse, at indsigelsesretten må omhandle afgørelsens bindende virkning, og som erindret ovenfor, at indsigelsesretten skal udøves *efter* at afgørelsen er truffet.<sup>281</sup> Som behandlet i afsnit 4.2.2, medfører den opfattelse af indsigelsesretten, at uoverensstemmelsen mellem art. 22(1) som en indsigelsesret, og samtykke-undtagelsen i art. 22(2)(c) forsvinder. Denne opfattelse medfører dog tillige, at spørgsmålet om en tidsfrist aktualiseres, da der ikke gøres indsigelse mod en fortløbende aktivitet, men mod afgørelsen forstået som en bestemt disposition eller handling. Det kan stilles op således, at indsigelsesretten enten anses som en indsigelsesret mod den behandling der fører til afgørelsen, hvilket indebærer at art. 22(2)(c) bliver meningsløs, da det indebærer at den registrerede kan give samtykke til *og* gøre indsigelse mod, den samme behandling. Eller også anses indsigelsen som en efterfølgende indsigelse mod afgørelsen, og det er i den forbindelse, at spørgsmålet om en tidsfrist får betydning.

---

<sup>280</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 21(1).

<sup>281</sup> Se afsnit 4.1.1 – 4.1.2 ovenfor, hvor sondringen mellem behandling og afgørelse er behandlet.

### 6.6.2. Den praktiske betydning af en tidsfrist

Hvis den registrerede gør indsigelse i medfør af art. 22(1), så forudsætter det, at der sker menneskelig indgriben.<sup>282</sup> Det antages, at afgørelsesbegrebet i art. 22 skal fortolkes bredt, og dermed er det ikke kun afgørelser i traditionel forstand der er omfattet, men også en række andre dispositioner.<sup>283</sup> Når den dataansvarlige træffer afgørelser efter art. 22(1), så kan fraværet af en tidsfrist bevirke, at den dataansvarlige potentielt længe efter afgørelsen, skal tage stilling til en tidligere truffet fuldautomatiserede afgørelse.

Det kan hævdes, at en indsigelse mod en fuldautomatiseret afgørelse næppe er synderlig problematisk for den dataansvarlige, da det blot indebærer, at den dataansvarlige manuelt vurderer afgørelsen på ny, hvilket den dataansvarlige alligevel skulle have gjort, hvis fuldautomatiseret behandling ikke var anvendt til at træffe afgørelsen. Omvendt, kan der tages udgangspunkt i Artikel 29-gruppens eksempel om automatisering i en rekrutteringsproces<sup>284</sup>, men hvor den konkrete situation - modsat eksemplet - ikke opfylder nødvendighedskriteriet i art. 22(2)(a) grundet automatiseringens omfang. Her vil systemets frasortering af ansøgere være en fuldautomatiseret afgørelse truffet efter art. 22(1). Indeholder art. 22(1) ikke et forbud, så kan den dataansvarlige anvende automatisering i dette tilfælde. De ansøgere, der som led i den fuldautomatiserede proces får afslag, vil potentielt have en tidsubegrænset indsigelsesret mod den fuldautomatiserede afgørelse, som afslaget udgør. Som resultat kan arbejdsgiveren blive mødt af en eller flere indsigelser efter, at ansættelsesforløbet er afsluttet. Det vil i så fald forudsætte, at en fysisk person hos arbejdsgiveren gennemgik samtlige klager, der alt efter omfanget af den dataansvarliges generelle anvendelse af fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed kan indebære allokering af væsentlige resurser, hvilket kan være uhensigtsmæssigt. Endnu mere væsentligt er dog at overveje, hvilke konsekvenser indsigelsen har i denne situation. Der er ikke tvivl om, at den menneskelige indgriben, der er en forudsætning for at kunne bestride en afgørelse efter art. 22(3), ikke nødvendigvis fører til, at afgørelsen ændres, hvilket følgelig heller ikke er tilfældet efter art. 22(1). Omvendt er indsigelsesretten som afgrænset oven for i afsnit 4.3 næppe tilstrækkelig i dette tilfælde. Hvis den dataansvarlige blot modtager indsigelsen, og

---

<sup>282</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 37.

<sup>283</sup> Se afsnit 3.2.2 oven for.

<sup>284</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 24.

konstaterer at afgørelsen ikke længere har virkning, så er indsigelsesretten meningsløs for den registrerede. Den menneskelige indgriben må i dette tilfælde bestå i en egentlig vurdering af afgørelsen, da det savner mening at give den registrerede en ret til at afvise et fuldautomatiseret afslag, med henblik på at fritage den registrerede fra afslagets bindende virkning. I dette tilfælde må det være en forudsætning, at den menneskelige gennemgang er reel, og tager hensyn til alle relevante oplysninger, og foretages af en person, der har kompetence og mulighed for at ændre afgørelsen.<sup>285</sup> Denne gennemgang vil i de fleste tilfælde være illusorisk, hvis stillingen allerede er blevet besat, og det giver desuden ikke mening, at væbne den registrerede med en ret til at gøre indsigelse måneder efter ansøgningsforløbet er afsluttet. Selv hvis det antages, at indsigelsen kan afvises med den begrundelse at den registrerede burde have reageret tidligere, så er det ikke nødvendigvis sikkert, at den dataansvarlige har adgang til at begrænse den registreredes rettighed, når denne begrænsningsadgang, for så vidt angår art. 22(1), ikke har hjemmel i forordningen.<sup>286</sup> Yderligere løser det ikke problemet, hvis den registrerede i stedet, gør indsigelse dagen efter afslaget, men hvor ansættelseskontrakten allerede er fremsendt til en anden ansøger samme dag. Ovenstående uhensigtsmæssighed forløses, hvis indsigelsesretten var tilknyttet en konkret eller relativ tidsfrist.

### **6.6.3. tidsbegrænsning i forbindelse med passende foranstaltninger**

Det kan hævdes, at en tidsfrist hverken er tilsigtet eller nødvendig for en fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret når den registreredes ret til at bestride en afgørelse efter art. 22(3) tages i betragtning. Den registreredes ret til at bestride en afgørelse baseret på art. 22(2)(a) og 22(2)(c), er ikke underlagt en udtrykkelig tidsfrist. Der kan i den forbindelse argumenteres for, at fraværet af en udtrykkelig tidsfrist i art. 22(3) indebærer at en sådan tidsfrist heller ikke er nødvendig i forhold til en indsigelsesret i art. 22(1), da samme uhensigtsmæssigheder opstår, når den registrerede, ikke er tidsmæssigt begrænset i sin ret til at bestride en afgørelse i medfør af art. 22(3). Art. 22(3) forpligter dog den

---

<sup>285</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 22.

<sup>286</sup> Se også Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 167f, der i en anden retning fremhæver, at selv hvis art. 22(1) indeholder en indsigelsesret, vil det være relevant for offentlige myndigheder at anvende art. 22(2)(b) som hjemmelsgrundlag: ”baggrunden for dette er, at der ellers vil være mulighed for at modsætte sig fuldautomatiserede afgørelser, hvilket vil være uhensigtsmæssigt. Ved at hjemle afgørelsesvirksomheden i artikel 22, stk. 2, litra b, vil myndigheden kunne *begrænse og bedre kontrollere omfanget af den registreredes rettigheder*” (vores fremhævelse).



dataansvarlige til at *gennemføre* passende foranstaltninger til at beskytte den registreredes rettigheder og frihedsrettigheder samt legitime interesser.<sup>287</sup> Samme er tilfældet for så vidt angår art. 22(2)(b), der stiller krav om, at sådanne foranstaltninger er fastsat i hjemmelsgrundlaget. Når den dataansvarlige gennemfører passende foranstaltninger, så må den dataansvarlige inden for rammen af ”passende” foranstaltninger, tillige have adgang til at fastsætte nærmere begrænsninger for den registreredes udøvelse af disse rettigheder, som led i gennemførelsen af de passende foranstaltninger. Det er eksempelvis antaget, at afgørelser om tildeling eller beregning af uddannelsesstøtte efter SU-loven<sup>288</sup> som udgangspunkt vil være omfattet af art. 22(1), men at sådanne afgørelser antages at kunne foretages i overensstemmelse med art. 22(2)(b), og at det i den henseende må anses som et eksempel på passende foranstaltninger, at den registrerede har mulighed for at påklage afgørelsen til Ankenævnet for Statens Uddannelsesstøtte.<sup>289</sup> I medfør af SU-lovens § 46, stk. 1, 2. pkt., fremgår det, at ”Klagen skal indbringes, inden 4 uger efter at klageren har fået meddelelse om afgørelsen.” Klageadgangen er derfor udtryk for en passende foranstaltning, hvilket klagefristen næppe ændrer på.<sup>290</sup> I samme retning må den dataansvarlige efter art. 22(3), som led i sin gennemførelse af passende foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes ret til at bestride afgørelsen, have adgang til at sætte nærmere tidsmæssige grænser for denne ret. Dermed opstår der ikke samme udfordringer i forbindelse med fuldautomatiserede afgørelser omfattet af art. 22(2)(b) og art. 22(3), da indsigelser mod afgørelserne kan underlægges tidsmæssige begrænsninger som del af de passende foranstaltninger. En indsigelsesret i art. 22(1) vil derimod ikke være omfattet af art. 22(3), da art. 22(1) ikke finder anvendelse, hvis art. 22(2)(a) eller 22(2)(c) gør, og modsat gennemførelsen af passende foranstaltninger i art. 22(3), så har den dataansvarlige formentlig ikke adgang til at begrænse eller opstille betingelser til rettigheden i art. 22(1), da en sådan adgang ikke kan udledes af bestemmelsen.

#### **6.6.4. Opsamling på tidsfristspørgsmålet**

I medfør af ovenstående kan fraværet af en tidsfrist i art. 22(1) have u hensigtsmæssige konsekvenser og er på samme tid udtryk for, at en indsigelsesret i art. 22(1) savner et

---

<sup>287</sup> Databeskyttelsesforordningen, art. 22(3).

<sup>288</sup> Lovbekendtgørelse nr. 395 af 13. april 2023 (SU-loven).

<sup>289</sup> Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen, s. 380f.

<sup>290</sup> Se nærmere, Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 88ff, om fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed på SU-området.

væsentligt element, der må antages at være en naturlig del af en indsigelsesret eller klageadgang der er rettet mod bestemte dispositioner, handlinger eller afgørelser. Fraværet af en tidsfrist kan derfor betragtes som en stærk indikation på, at art. 22(1) ikke bør fortolkes som en indsigelsesret.

## **6.7. Forordningens art. 35 – konsekvensanalyse som yderligere rettighedsværn**

Af stor betydning ved fortolkningen af art. 22(1) er, om fortolkningsresultatet er foreneligt med de formål bestemmelsen forfølger. Formålsfortolkning og kontekstuel fortolkning er ofte indbyrdes forbundne,<sup>291</sup> og når indholdet i en EU-retlig bestemmelse er tvetydigt skal bestemmelsen fortolkes under hensyntagen til dens formål.<sup>292</sup> Databeskyttelsesforordningens overordnede formål er at etablere et ensartet og højt niveau for beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger.<sup>293</sup> Begrundelsen for, og formålene bag, art. 22 er dog uklare, men meget tyder på, at art. 22 i et eller andet omfang forsøger at håndtere de samme problemer som dens forgænger i persondatadirektivets art. 15.<sup>294</sup> Som præsenteret oven for i afsnit 2.2, udsprang bekymringerne af, at automatiseringspartiskhed ("automation bias") og den registreredes manglende deltagelse i beslutninger af betydning for ham/hende, kunne føre til en dehumanisering i beslutningsprocesserne og udgøre en trussel mod den menneskelige værdighed. Et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser stemmer overens med disse hensyn, og indfører en forudgående beskyttelse mod fuldautomatiserede afgørelser, der umiddelbart udgør en stærkere beskyttelse, end en efterfølgende indsigelsesret, der er afhængig af den registreredes aktive handling. Artikel 29-gruppen har udtalt, at et forbud "styrker idéen om, at den registrerede har kontrol over sine personoplysninger, hvilket er i overensstemmelse med de grundlæggende principper i databeskyttelsesforordningen. En fortolkning af artikel 22 som et forbud og ikke som en

---

<sup>291</sup> Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014, s. 32.

<sup>292</sup> C-101/01, *Lindqvist*, præmis 50, omtalt i Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014, s. 32.

<sup>293</sup> Afsnit 2.1. ovenfor og Databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning 10.

<sup>294</sup> Bygrave & Mendoza: *The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling*, i Synodinou m.fl. (red.), *EU Internet Law, Regulation and Enforcement*, 2017, s. 84; Wisborg: *Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning*, 2023, s. 76.

ret, der kan gøres gældende, betyder, at den enkelte er beskyttet mod de potentielle virkninger, som denne type behandling kan have.”<sup>295</sup>

Det følger af proportionalitetsprincippet, at der ikke må anvendes midler, der er mere indgribende end nødvendigt for at opnå de tilsigtede mål, jf. TEU art. 5(4). Det fremgår desuden af forordningens præambelbetragtning 4, at ”Retten til beskyttelse af personoplysninger er ikke en absolut ret; den skal ses i sammenhæng med sin funktion i samfundet og afvejes i forhold til andre grundlæggende rettigheder i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.” Spørgsmålet bliver derfor, om et forbud er den eneste måde, hvorpå der kan sikres en forudgående beskyttelse mod fuldautomatiserede afgørelser i databeskyttelsesforordningen.

Forordningens art. 35(1) indeholder krav om, at der skal foretages en konsekvensanalyse forud for igangsættelsen af en behandling af personoplysninger, hvis behandlingen vurderes at indebære en høj risiko for fysiske personers rettigheder. Konsekvensanalysen betegnes ofte DPIA ”Data Protection Impact Assessment”. Den dataansvarlige skal altid foretage en konsekvensanalyse ved ”en systematisk og omfattende vurdering af personlige forhold vedrørende fysiske personer, der er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, og som er grundlag for afgørelser, der har retsvirkning for den fysiske person eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den fysiske person”, jf. art. 35(3)(a). Den dataansvarlige har pligt til forudgående underretning af tilsynsmyndigheden, hvis konsekvensanalysen ”viser, at behandlingen vil føre til høj risiko i mangel af foranstaltninger truffet af den dataansvarlige for at begrænse risikoen.”, jf. art. 36(1). I yderste konsekvens, kan tilsynsmyndigheden midlertidigt eller definitivt forbyde afgørelsessystemet, jf. art. 58(2)(f). Når en indsigelsesret i art. 22(1) anskues i sammenhæng med et krav om konsekvensanalyse af afgørelsessystemet, og eventuel underretning til tilsynsmyndigheden, så kan det hævdes, at indsigelsesretten i højere grad bliver forenelig med forordningens formål om at sikre en høj beskyttelse af personoplysninger, end først antaget. Det imødekommer i en vis grad de bekymringer, der antageligt ligger bag art. 22, mens der samtidig foreligger en bred adgang til at anvende fuldautomatisering, med de fordele det indebærer, og dermed er et forbud mod

---

<sup>295</sup> I samme retning Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 21.

fuldautomatiserede afgørelser ikke nødvendigvis den eneste måde, hvorpå der kan opnås en høj beskyttelse i tilknytning til fuldautomatiserede afgørelser.<sup>296</sup>

---

<sup>296</sup>Samme Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 161; Bygrave: Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Bygrave, Docksey & Kuner (red.): *The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, 2020, s. 531f.

## 7. Art. 22 – Bestemmelsen i dens bredere kontekst

---

Analysen i det foregående afsnit, bestod overordnet i en behandling af art. 22 i dens kontekst med resten af databeskyttelsesforordningen, og med undtagelse af den lejlighedsvis inddragelse af retshåndhævelsesdirektivet blev anden EU-regulering ikke behandlet. Som tidligere præsenteret, følger det af EU-Domstolens faste praksis, ”at der ved fortolkningen af en EU-retlig bestemmelse ikke blot skal tages hensyn til dennes ordlyd og de mål, den forfølger, men også til den sammenhæng, hvori den indgår, og til *EU-rettens bestemmelser som helhed*”<sup>297</sup> (vores fremhævelse). Et af de sidste skridt i nærværende afhandling er således inddragelsen af anden relevant regulering. Der er dog i et vist omfang tale om allerede betrædte stier, og en række forfattere har med udgangspunkt i både international og EU-regulering argumenteret for, at art. 22(1) indeholder en indsigelsesret. Tosoni har i lyset af retshåndhævelsesdirektivet sammenholdt EUDPR<sup>298</sup> og konvention 108+ fortolket art. 22(1) som en indsigelsesret (2021).<sup>299</sup> Derudover har Thouvenin, Fruh og Henseler argumenteret for, at en fortolkning af den kommende AI-forordning, ligeledes fører til, at art. 22(1) ikke kan indeholde et forbud (2022).<sup>300</sup> Hovedsigtet med nærværende afsnit er således -til dels i lyset af ovenstående fortolkninger - at analysere retshåndhævelsesdirektivet, konvention 108+ og forslaget til AI-forordningen med henblik på at belyse indholdet af art. 22(1).

### 7.1. Retshåndhævelsesdirektivet og databeskyttelse i unionens institutioner

Retshåndhævelsesdirektivets art. 11(1) indeholder som tidligere fremhævet, et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser inden for retshåndhævelsesområdet, og blev forhandlet sideløbende med databeskyttelsesforordningen. Direktivet anvendes undertiden i den juridisk litteratur, som bidrag ved fortolkningen af art. 22(1).

---

<sup>297</sup> C-621/18, *Wightman m.fl.*, præmis 47.

<sup>298</sup> Europa-Parlamentet og Rådets Forordning (EU) 2018/1725 (”EUDPR”).

<sup>299</sup> Se nærmere herom Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021. Tosonis argumentation i denne anledning behandles løbende nedenfor, og der henvises i den forbindelse specifikt og særskilt.

<sup>300</sup> Se nærmere herom Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022, s. 192f.

Der er argumenteret for, at en fortolkning af begge bestemmelser som forbud mod fuldautomatiserede afgørelser sikrer ensartethed og er i overensstemmelse med en harmonisering af databeskyttelsesretten.<sup>301</sup> Der er i den forbindelse påpeget, at på trods af, at fuldautomatiserede afgørelser efter retshåndhævelsesdirektivet er mere indgribende end efter forordningen, udsættes de registrerede for et sammenligneligt indgreb i deres rettigheder, og det følger af ligebehandlingsprincippet, at ensartede forhold ikke må behandles forskelligt.<sup>302</sup> Yderligere skal det bemærkes, at der er et væsentligt sammenfald mellem retshåndhævelsesdirektivets præambelbetragtning 38 og forordningens præambelbetragtning 71, der begge omtaler en ”ret til ikke at blive gjort til genstand for en afgørelse”. I direktivet er denne *ret* tilsyneladende kommet til udtryk i form af et forbud i art. 11(1), hvilket kan antyde, at samme er tilfældet i forordningens art. 22(1).<sup>303</sup>

Modsat er der argumenteret for, at i og med, at begge instrumenter er forhandlet sideløbende, så ville forordningens art. 22(1) være formuleret mere som direktivets art. 11(1), hvis EU-lovgivers hensigt var at begge bestemmelser skulle indeholde et forbud.<sup>304</sup> Tosoni har i den forbindelse inddraget forordningen om databeskyttelse i EU-institutionerne til belysning af spørgsmålet.<sup>305</sup> Forordningen indeholder to bestemmelser, der specifikt regulerer fuldautomatiserede afgørelser. Art. 24 finder anvendelse på Unionens institutioner og organer generelt.<sup>306</sup> Art. 77 finder anvendelse på retshåndhævende EU-institutioner og organer.<sup>307</sup> I medfør af art. 24 har den registrerede ret til ikke at være genstand for en fuldautomatiseret afgørelse, hvilket svarer til indholdet

---

<sup>301</sup> Brkan: Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond, *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27/2, 2019, s. 99; Bygrave: *Minding the Machine v2.0*, I Yeung & Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, 2019, s. 253; Wisborg: *Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning*, 2023, s. 160f.

<sup>302</sup> Wisborg: *Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning*, 2023, s. 161, note 38, med henvisning til de forenede sager C-402/07 og C-432/07, *sturgeon m.fl.*, præmis 48 og præmis 54.

<sup>303</sup> Modsat Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 152, note 51.

<sup>304</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 152.

<sup>305</sup> Europa-Parlamentet og Rådets Forordning (EU) 2018/1725 (”EUDPR”), omtalt i Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 158.

<sup>306</sup> EUDPR, art. 1.

<sup>307</sup> EUDPR, art. 70.

af databeskyttelsesforordningens art. 22, og i medfør af art. 77 er fuldautomatiserede afgørelser forbudt, hvilket svarer til indholdet i retshåndhævelsesdirektivet, art. 11.

Det er antaget, at en EU-retlig bestemmelse aldrig bør indeholde præcis samme betydning, som en anden bestemmelse i samme normative tekst.<sup>308</sup> Og i forlængelse heraf er der argumenteret for, at art. 24 og art. 77 i EUDPR må fortolkes på en måde, der indebærer, at de har hver sin betydning. Hertil er fremhævet, at det yderligere støttes af, at de to bestemmelser er formuleret forskelligt.<sup>309</sup> Yderligere påpeges, at det savner mening, at art. 24 og art. 77 med hver sin formulering af henholdsvis en ret til ikke at være genstand for fuldautomatiserede afgørelser overfor et klart forbud, begge skulle indeholde et forbud. Tosoni viderefører denne konklusion ved sin fortolkning af databeskyttelsesforordningens art. 22, med henvisning til, at sammenlignelige bestemmelser i EUDPR og databeskyttelsesforordningen skal fortolkes ensartet.<sup>310</sup>

Hertil skal dog bemærkes, at art. 24 og art. 77 i EUDPR, ligesom art. 22 i databeskyttelsesforordningen og art. 11 i retshåndhævelsesdirektivet har forskellige pligtsubjekter og er baseret på forskellige hensyn og tilsigter en forskellig beskyttelse.<sup>311</sup> Det kan yderligere hævdes, at i tråd med formålet om at sikre ”en stærk og sammenhængende databeskyttelsesramme i unionen”,<sup>312</sup> så giver det bedst mening at gentage ordlyden i forordningens art. 22 og direktivets art. 11 i henholdsvis art. 24 og 77 EUDPR, for at sikre en sammenhængende beskyttelse i medlemsstaterne og unionen generelt, da ordlydsændringer, alt efter omfanget og karakteren, risikerer at antyde, at fuldautomatiserede afgørelser er reguleret forskelligt på nationalt kontra EU-plan. Baseret på ovenstående kan Tosonis’ argumentation ikke tiltrædes, hvorefter det lægges til grund,

---

<sup>308</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 158; Lenaerts & Gutiérrez-Fons: To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014, s. 17.

<sup>309</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 158.

<sup>310</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 159 med henvisning til EUDPR, præambelbetragtning 5.

<sup>311</sup> Se afsnit 6.4.1.1. ovenfor.

<sup>312</sup> Se Databeskyttelsesforordningen, præambelbetragtning 17 og EUDPR, præambelbetragtning 5.

at forholdet mellem forordningen, direktivet og EUDPR ikke kolliderer med en fortolkning af art. 22(1) som en forbudsbestemmelse.

## 7.2. Konvention 108+

Fortolkningen af art. 22(1) skal tillige tage hensyn til EU's internationale forpligtelser. EU-Domstolen har slået fast, at: ”at internationale aftaler, så snart de er trådt i kraft, udgør en integrerende del af Fællesskabets retsorden [...] Ifølge fast retspraksis skal afledte fællesskabsretlige forskrifter så vidt muligt fortolkes i overensstemmelse med sådanne aftaler”.<sup>313</sup>

I 1981 vedtog Europarådet Konvention af 28. januar 1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger ”Konvention 108”. Konventionen var det første multilaterale og retligt bindende instrument på databeskyttelsesområdet. Som resultat af den teknologiske udvikling, og for at sikre overensstemmelse med EU's databeskyttelsesreform var det nødvendigt at modernisere konventionen for bedre at kunne imødegå de udfordringer udviklingen medførte<sup>314</sup> Moderniseringen af konvention 108 resulterede i tillægsprotokol nr. 223. Den moderniserede konvention 108 betegnes konvention 108+.

I og med, at Konvention 108+ blev forhandlet sideløbende med databeskyttelsesforordningen og retshåndhævelsesdirektivet, og der samtidig blev gjort store bestræbelser på at sikre overensstemmelse mellem de to databeskyttelsesregimer, kan konventionen og dens forklarende rapport bidrage til fortolkningen af databeskyttelsesforordningens art. 22.<sup>315</sup> Artikel 29-gruppen har tidligere anvendt de forklarende bemærkninger til Konvention 108+ ved fortolkningen af databeskyttelsesforordningens art. 13(2)(f) og 14(2)(g)<sup>316</sup>, og EU-Domstolen har før taget hensyn til den forklarende rapport til en af Europarådets instrumenter ved fortolkning af

---

<sup>313</sup> De forenede sager C-447/05 og C-448/05, Thomson, præmis 30.

<sup>314</sup> Europarådet, Forklarende rapport til Konvention 108+, indledning, pkt. 1. og 3: ”With regard to the EU data protection reform package in particular, the works ran in parallel and utmost care was taken to ensure consistency between both legal frameworks.”

<sup>315</sup> Se nærmere herom Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 159f.

<sup>316</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 27, note 41.



tilsvarende EU-regulering.<sup>317</sup> Konvention 108+ som fortolkningsbidrag for databeskyttelsesforordningen er desuden undertiden anvendt i den juridiske litteratur.<sup>318</sup>

### 7.2.1. Tosonis fortolkning af konvention 108+

Konventionens art. 9 har overskriften ”Rights of the data subject”, og indleder art. 9(1) med “*Every individual shall have a right:*”, hvorefter bestemmelsens litra a til litra g oplister den registreredes rettigheder efter konventionen. Art. 9(1)(a) etablerer en rettighed, der er formuleret i retning af art. 22(1), hvorefter individet har ret til:

“not to be subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data without having his or her views taken into consideration;”<sup>319</sup>

I Europarådets forklarende bemærkninger til konventionen 108+ uddybes art. 9(1):

“This article lists the rights that every individual should be able to exercise concerning the processing of personal data relating to him or her. Each Party shall ensure, within its legal order, that all those rights are available for every data subject together with the necessary legal and practical, adequate and effective means to exercise them.”<sup>320</sup>

“These rights include the following:

– the right of everyone not to be subject to a purely automated decision significantly affecting them without having their views taken into consideration (*littera a.*)”<sup>321</sup>

Den forklarende rapport uddyber indholdet af art. 9(1)(a) yderligere:

“*Littera a.* It is essential that an individual who may be subject to a purely automated decision has the right to challenge such a decision by putting forward, in a meaningful manner, his or her point of view and arguments. In particular, the data subject should have the opportunity to substantiate the possible inaccuracy of the personal data before it is used, the irrelevance of the profile to be applied to his or her particular situation, or other factors that will have an impact on the result of the automated decision. This is notably the case

---

<sup>317</sup> Se C-268/17, *AY*, præmis 59; C-89/04, *Mediakabel*, præmis 41, omtalt i Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 156, note 88.

<sup>318</sup> Se Wisborg: Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, 2023, s. 163; Tosoni: The right to object to automated individual decisions, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021, s. 159, note 111 med henvisninger.

<sup>319</sup> Konvention 108+, art. 9(1)(a).

<sup>320</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 71.

<sup>321</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 72.

where individuals are stigmatised by application of algorithmic reasoning resulting in limitation of a right or refusal of a social benefit or where they see their credit capacity evaluated by a software only. However, an individual cannot exercise this right if the automated decision is authorised by a law to which the controller is subject and which also lays down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests.”<sup>322</sup>

Tosoni har på baggrund af ovenstående argumenteret for, at formuleringen af en ret til ikke at være genstand for en afgørelse i konventionens art. 9(1)(a)<sup>323</sup> sammenholdt den forklarende rapport's bemærkning om, at konventionens art. 9 indeholder de rettigheder det enkelte menneske bør kunne *udøve*,<sup>324</sup> indebærer, at rettigheden i art. 9(1)(a) må antages at være en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser. Hertil er fremhævet, at en forskellig regulering af fuldautomatiserede afgørelser i henholdsvis databeskyttelsesforordningen og konvention 108+ indebærer, at der består uforenelige forpligtelser for medlemsstaterne i henhold til de to instrumenter, hvilket er i uoverensstemmelse med den forenelighed, der er tilstræbt mellem Konvention 108+ og databeskyttelsesforordningen. Disse forhold indebærer, at for så vidt konventionens art 9(1)(a) indeholder en indsigelsesret, så bør forordningens art. 22(1) tilsvarende fortolkes som en indsigelsesret.<sup>325</sup> Argumentationen er umiddelbart overbevisende, men som nærmere behandlet nedenfor, kan en fortolkning af konvention 108+ også føre til det modsatte resultat.

### **7.2.2. art. 9(1)(a) – ligheden med art. 22(3)**

For det første er retten i art. 9(1)(a) ikke alene en ret til ikke at være genstand for fuldautomatiserede afgørelser, men en ret til ikke at være genstand for en fuldautomatiserede afgørelse, (”without having their views taken into consideration”).<sup>326</sup> Den forklarende rapport uddyber herom:

---

<sup>322</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 75.

<sup>323</sup> Konvention 108+, art. 9(1)(a): “subject to a decision significantly affecting him or her based solely on an automated processing of data[...]”.

<sup>324</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 71. ”This article lists the rights that every individual should be able to *exercise*”(vores fremhævelse).

<sup>325</sup> Tosoni: The right to object to automated individual decisions, International Data Privacy Law, Vol. 11/2, 2021s. 160: “This provides a clear indication that the ‘right not to be subject to a decision’ based solely on an automated processing in Article 9(1)(a) was meant to establish a right to be exercised by the data subject, and not a general ban”.

<sup>326</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 72.

“It is essential that an individual *who may be subject* to a purely automated decision has the right to *challenge* such a decision by putting forward, in a meaningful manner, his or her *point of view and arguments*. In particular, the data subject should have the opportunity to substantiate the possible inaccuracy of the personal data before it is used, the irrelevance of the profile to be applied to his or her particular situation, or other factors that will have an impact on the result of the automated decision.” (vores fremhævelse).<sup>327</sup>

I medfør af ovenstående indebærer rettigheden i art. 9(1)(a) en ret til at bestride afgørelsen ved at fremkomme med sine synspunkter og argumenter, hvilket forudsætningsvis tillige indebærer en ret til menneskelig indgriben. Art. 9(1)(a) kan derfor opfattes således, at den forpligter de kontraherende parter, til at sikre tilstedeværelsen af en række rettigheder, når fuldautomatiserede afgørelser anvendes.<sup>328</sup> Ovenstående rettigheder finder anvendelse i de tilfælde hvor den registrerede ”kan”<sup>329</sup> blive genstand for fuldautomatiserede afgørelser, og der synes således at være et sammenfald med de rettigheder, der fremgår af forordningens art. 22(3), som tilsvarende forpligter den dataansvarlige til at gennemføre passende foranstaltninger når fuldautomatiserede afgørelser i medfør af art. 22(2)(a) og 22(2)(c) ”undtagelsesvis” forekommer. Det antyder, at konventionens art. 9(1)(a) i højere grad skal ses i lyset af forordningens art. 22(3) end art. 22(1).

Dermed er det en forudsætning for anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser i henhold til konvention 108+, at den registrerede i forlængelse heraf har adgang til at udøve en række rettigheder, præcis som det er en forudsætning for anvendelse af art. 22(2)(a) og 22(2)(c), som led i gennemførelsen af de passende foranstaltninger i art. 22(3). Hvis art. 22(1) fortolkes som en forbudsbestemmelse, så vil den dataansvarliges manglende iagttagelse af kravene efter art. 22(3) resultere i, at undtagelserne i art. 22(2)(a) og (c) ikke kan anvendes, hvorefter den fuldautomatiserede afgørelsesvirksomhed er ulovlig i henhold til forordningen. På samme måde vil fraværet af den registreredes mulighed for at få sine synspunkter taget i betragtning (som uddybet ovenfor) medføre, at den fuldautomatiserede afgørelse, som omhandlet i konventionens art. 9(1)(a), tilsvarende er i strid med konventionen. Denne fortolkning er også i

---

<sup>327</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 75.

<sup>328</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 71.

<sup>329</sup> Europarådet, Forklarende rapport til konvention 108+, pkt. 74. “*who may be subject to a purely automated decision has the right to [...]*” (vores fremhævelse).

overensstemmelse med den opfattelse, at rettighederne i art. 22 fremgår af art. 22(3), og derimod ikke af art. 22(1).<sup>330</sup>

Ovenstående støttes yderligere af, at rettigheden i art. 9(1)(a) ikke finder anvendelse, når afgørelsen er hjemlet ved lov, jf. konventionens art. 9(2). Ordlyden i konventionens art. 9(2) er stort set identisk med forordningens art. 22(2)(b), og som resultat, finder rettighederne i konventionens art. 9(1)(a) ikke anvendelse i de samme tilfælde, som forordningens art. 22(3), hvilket er tilfældet, når fuldautomatiserede afgørelser er lovhjemlet. Konstruktionen er derfor udtryk for en tilsvarende sondring mellem lovhjemlede fuldautomatiserede afgørelser, hvor det er op til medlemsstaternes skøn at fastsætte passende foranstaltninger, og øvrige fuldautomatiserede afgørelser, der forudsætter tilstedeværelsen af en række nærmere angivet rettigheder, herunder ret til menneskelig indgriben, til at fremkomme med sine synspunkter og til at bestride afgørelsen. Dette underbygges yderligere af, at det i forslaget til Rådets afgørelse om medlemsstaternes bemyndigelse til at ratificere konvention 108+, fremgår:

”Den moderniserede konvention vil overordnet set sikre et højt beskyttelsesniveau, samtidig med at parterne overlades en vis fleksibilitet i forbindelse med gennemførelsen af bestemmelserne i national ret. For de lande – også lande uden for Europa – som har til hensigt at indføre et databeskyttelsessystem eller styrke et allerede eksisterende system, vil det således være attraktivt at tiltræde den moderniserede konvention nr.108.”<sup>331</sup>

Når konvention 108+ overlader en vis fleksibilitet til dens kontraherende parter, er det formentlig udtryk for et suverænitetshensyn, og i tråd med dette, giver det mening at opfatte art. 9(1)(a) i konvention 108+ således, at det alene har været hensigten at fastsætte nærmere regler om, hvilke rettigheder, der skal være til stede ved anvendelsen af fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed, men som tilfældet er ved databeskyttelsesforordningens art. 22(2)(b), er det i videre grad overladt til de kontraherende parter at fastsætte nærmere grænser for disse rettigheder i deres nationale lovgivning, og derfor finder art. 9(1)(a) ikke anvendelse, når den fuldautomatiserede afgørelser er hjemlet ved lov, jf. konventionens art. 9(2).

---

<sup>330</sup> Se herom Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36f.

<sup>331</sup> COM(2018) 451 final, forslagetets begrundelse, pkt. 2.2.

Konventionens art. 9(1)(a) er derfor udtryk for samme funktion, som forordningens art. 22(3), og det indebærer, at fuldautomatiserede afgørelser, der træffes uden lovhjemmel, og ikke samtidig giver den registrerede adgang til en række rettigheder, i det mindste retten til at få sine synspunkter taget i betragtning,<sup>332</sup> er i strid med konventionens art. 9(1)(a). På baggrund af ovenstående lægges det til grund at en fortolkning af forordningens art. 22(1) som et forbud, ikke bevirker, at konvention 108+ og databeskyttelsesforordningen dermed indfører uforenelige og modstridende forpligtelser vedrørende anvendelsen af fuldautomatiserede afgørelser.

## 7.3 AI-forordningen

### 7.3.1. Præsentation af AI-forordningen

Den 21. april 2021 offentliggjorde Europa-Kommissionen et forslag til en ny forordning om harmoniserede regler for kunstig intelligens.<sup>333</sup> Rådet offentliggjorde den 6. december 2022 deres generelle indstilling til forslaget, og forslagets videre behandling afventer maj 2023, Europa-Parlamentets stilingtagen.<sup>334</sup> Som behandlet umiddelbart nedenfor, kan der være visse sammenfald og overlap mellem forslaget og databeskyttelsesforordningens art. 22, hvorfor det kan være relevant at inddrage forslaget i analysen af art. 22(1). Indledningsvis skal bemærkes, at ved nærværende behandling tages der udgangspunkt i Rådets generelle indstilling til forslaget, der herefter betegnes "AI-forordningen".

AI-forordningen har til formål at fastsætte harmoniserede regler for systemer med kunstig intelligens "AI-systemer". Forordningen definerer AI-systemer i art. 3(1) som:

"et system, som er udformet med henblik på at fungere med elementer af autonomi, og som på grundlag af data og input fra maskiner og/eller mennesker udleder, hvordan et givet sæt mål kan nås ved hjælp af maskinlæring og/eller logiske og videnbaserede tilgange, og som producerer systemgenereret output såsom indhold (generative AI-systemer), forudsigelser, anbefalinger eller beslutninger, der påvirker de miljøer, som AI-systemet interagerer med;"

Der er tale om en bred definition, der på trods af en væsentlig forskel fra definitionen af fuldautomatiserede afgørelser efter databeskyttelsesforordningens art. 22, må antages at

---

<sup>332</sup> Konvention 108+, art. 9(1)(a), "views taken into consideration".

<sup>333</sup> COM(2021) 206 final.

<sup>334</sup> Rådet for Den Europæiske Union, Generel indstilling, Retsakten om Kunstig Intelligens, 14954/22.

have et vist overlap. Anvendelsen af AI-systemer som defineret i AI-forordningen er ikke en forudsætning efter databeskyttelsesforordningens art. 22, men sådanne systemer vil efter omstændighederne være omfattet, modsat er AI-systemer, der producerer beslutninger omfattet af AI-forordningen i medfør af ovenstående definition, og de eksempler på fuldautomatiserede afgørelser efter databeskyttelsesforordningens art. 22, der fremgår af forordningens præambelbetragtning 71, navnlig ”automatisk afslag på en onlineansøgning om kredit eller e-rekrutteringsprocedurer” omhandles også i AI-forordningens præambelbetragtning 38 og 39, samt bilag III.<sup>335</sup>

Forordningen er baseret på anerkendelsen af, at kunstig intelligens kan bidrage med en bred vifte af økonomiske og samfundsmæssige fordele, men også den samtidige opmærksomhed på de risici teknologien indebærer for offentlige interesser og rettigheder, hvorfor forordningen tilstræber en balance imellem disse hensyn.<sup>336</sup> AI-forordningen tager en risikobaseret tilgang til anvendelsen af kunstig intelligens og skildrer mellem tre typer af AI-systemer/praksisser: i) forbudte AI-systemer/praksisser, ii) højrisiko AI-systemer og iii) øvrige AI-systemer.

Thouvenin, Fruh og Henseler har med afsæt i ovenstående argumenteret for, at på trods af AI-forordningens forbud mod nærmere angivet AI-systemer og praksisser, er anvendelsen af kunstig intelligens generelt tilladt efter AI-forordningen, hvilket sammenholdt med, at der er et overlap mellem de to forordninger indebærer, at databeskyttelsesforordningens art. 22(1) næppe kan indeholde et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser. Det begrundes med, at den åbne tilgang til automatisering, der er udtrykt i AI-forordningen, indebærer, at en fortolkning af art. 22(1) som et forbud næppe kan opretholdes, og yderligere, at en sammenhængende anvendelse af begge forordninger forudsætter at art. 22(1) fortolkes som en indsigelsesret.<sup>337</sup> Argumentationen indebærer, at en nærmere behandling af AI-forordningens forhold til databeskyttelsesforordningen er nødvendig.

---

<sup>335</sup> Se herom Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 192f.

<sup>336</sup> Se AI-forordningen, præambelbetragtning 3, 4 og 5.

<sup>337</sup> Thouvenin, Fruh & Henseler: Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2022, s. 192f.

### 7.3.2. AI-forordningens betydning for databeskyttelsesforordningens art. 22

Spørgsmålet bliver derfor, om et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser i art. 22(1) er uforeneligt med den tilsigtede regulering efter AI-forordningen, og om Europa-Kommissionens og sidenhen Rådets tilgang til anvendelsen af kunstig intelligens inden for unionen, er udtryk for en mere lempelig stillingtagen til anvendelsen af kunstig intelligens, som står i kontrast til den mere restriktive og tilbageholdende tilgang, som et forbud i databeskyttelsesforordningens art. 22 er udtryk for.

Indledningsvis skal undersøges hvordan et AI-system, der træffer afgørelser som omhandlet i databeskyttelsesforordningens art. 22 klassificeres i AI-forordningen. AI-forordningens art. 5 angiver, hvilke former for AI-praksisser der er forbudte, men det lægges i nærværende afhandling til grund, at de forbudte AI-praksisser ikke er relevante for fortolkningen af art. 22. Af større betydning klassificerer AI-forordningens art. 6 højrisiko-AI-systemer, hvoraf art. 6(3) præciserer, at de systemer der fremgår af AI-forordningens bilag III klassificeres som højrisiko-AI-systemer, ”medmindre systemets output er rent accessorisk i forhold til den relevante foranstaltning eller afgørelse, der skal træffes, og medfører sandsynligvis derfor ikke til en væsentlig risiko for sundheden, sikkerheden eller de grundlæggende rettigheder.” Som nævnt ovenfor, indeholder Bilag III to eksempler, der er sammenfaldende med databeskyttelsesforordningens art. 22. I Bilag III, pkt. 4, litra a nævnes e-rekrutteringsprocedure.<sup>338</sup> I pkt. 5, litra b nævnes kreditvurdering.<sup>339</sup> AI-systemer, der anvendes inden for disse områder, er således som udgangspunkt højrisiko, medmindre de er undtaget i medfør af art. 6(3). Art. 6(3) fremgik ikke af Europa-Kommissionens oprindelige forslag, men er i Rådets generelle indstilling indsat med det formål at undgå, at AI-systemer omfattet af Bilag III altid klassificeres som højrisiko:

“Nærmere bestemt indeholder **Artikel 6, stk. 3**, nye bestemmelser, i henhold til hvilke betydningen af AI-systemets output for så vidt angår den relevante foranstaltning eller beslutning, der skal træffes, også bør tages i betragtning ved klassificeringen af AI-systemer som højrisikosystemer. Betydningen af et AI-systems output vil blive vurderet på

---

<sup>338</sup> AI-forordningen, bilag III, pkt. 4, litra a: “AI-systemer, der er beregnet til rekruttering eller udvælgelse af fysiske personer, navnlig til at indrykke målrettede jobannoncer, analysere og filtrere jobansøgninger og evaluere kandidater”

<sup>339</sup> AI-Forordningen, bilag III, pkt. 5, litra b: “AI-systemer, der er beregnet til at foretage kreditvurderinger af fysiske personer eller fastslå deres kreditværdighed [...]”.

grundlag af, om det er rent accessorisk i forhold til den relevante foranstaltning eller beslutning, der skal træffes.”<sup>340</sup>

Hvorvidt noget er rent accessorisk, uddybes i AI-forordningens præambelbetragtning 32, hvor der anføres:

“Derfor bør det AI-system, der genererer et sådant output, kun anses for at udgøre en høj risiko, når outputtet har stor betydning (dvs. ikke er rent accessorisk) i forhold til den relevante foranstaltning eller beslutning med hensyn til at skabe en betydelig risiko for de beskyttede retlige interesser.”

Og som eksempel på en aktivitet, der ikke er rent accessorisk nævnes, når oplysningerne et menneske modtager fra AI-systemet består i profilering som omhandlet i databeskyttelsesforordningens art. 4(4).<sup>341</sup> Hertil tilføjes:

”Hvis AI-systemets output imidlertid kun har ubetydelig eller mindre relevans for menneskelige handlinger eller beslutninger, kan det betragtes som rent accessorisk, herunder f.eks. AI-systemer, der anvendes til oversættelse til informative formål eller dokumentforvaltning.”<sup>342</sup>

Det kan af ovenstående udledes, at ved vurderingen af, om et AI-system, der bidrager til en afgørelsesproces, og som er omfattet af AI-forordningens bilag III, skal klassificeres som højrisiko, så afhænger det af, hvilken betydning systemet har for beslutningsprocessen. Et system, der producerer afgørelser, hvor afgørelsesprocessen og afgørelsen omfattes af definitionen i databeskyttelsesforordningens art. 22, forudsætter at systemet har truffet afgørelsen uden menneskelig indblanding. Den slags system har derfor afgørende betydning for afgørelsens indhold og vil dermed næppe betegnes som rent accessorisk i AI-forordningens forstand. Et sådant system vil som resultat klassificeres som højrisiko.

Listen af højrisiko-systemer er allerede blevet ændret siden Europa-Kommissionens oprindelige forslag<sup>343</sup> og vil formentlig ændres yderligere både under forslaget fremtidige behandling og selv efter forordningens eventuelle vedtagelse. I medfør af AI-

---

<sup>340</sup> AI-forordningen, IV. Kompromisforslagets vigtigste elementer, pkt. 1.5.

<sup>341</sup> AI-forordningen, præambelbetragtning 32.

<sup>342</sup> AI-forordningen, præambelbetragtning 32.

<sup>343</sup> AI-forordningen, IV. Kompromisforslagets vigtigste elementer, pkt. 1.4.



forordningens art. 7, jf. art. 73 tillægges Europa-Kommissionen beføjelse til at vedtage delegerede retsakter til ændringen af forordningens bilag III, og der etableres desuden et europæisk udvalg for kunstig intelligens (European Artificial Intelligence Board), jf. art. 56, hvor en af udvalgets kompetencer er rådgive Europa-Kommissionen om eventuelle ændringer til listen under inddragelse af den teknologiske udvikling, jf. art. 58(1)(d). Det er derfor endnu ikke sikkert, i hvilket omfang klassificering af højrisiko systemer vil nærme eller fjerne sig fra kunstig intelligens, der træffer fuldautomatiserede afgørelser, men det må i medfør af ovenstående antages, at omfanget af systemernes indflydelse på beslutningstagning og væsentligheden af systemernes eventuelle dispositioner fortsat vil have afgørende betydning for klassificeringen.

### **7.3.3. – Menneskeligt tilsyn og databeskyttelsesforordningen**

Forordningens art. 14 stiller krav om, at fysiske personer fører menneskeligt tilsyn med højrisiko-AI-systemerne, hvilket skal forebygge og minimere de risici anvendelsen af kunstig intelligens kan medføre, jf. art. 14(2). I art. 14(4) fremgår det, at systemet skal muliggøre, at de fysiske personer, der foretager tilsynet, er i stand til blandt andet at være opmærksomme på tendensen til at tillægge systemets output for stor betydning, jf. art. 14(4)(b),<sup>344</sup> at være i stand til at kunne fortolke systemets output korrekt, jf. art. 14(4)(c), og til i hvilken som helst situation at være i stand til at se bort fra eller tilsidesætte systemets output, jf. art. 14(4)(d).

Når AI-forordningen således klassificerer et system ud fra, i hvilken grad dets output *har betydning* for den disposition det *bidrager* til, samt at højrisikosystemer er underlagt krav om menneskeligt tilsyn, så er det udtryk for at det er af afgørende betydning, at den endelige afgørelseskompetence forbliver hos fysiske personer. Det fremgår yderligere af AI-forordningens præambel, at AI-forordningen ikke ændrer på *brugerens*<sup>345</sup> forpligtelser i dennes rolle som dataansvarlig efter databeskyttelsesforordningen for så vidt anvendelsen af AI-systemet involverer personoplysninger<sup>346</sup> Hertil præciseres:

---

<sup>344</sup> Det såkaldte automatiseringspartiskhed ("automation bias").

<sup>345</sup> "enhver fysisk eller juridisk person, herunder en offentlig myndighed eller ethvert agentur eller andet organ, under hvis myndighed systemet anvendes", jf. AI-forordningens art. 3(4).

<sup>346</sup> AI-forordningen, Præambelbetragtning 58a.

”Det er også hensigtsmæssigt at præcisere, at registrerede bevarer alle de rettigheder og garantier, som de har i henhold til EU-retten, herunder rettigheder i forbindelse med udelukkende automatiske individuelle afgørelser, herunder profilering.”<sup>347</sup>

Ovenstående taget i betragtning kolliderer AI-forordningen i dens nuværende affattelse ikke med et eventuelt forbud i databeskyttelsesforordningens art. 22, da AI-systemer der træffer afgørelser, der potentielt kan være omfattet af art. 22, formentlig skal kvalificeres som højrisiko, hvorefter der er stor sandsynlighed for, at AI-forordningens krav om menneskeligt tilsyn resulterer i, at pågældende afgørelse, ikke ”alene” er baseret på automatisk behandling. Af større betydning er dog, at det præciseres at AI-forordningen ikke kolliderer med den registreredes rettigheder efter databeskyttelsesforordningen. Det indebærer, at et eventuelt forbud i art. 22(1) bevirker, at afgørelser truffet af AI-systemer - der er baseret på personoplysninger, og i øvrigt opfylder vilkårene i forordningens art. 22(1) - ikke lovligt kan finde sted under AI-forordningen, medmindre der tillige er adgang hertil i medfør af en af undtagelserne i databeskyttelsesforordningens art. 22(2). I forlængelse heraf giver AI-forordningen ikke indtryk af en mere lempelig indstilling til anvendelsen af automatisering, der ikke stemmer overens med et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser baseret på personoplysninger efter art. 22(1), og i nærværende afhandling lægges det til grund, at AI-forordningen i sin nuværende form (maj 2023) er fuldt forenelig med et eventuelt forbud i art. 22(1).

#### **7.4. Delkonklusion**

På baggrund af ovenstående behandling af retshåndhævelsesdirektivet, konvention 108+ og forslaget til AI-forordningen konkluderes det, at indholdet i og formålet bag instrumenterne er fuldt forenelige med begge fortolkningsresultater, og derfor ikke er til hinder for en fortolkning af art. 22(1) som en forbudsbestemmelse.

---

<sup>347</sup> AI-forordningen, Præambelbetragtning 58a.

## 8. Vurdering af indsigelsesrettens gyldighed

---

Behandlingen i afsnit 7 angik hovedsageligt en stillingtagen til en række argumenter mod at fortolke art. 22(1) som et forbud, med henblik på at sandsynliggøre tilstedeværelsen af en indsigelsesret. I nærværende afsnit retter afhandlingen sit sigte mod indsigelsesretten. Nedenfor sammenfattes en række af afhandlingens resultater og betragtninger med henblik på at undersøge indsigelsesrettens nærmere gyldighed. EU-Domstolen har udtalt: ”Ifølge et almindeligt fortolkningsprincip skal en bestemmelse [...] i videst muligt omfang fortolkes således, at dens gyldighed ikke drages i tvivl.”<sup>348</sup>

### 8.1. Betydningen af det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1)

Det afgørende element i dette afsnit, vedrører forholdet mellem indsigelsesretten og det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1). Indsigelsesretten - som defineret i denne afhandling – forholder sig alene til afgørelser i traditionel forstand, der har retsvirkning, og hvor en indsigelse mod afgørelsens bindende virkning er meningsfuld med henblik på at opnå frigørende eller opsættende virkning fra afgørelsen. Art. 22(1) omfatter dog tillige afgørelser, der på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende. Det skal erindres, at forordningens præambelbetragtning 71 nævner, at en afgørelse der på tilsvarende vis betydeligt påvirker den registrerede efter art. 22(1), kan bestå i ”automatisk afslag på en onlineansøgning om kredit eller e-rekrutteringsprocedurer.” Hvis art. 22(1) fortolkes som et forbud, så kan den form for automatisering efter omstændighederne være tilladt i medfør af f.eks. art. 22(2)(a), hvorefter der tillige er krav om passende foranstaltninger efter art. 22(3). Den menneskelige indgriben i art. 22(3) forudsætter som nævnt i afsnit 3.4, at den person, der foretager kontrollen, både har fornøden *kompetence* til, og *mulighed* for at ændre afgørelsen.<sup>349</sup>

Indeholder art. 22(1) derimod en indsigelsesret, så kan den form for automatisering også anvendes uden at være omfattet af art. 22(2)(a), det vil sige, i tilfælde hvor automatiseringens omfang ikke er tilstrækkeligt til at opfylde nødvendighedskriteriet i art. 22(2)(a). Har den dataansvarlige adgang til at anvende automatisering i medfør af art. 22(1), og gør den registrerede indsigelse herimod, så er konsekvensen i medfør af

---

<sup>348</sup> C-403/99, *Kommissionen mod Italien*, præmis 37.

<sup>349</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 28.

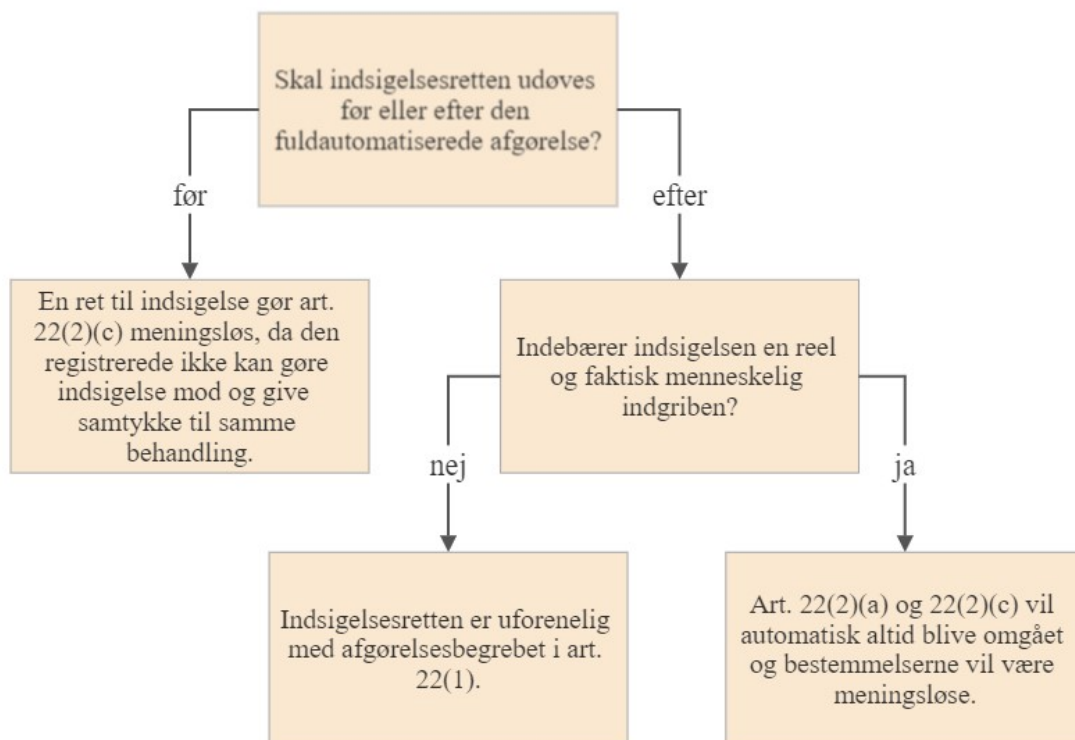
ovenstående fortolkning af indsigelsesretten, at den dataansvarlige alene skal modtage indsigelsen, konstatere den, hvorefter den registrerede ikke er bundet af afvisningen. I forhold til ovenstående eksempel er indsigelsesretten dog meningsløs, hvis indsigelsen ikke indebærer, at den menneskelige indgriben ”foretages af en person, der har den fornødne kompetence og mulighed for at ændre afgørelsen. [Hvor der] tages hensyn til alle relevante oplysninger”.<sup>350</sup> Det gavner intetsteds en jobansøger at være væbnet med en indsigelsesret mod en afgørelses fuldautomatiserede karakter, hvis indsigelsen ikke indebærer, at den dataansvarlige reelt tager stilling til selve indholdet af ansøgningen. En sådan indsigelsesret giver alene mening, hvis den registreredes formål med at gøre indsigelse, er at undgå afgørelsens bindende virkning. En fortolkning af art. 22(1) som en indsigelsesret tager derfor ikke højde for, at fuldautomatiserede afgørelser ikke udelukkende kan have konsekvenser i form af byrder eller forpligtelser, som den registrerede ønsker at frigøre sig fra, men tillige kan bestå i afslag på den registreredes ansøgninger, og hvor den registrerede således, gør indsigelse med henblik på at få et menneske til at vurdere forholdet. Den registreredes hensigt med indsigelsen, er i disse tilfælde, at indholdet i afgørelsen potentielt ændres som resultat af den menneskelige vurdering.

På baggrund af ovenstående er det oplagt at forholde sig kritisk til den definition af indsigelsesretten, der blev foretaget i afsnit 4.3, og som fortolkningen i nærværende afhandling sker i lyset af. Det kan undres, at der opstilles en karakterisering af indsigelsesretten, der er uforenelig med art. 22(1). Det kan ikke afvises, at definitionen er fejlbehæftet, men som tidligere fremhævet, antages det at indsigelsesretten er afhængig af at blive defineret på denne måde for at kunne forenes med resten af art. 22, særligt i lyset af Artikel 29-gruppens argumenter.<sup>351</sup> Det er i den forbindelse, at ovenstående argumentation om afgørelsesbegrebet i art. 22(1) får afgørende betydning. Dette kan illustreres med følgende figur:

---

<sup>350</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 22.

<sup>351</sup> Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018, s. 36f.



Figuren illustrerer, at indsigelsesrettens umiddelbare gyldighed er afhængig af at indsigelsesretten fortolkes på en bestemt måde, der i sidste ende alligevel kolliderer med det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1). Det er for det første et krav, at indsigelsesretten skal udøves efterfølgende, derefter er det en forudsætning, at den menneskelige indgriben ikke indeholder en egentlig vurdering, hvilket fører til, at indsigelsesretten kun vedrører afgørelser i traditionel forstand, og derfor er uforenelig med art. 22(1), hvis bestemmelsen fortolkes således, at den omfatter afslag på ansøgninger. Det udgør et vægtigt og afgørende argument for at fortolke art. 22(1) som et forbud, og derimod ikke en indsigelsesret.

## 8.2. tidsbegrænsning som ekstra dimension

Fravær af en tidsbegrænsning for indsigelsesretten tilføjer nærværende diskussion en ekstra dimension. Som behandlet oven for i afsnit 6.6.2, er det uhensigtsmæssigt, hvis en jobansøger udøver sin indsigelsesret i medfør af art. 22(1) kort efter stillingen er besat, men i rimelig tid efter det automatiserede afslag. Den registreredes indsigelse i denne sammenhæng forudsætter reel menneskelig indgriben, der *potentielt* skal kunne (men ikke nødvendigvis behøver) føre til en ændring af afgørelsens indhold. Er det ikke et

potentielt resultat af indsigelsen, så er indsigelsesretten illusorisk i dette tilfælde, da den fuldautomatiserede afgørelse i alle tilfælde vil forblive uændret. Det indebærer, at selv i tilfælde af, at ovenstående argumenter afvises, og det formodes at indsigelsesretten, for det første kan forenes med det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1), og for det andet, at indsigelsesretten i art. 22(1) indebærer en reel menneskelig vurdering af afgørelsen, så vil der som resultat af den manglende tidsbegrænsning opstå tilfælde, hvor den dataansvarlige allerede har disponeret i henhold til afslaget, (f.eks. ved at afslutte ansøgningsprocessen og besætte stillingen). Det indebærer de facto, at den menneskelige indgriben, som den dataansvarlige i så fald er forpligtet til efter art. 22(1), vil være illusorisk. Det skyldes, at det er vanskeligt at forestille sig, at indsigelsen i dette tilfælde reelt og faktisk kan føre til, at den registreredes ansøgning blev underlagt en reel menneskelig vurdering, der potentielt kunne føre til at afgørelsen blev ændret, dermed vil et krav om faktisk menneskelig indgriben i dette tilfælde være en ren formalitet. Ovenstående om det brede afgørelsesbegreb og tidsfristsspørgsmålet udgør vægtige argumenter imod at fortolke art. 22(1) som en indsigelsesret.

## 9. Konklusion

---

Afhandlingens hovedformål har været at undersøge og afklare, om databeskyttelsesforordningens art. 22(1) indeholder et forbud eller en indsigelsesret mod fuldautomatiserede afgørelser. Til besvarelsen af afhandlingens problemstilling, er der foretaget en omfattende analyse af art. 22, bestemmelsens tilblivelseshistorie, iboende logik og dens kontekst i lyset af de bagvedliggende formål.

Indledningsvis førte analysen til en afklaring af bestemmelsens anvendelsesområde og afgørelsesbegreb. Det blev konkluderet, at afgørelsesbegrebet i art. 22 skal fortolkes bredt, herunder at det er afgørelsens væsentlighed og fraværet af faktisk menneskelig involvering i processen der fører til afgørelsen, der udgør de afgørende kriterier for, hvorvidt en bestemt handling eller disposition omfattes af art. 22(1). Yderligere blev det konkluderet, at der er indført en bred undtagelsesadgang til art. 22(1) i art. 22(2). Endeligt blev det konkluderet, at uagtet indholdet i art. 22(1), så indebærer kravet til passende foranstaltninger i art. 22(3) at art. 22 indeholder aktive rettigheder.

Derefter blev indsigelsesretten defineret og afgrænset på følgende måde for at kunne forenes med de øvrige bestemmelser i art. 22:

- i) *Efterfølgende*: Indsigelsen udøves *efter* den fuldautomatiserede afgørelse er truffet, og som reaktion herpå.
- ii) *Ubegrundet*: Indsigelsen behøver ikke begrundes i andet omfang, end at den er rettet mod afgørelsens fuldautomatiserede karakter.
- iii) *Vedrører ikke afgørelsens indhold*: Indsigelsen indebærer ikke, at den dataansvarlige skal tage stilling til afgørelsens indhold, men derimod blot den dataansvarliges konstatering af, at den registrerede har gjort indsigelse.
- iv) *Afviser afgørelsen*: Indsigelsesretten giver den registrerede mulighed for nemt og hurtigt at afvise fuldautomatiserede afgørelser, og resulterer i, at den registrerede ikke er bundet af afgørelsen.

Med afsæt heri blev art. 22 analyseret i dens brede kontekst, hvor bestemmelsens tilblivelseshistorie, resten af forordningen og anden EU-retlig samt international regulering blev inddraget i analysen. Størstedelen af analysens resultater er forenelige

med art. 22, og der er gode argumenter for begge fortolkningsresultater. Der er dog særligt tre resultater, der på afgørende vis er til hinder for at fortolke art. 22(1) som en indsigelsesret. Det gælder:

- i) Fraværet af en tydelig oplysningspligt, der forpligter den dataansvarlige til at oplyse den registrerede om en eventuel indsigelsesret i art. 22(1), hvilket er vanskeligt at forene med forordningens gennemsigtighedsprincip, da den registrerede, ikke nødvendigvis får kendskab til sin indsigelsesret.
- ii) Fraværet af en tidsbegrænsning for, hvor længe den registrerede har adgang til at gøre indsigelse mod afgørelsen, efter den er truffet, kan have en række u hensigtsmæssige konsekvenser, og der ville formentlig være indsat en konkret eller relativ tidsfrist, hvis art. 22(1) var tiltænkt som en indsigelsesret.
- iii) Indsigelsesrettens uforenelighed med det brede afgørelsesbegreb i art. 22(1), hvilket i en række tilfælde gør indsigelsesretten meningsløs, særligt når den registreredes hensigt med at gøre indsigelse ikke er at undgå en afgørelses forpligtende eller bebyrdende karakter, men at opnå en reel og faktisk menneskelig vurdering af afgørelsens indhold.

I kontrast til dette, er der ikke fundet afgørende argumenter for at afvise en fortolkning af art. 22(1) som et forbud. Et forbud i art. 22(1) sikrer en høj beskyttelse af den registrerede, og den brede undtagelsesadgang i art. 22(2) sammenholdt kravet om passende foranstaltninger i art. 22(2)(b) og 22(3) sikrer den registrerede en række rettigheder, når fuldautomatiseret afgørelsesvirksomhed anvendes.

Afhandlingens formål har været at afklare, hvorvidt art. 22(1) indeholder et forbud eller en indsigelsesret. På baggrund af ovenstående konkluderes det, at en indsigelsesret ikke harmonerer med art. 22 og resten af forordningen, hvorfor art. 22(1) skal opfattes således, at den indfører et forbud mod fuldautomatiserede afgørelser.



## 10. Litteratur og kildefortegnelse

---

### 10.1. Litteraturfortegnelse

Blume, Peter, Databeskyttelsesret, 5. udg., Djøf Forlag, 2018.

Blume, Peter, Den nye persondataret: Forordningen 2016/679 om databeskyttelse – Lov 502/2018 om databeskyttelse, 2. udg., Djøf Forlag 2018.

Blume, Peter, Persondatarettens kilder og metode, 1. udg., Djøf Forlag, 2020.

Blume, Peter, Personen i Persondataretten, Djøf Forlag, 2019.

Blume, Peter, Retssystemet og juridisk metode, 4. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2020.

Brkan Maja, *Do algorithms rule the world? Algorithms in decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond*, International Journal of Law and Information Technology, vol. 27/2, 2019.

Bryde Andersen, Mads, IT-retten, 2. udg., Gjellerup, 2005.

Bygrave, Lee A. & Isak Mendoza, The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, i Tatiani Synodinou m.fl. (red.), EU Internet Law, Regulation and Enforcement, Springer, 2017.

Bygrave, Lee A. & Luca Tosoni, Article 4(11) Consent, I Lee A. Bygrave, Christopher Docksey & Christopher Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, OUP Oxford, 2020, s. 174-187.

Bygrave, Lee A. & Luca Tosoni, Article 4(2) Processing, I Lee A. Bygrave, Christopher Docksey & Christopher Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, OUP Oxford, 2020, s. 116-122.

Bygrave, Lee A., Article 22 Automated individual decision-making, including profiling, I Lee A. Bygrave, Christopher Docksey & Christopher Kuner (red.): The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary, OUP Oxford, 2020, s. 522-542.

Bygrave, Lee A., Automated Profiling – Minding the Machine: article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling, Computer Law & Security Review, Vol. 17/1, 2001.

Bygrave, Lee A., *Minding the Machine v2.0: The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making*, I Karen Yeung & Martin Lodge (red.): *Algorithmic Regulation*, Oxford University Press, 2019, s. 248-262.

Fenger, Niels, *Forarbejders retskildeværdi i EU-retten*, Ugeskrift for Retsvæsen, (U.2014B.293).

Korfits Nielsen, Kristian & Anders Lotterup, *Databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven – med kommentarer*, Djøf Forlag, 2020.

Lenaerts, Koen & José A. Gutiérrez-Fons: *To Say What the Law of the Eu Is: Methods of Interpretation and the European Court of Justice*, *The Columbia journal of European law*, Vol. 20/2, 2014.

Neergaard, Ulla & Ruth Nielsen, *EU-ret: Fri bevægelighed*, 4. udg., Karnov Group Denmark A/S, 2021.

Neergaard, Ulla, *Fortolkning af national ret i lyset af EU-ret*, i Thomas Riis og Jan Trzaskowski (red.): *skriftlig jura*, 2. udg., Ex Tuto, 2020, s. 25-55.

Pehrsson, Emily: *The Meaning of the GDPR Article 22*, *Stanford-Vienna European Union Law Working Paper No. 31 17-22*, 2018.

Sørensen, Karsten Engsig og Jens Hartig Danielsen, *Uddrag af EU-retten*, 7. rev. udg., Djøf forlag 2019.

Thouvenin, Florent, Alfred Fruh & Simon Henseler, *Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?*, *European Data Protection Law Review*, Issue 2, 2022.

Tosoni, Luca, *The right to object to automated individual decisions: Resolving the ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation*, *International Data Privacy Law*, Vol. 11/2, 2021.

Udsen, Henrik, *De Informationsretlige grundsætninger: Studier i informationsretten*, Djøf forlag, 2009.

Udsen, Henrik, *IT-ret*, 5. udg., Ex Tuto, 2021.

Wachter, Sandra, Brent Mittelstadt & Luciano Floridi, *Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation*, *International Data Privacy Law*, Vol. 7/2, 2017.

Wisborg, Thea, Fuldautomatiserede afgørelser i dansk forvaltning, Djøf forlag, 2023.

Zanfir-Fortuna, Gabriella, *Article 13 Information to be provided where personal data are collected from the data subject*, I Lee A. Bygrave, Christopher Docksey & Christopher Kuner (red.): *The Eu General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, OUP Oxford, 2020, s. 413-433.

## 10.2. Andre kilder

### Love, retsakter og konventioner mv. (alfabetisk)

*Chartret*: Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende rettigheder (2010/C 83/02).

*Databeskyttelsesforordningen*: Europa-Parlamentets og Rådets forordning 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 (general forordning om databeskyttelse (2016/679)).

*Forordning (EU) 2018/1725 om behandling af personoplysninger i Unionens institutioner mv.:* Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 23. oktober 2018 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i Unionens institutioner, organer, kontorer og agenturer og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af forordning (EF) nr. 45/2001 og afgørelse nr. 1247/2002/EF.

*Konvention 108+*: Konvention 108 og den moderniserede version 108+: Europarådet, Konvention 108 af 28. januar 1981 om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger, og tillægsprotokol nr. 223.

*Persondatadirektivet (historisk)*: 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.

*Persondataloven (historisk)*: Lov nr. 429 af 31. maj 2000 om behandling af personoplysninger.

*Retshåndhævelsesdirektivet*: Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/680 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med kompetente myndigheder 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.

*SU-loven*: Lovbekendtgørelse nr. 395 af 13. april 2023

*TEUF*: Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde.

### **Forarbejder, lovforslag og lignende (kronologisk)**

*KOM(90) 314 endelig udg.*: Europa-Kommissionen, Forslag til Rådets direktiv om beskyttelse af personer i forbindelse med behandling af personoplysninger (SYN 287), KOM(90) 314 endelig udg. – SYN 287 og 288, den 24. september 1990

*KOM(92) 422 endelig udg.*: Europa-Kommissionen, Ændret forslag til Rådets direktiv om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger, KOM(92) 422 endelig udg. – SYN 287, den 15. oktober 1992

*LIBE-Komiteens udkast til betænkning, PE501.927*: Udvalget om Borgernes Rettigheder og Retlige og Indre Anliggender (Europa-Parlamentet), Udkast til betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordningen om databeskyttelse) (COM(2012)0011 - C7-0025/2012 - 2012/0011(COD)) – PE501.927, 2013

*LIBE-Komiteens betænkning, A7-0402/2013*: Udvalget om Borgernes Rettigheder og Retlige og Indre Anliggender (Europa-Parlamentet), Betænkning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordningen om databeskyttelse) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD) – A7-0402/2013, 2013

*COM(2012) 11 final*: Europa-Kommissionen, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), COM(2012) 11 final, den 25. januar 2012.

COM(2018) 451 final: Europa-Kommissionen, Forslag til Rådets afgørelse om at bemyndige medlemsstaterne til i Den Europæiske Unions interesse at ratificere protokollen om ændring af Europarådets konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger (ETS nr. 108), COM(2018) 451 final, den 5. juni 2018.

*COM(2021) 206 final*: Europa-Kommissionen, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om harmoniserede regler for kunstig intelligens (Retsakten om Kunstig Intelligens) og om ændring af visse af unionens lovgivningsmæssige retsakter, COM(2021) 206 final, den 21. april 2021.

Rådet for Den Europæiske Union, *Generel indstilling, Retsakten om Kunstig Intelligens, 14954/22*: Rådet for Den Europæiske Union, Forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning om harmoniserede regler for kunstig intelligens (retsakten om kunstig intelligens) og om ændring af visse af Unionens lovgivningsmæssige retsakter – Generel indstilling, 2021/0106(COD), 14954/22, den 25. november 2022.

### **EU-Domstolen**

C-6/64, *Costa mod ENEL*, ECLI:EU:C:1964:66  
C-283/81, *CILFIT*, ECLI:EU:C:1982:335  
C-403/99, *Kommissionen mod Italien*, ECLI:EU:C:2001:507  
C-101/01, *Lindqvist*, ECLI:EU:C:2003:596  
C-152/01, *Kyocera*, ECLI:EU:C:2003:623  
C-89/04, *Mediakabel*, ECLI:EU:C:2005:348  
C-447/05 og C-448/05 (forenede sager), *Thomson*, ECLI:EU:C:2007:151  
C-402/07 og C-432/07 (forenede sager), *Sturgeon m.fl.*, ECLI:EU:C:2009:716  
C-141/12 og C-372/12 (forenede sager), *YS m.fl.*, ECLI:EU:C:2014:2081  
C-306/12, *Spedition Welter*, ECLI:EU:C:2013:650  
C-370/12, *Pringle*, ECLI:EU:C:2012:756  
C-558/15, *Azevedo m.fl.*, ECLI:EU:C:2016:957  
C-268/17, *AY*, ECLI:EU:C:2018:602  
C-548/18, *BGL BNP Paribas*, ECLI:EU:C:2019:848  
C-621/18, *Wightman m.fl.*, ECLI:EU:C:2018:999

### *Forslag til afgørelse*

Forslag til afgørelse fra generaladvokat E. Sharpston, fremsat den 12. december 2013 i C-141/12 og C-372/12 (forenede sager), *YS m.fl.*, ECLI:EU:C:2013:838

Forslag til afgørelse fra generaladvokat P. Pikamäe, fremsat den 16. marts 2023 i C-634/21, *SCHUFA Holding m.fl.*, ECLI:EU:C:2023:220

### **Vejledninger, retningslinjer mv.**

Artikel 29-gruppen, Udtalelse 01/2012 om forslagene til reform af databeskyttelsesreglerne, WP191, vedtaget den 23. marts 2012.

Artikel 29-gruppen, Retningslinjer om automatiske afgørelser, WP251rev.01, 2018

Artikel 29-gruppen, Retningslinjer for gennemsigtighed, WP260 Rev.01, 2018

Det Europæiske Databeskyttelsesråd, Tilslutning 1/2018 om anerkendte vejledninger fra Artikel 29-gruppen, plenarmøde 25. maj 2018.

Datatilsynet, Vejledning om de registreredes rettigheder, 2018.

### **Øvrige kilder (opsamling)**

OECD: Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, 1980

Betænkning 1345/1997: Registerudvalget, Betænkning nr. 1345/1997 om behandling af personoplysninger

Betænkning 1565/2017: Justitsministeriet, Betænkning nr. 1565/2017 om databeskyttelsesforordningen (2016/679) - og de retlige rammer for dansk lovgivning.

Europarådet, Recommendation CM/REC(2010)13: The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling.

### **Elektroniske kilder og ordopslag**

*Undergive* i *Den Danske Ordbog* på Ordnet.dk: Senest besøgt den 19. maj 2023, <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=undergive>

*Genstand* i *Den Danske Ordbog* på Ordnet.dk: Senest besøgt den 19. maj 2023, <https://ordnet.dk/ddo/ordbog?query=genstand>

Fra dampmaskine til robot: Automatiseringens historie på ti minutter på Dr.dk: Senest besøgt den 29. maj 2023, <https://www.dr.dk/historie/webfeature/automatisering>