Kravet til klar lovhjemmel for forvaltningens innhenting av kontrollopplysninger og bruk av profilering

Naomi Lintvedt, Universitetet i Oslo, 28. februar 2022

1 INNLEDNING 3

2 KRAVET TIL LOVHJEMMEL I PERSONVERNFORORDNINGEN 5

2.1 KRAV TIL LOVHJEMMEL I PERSONVERNFORORDNINGEN ARTIKKEL 6 OG 9 5
2.2 KRAV TIL UTFORMING AV LOVHJEMMEL 6
2.3 KRAV TIL LOVHJEMMEL I PERSONVERNFORORDNINGEN ARTIKKEL 22 9

3 PROFILERING 11

3.1 PERSONVERNFORORDNINGENS DEFINISJON AV PROFILERING 11
3.2 PERSONVERNFORORDNINGEN ARTIKKEL 22 12
3.3 RETTSVIRKNING ELLER TILSVARENDE BETYDELIG VIRKNING 12
3.4 FORVALTNINGSLOVUTVALGETS VURDERINGER AV PROFILERING 13
3.5 HAR «PROSESSLEDENDE AVGJØRELSER» TILSVARENDE BETYDELIG VIRKNING? 14
3.6 KAN UTPLUKK TIL KONTROLL HA «TILSVARENDE BETYDELIG VIRKNING»? 16

4 SKATTEETATEN 18

4.1 KONTROLLHJEMLER I SKATTEFORVALTNINGSLOVEN 18
4.1.1 Skattyters og tredjeparts plikt til å gi opplysninger til kontroll 19
4.1.2 Opplysninger til målretting av kontroll 21
4.1.3 Opplysningsplikt som rettslig forpliktelse etter personvernforordningen artikkel 6(1)(c) 22
4.1.4 Bruk av åpne kilder 25
4.2 OM PERSONVERN OG EMK I FORARBEIDER 26
4.2.1 Om personvern 26
4.2.2 Om Grunnloven og EMK 27
4.3 SKATTEETATENS BRUK AV PROFILERING 29
4.3.1 Hjemmel for profilering 30
4.4 VURDERINGER 33

5 NAV 34

5.1 KONTROLLHJEMLER I FOLKETRYGDLOVEN 34
5.1.1 Opplysningsplikt for tredjeparter 35
5.1.2 Opplysningsplikt for enhver 36
5.1.3 Opplysninger om andre enn søker 37
5.1.4 «Nødvendige opplysninger» 38
5.1.5 Praksis for innhenting av kontrollopplysninger 40
5.2 OM PERSONVERN OG EMK I FORARBEIDER 42
5.3 NAV-LOVEN § 4A RETTSLIG GRUNNLAG FOR BEHANDLING AV PERSONOPPLYSNINGER 45
5.3.1 Hjemmel til profilering? 45
5.3.2 Viderebehandling av opplysninger til profilering? 48
5.4 VURDERINGER 49

6 ANDRE LAND 50

6.1 DANMARK 50
6.2 NEDERLAND 53
6.2.1 SyRI 53
6.2.2 Barnetrygdskandalen 55
6.2.3 Flagging av potensielle skatteunndragere 56
7 OPPSUMMERING OG SYNSPUNKTER 57

1 Innledning

Denne utredningen er skrevet på oppdrag fra Personvernkommisjonen. Tema for utredningen er forvaltningens innhenting av personopplysninger og bruk av profilering til kontrollformål.

Personvernkommisjonen har bedt om vurderinger av et utvalgt hjemler for innhenting og bruk av personopplysninger til kontrollformål i forvaltningen, og forholdet til kravet om tydelig og presis lovhjemmel i personvernforordningen artikkel 6(3), jf. fortalen 41. Videre om bruk av profilering for utplukk til kontrollformål har rettsvirkning eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker enkeltpersoner, jf. personvernforordningen artikkel 22 om automatiserte individuelle avgjørelser, herunder profilering.

Forvaltningen har vide hjemler til å innhente og bruke personopplysninger. Behandling av personopplysninger er en nødvendig del av myndighetsutøvelsen, og for fastsettelse av rettigheter og plikter for den enkelte. Etter forvaltningsloven har også forvaltningen en plikt til å sørge for at relevant og nødvendig informasjon foreligger i en sak før et vedtak fattes.

Den enkleste formen for kontroll er med om vilkår i en sak er oppfylt. Da vil i hovedsak allerede innhentede opplysninger anvendes i kontrollen, f. eks. kontroll med om en sykemelding er korrekt utfylt. En kontroll kan også føre til at vedkommende blir bedt om å gi supplerende opplysninger, f. eks. en sykemelding av nyere dato. Kontrollen vil i disse tilfellene være del av saksbehandlingen for å fatte et vedtak.

Det som oftere betegnes som kontroll er imidlertid tilfeller hvor det er nødvendig å foreta ytterligere undersøkelser eller innhente andre opplysninger for å sjekke om informasjon i saken er korrekte. Et eksempel er Lånekassens bokontroll hvor studenter kan bli bedt om å gi informasjon om leiekontrakt for å undersøke om boforholdet deres er reelt.

Kontroller kan imidlertid være langt mer inngripende enn dette, og enkelte etater har hjemmel til å foreta omfattende innhenting av opplysninger fra personen selv, fra tredjeparter og andre forvaltningsorganer, fra åpne kilder og til å foreta stedlig kontroll og beslag. Kontroll er en sentral side av forvaltningens myndighetsutøvelse, og særlig for å hindre misbruk med ordninger. «Trygdesvindel» og «skattebedrageri» er velkjente begreper, og det å avdekke og slå ned på slik svindel er høyt prioritert.

Det vil være for omfattende for denne utredningen å se på alle kontrollhjemler i forvaltningen. Jeg vil se på enkelte hjemler for innhenting av kontrollopplysninger i Skatteetaten og NAV, siden dette er de to største etatene for henholdsvis inntekts- og utgiftssiden i statsbudsjettet. Det er også de to etatene som alle personer er i kontakt med i større eller mindre grad gjennom livet. Dette vil ikke gi en fullstendig gjennomgang av alle kontrollhjemler etatene har eller alle materielle og prosessuelle sider ved kontroll. Jeg vil i hovedsak vurdere hjemlene opp mot kravene som personvernforordningen stiller til utforming av rettslig grunnlag, og vil ikke gå inn på alle vilkår for behandling av personopplysninger.

Videre vil jeg se på hvordan forvaltningens bruk av profilering er regulert. Profilering blir brukt i denne utredningen som begrep på det som også blir kalt risikomodeller, scoringsmodeller eller prediktive modeller.

Et bruksområder som er aktuelt for forvaltingen er profilering for kontrollformål, blant annet til å finne ut hvilke personer som skal plukkes ut til kontroll. Det kan gjøres delvis manuelt og mer automatisert ved bruk av algoritmer eller maskinlæring. Felles for all profilering er at det krever mye data. Det er ikke nok med de opplysningene som f. eks. inngår i behandling av en sykemelding, men gjerne med tillegg av opplysninger innhentet ved kontroller og supplert med annen tilgjengelig informasjon som kan være relevant. Hensikten med bruk av slike modeller er å finne mønstre som gjør det mulig å vurdere risiko for f. eks. trygdesvindel. Samtidig innebærer profilering at enkeltpersoner blir tillagt egenskaper som vedkommende ikke nødvendigvis har. Profileringen skjer på bakgrunn av historiske og statistiske data, og kan bety at en person blir gitt kjennetegn tilsvarende andre personer eller plassert i en risikogruppe basert på likhet med andre. Profilering vil derfor bare gi antagelser om risiko, og når dette brukes til å plukke ut personer til kontroll kan det utfordre retten til privatliv og personvern, rettsikkerhet og uskyldspresumsjonen.

Personvernforordningene har noen begrensninger for bruk av profilering, jf. artikkel 22. Bestemmelsen gjelder bare der hvor det er snakk om helautomatiserte avgjørelser som har rettsvirkning eller i tilsvarende betydelig grad påvirker den enkelte. Et spørsmål ved forvaltningens bruk av profilering er derfor om også kontrollutplukk kan sies å ha rettsvirkning eller tilsvarende virkning. Dette har også en side til hvorvidt kontrollutplukk ved bruk av profilering er dekket av forvaltningsloven eller ikke. Det vil ha betydning for hvilke rettigheter den enkelte vil ha til å kunne bestride vurderinger om seg selv og muligheten til å ivareta sine interesser.

I kapittel 3 går jeg gjennom kravene som stilles til tydelig og presist rettslig grunnlag (heretter kalt hjemmel eller lovhjemmel) for forvaltningens behandling av personopplysninger etter personvernforordningen artikkel 6(1)(e), jf. artikkel 6(3). Først hvilke krav som stilles til hjemmel for behandling, særlig innhenting, av personopplysninger, og deretter kravene til hjemmel for profilering.

Kapittel 4 ser på profilering, og om hva som ligger i avgjørelser som har rettsvirkning eller som på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende. Dette har betydning for om personvernforordningen artikkel 22 kommer til anvendelse på profilering når det brukes til kontrollutplukk. Det reiser også spørsmål om forholdet til forvaltningsloven, og regulering av enkeltvedtak og saksforberedende steg. Vurderingen er avgrenset til profilering, og går ikke gjennom bruk av automatiserte saksbehandling. Det er heller ingen gjennomgang av alle vilkår i artikkel 22.

Kapittel 5 og 6 har en gjennomgang av et utvalg hjemler for innhenting av kontrollopplysninger for henholdsvis Skatteetaten og NAV. Hvilke typer opplysninger som kan innhentes, og hvilke rammer lov og forarbeider setter for innhenting og bruk. Videre går jeg gjennom vurderinger som er gjort i forarbeidene av hensynet til personvern, Grunnloven og EMK. Deretter ser jeg på om hvordan etatene bruker profilering, og hvilke hjemler de har til profilering.

Kapittel 7 har med noen aktuelle saker om profilering fra Danmark og Nederland, og oppsummering og noen synspunkter i kapittel 8.

2 Kravet til lovhjemmel i personvernforordningen

2.1 Krav til lovhjemmel i personvernforordningen artikkel 6 og 9

Personvernforordningen artikkel 6(1) om rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger er tilnærmet identisk som tidligere personverndirektiv artikkel 7, og bare mindre endringer ble innført med personvernforordningen.[1] For offentlige myndigheter er den største endringen at «legitim interesse», jf. personvernforordningen artikkel 6(1)(f), ikke lenger kan brukes som behandlingsgrunnlag.

Forvaltningens rettslige grunnlag for behandling av personopplysninger er i hovedsak personvernforordningen artikkel 6(1)(e), «behandlingen er nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige er pålagt», og artikkel 9(2)(b) og (g) ved behandling av særlige kategorier personopplysninger.

Det følger av personvernforordningen artikkel 6(3) at grunnlaget for behandlingen skal fastsettes i unionsretten eller nasjonal rett. Fortalen 41 presiserer at «når det i denne forordning vises til et rettslig grunnlag eller et lovgivningsmessig tiltak, krever dette ikke nødvendigvis en regelverksakt vedtatt av et parlament».

I forarbeidene til personopplysningsloven er vurderingen at lov- og forskriftsbestemmelser samt vedtak fattet i medhold i lov eller forskrift kan utgjøre supplerende rettsgrunnlag, dvs. hjemmel i lov.[2] Videre er vurderingen at det ikke stilles krav til uttrykkelige hjemler for behandling av personopplysninger:[3]

> Det synes derfor å være tilstrekkelig etter ordlyden at det supplerende rettsgrunnlaget gir grunnlag for å utøve myndighet eller å utføre en oppgave i allmennhetens interesse, og at det er nødvendig for den behandlingsansvarlige å behandle personopplysninger for å utøve myndigheten eller utføre oppgaven som følger av det supplerende rettsgrunnlaget. Samlet sett taler altså ordlyden i artikkel 6 nr. 3 for at det må påvises et supplerende rettsgrunnlag i unionsretten eller nasjonal rett, men at det ikke er nødvendig at det supplerende rettsgrunnlaget uttrykkelig regulerer behandling av personopplysninger.

Krav til supplerende rettslig grunnlag kan derfor også inkludere implisitte hjemler, dvs. en oppgave som er lagt til et forvaltningsorgan forutsetter bruk av visse typer opplysninger for at oppgaven skal kunne løses på en forsvarlig måte. Som regel vil det følge av vilkårene for en rettighet eller plikt hvilke opplysninger som vil være relevante og nødvendige, men dette kan være gjenstand for skjønn.

Departementet tar likevel forbehold i forarbeidene om at det kan være nødvendig med mer spesifikke hjemler i tilfeller hvor behandlingen av personopplysninger vil utgjøre inngrep i

---

[1] Walter Kotschy, 'Article 6 Lawfulness of processing', i Kuner mfl. (red) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020) s. 321-344, på s. 327.
[2] Prop. 56 LS (2017-2018) *Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen*, kapittel 6.3.2.
[3] Prop. 56 LS (2017-2018) kapittel 6.3.2.

retten til privatliv etter Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8, men at dette «må avgjøres etter en konkret vurdering».[4]

2.2 Krav til utforming av lovhjemmel

Det er presisert i personvernforordningen artikkel 6(3) at formålet med behandlingen må «være nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige er pålagt». Lovhjemmelen som behandlingen bygger på skal oppfylle et mål i allmennhetens interesse og stå i et rimelig forhold til det berettigede målet som søkes oppnådd, jf. artikkel 6(3) annet ledd siste punktum.

Hva som er «nødvendig» må tolkes i lys av proporsjonalitetsprinsippet, og behandlingen av personopplysninger må derfor ikke være mer omfattende enn strengt nødvendig. Hvis det er alternative behandlingsformer som kan benyttes for å oppnå formålet, skal derfor det minst inngripende alternativet benyttes.[5]

Det følger videre av personvernforordningen artikkel 6(3) hva et rettslig grunnlag kan innehold, som for eksempel formålsbegrensning, vilkår for lovlighet, hvilke typer personopplysninger som skal behandles, berørte registrerte, formål og mottakere ved utlevering av personopplysninger, hvor lenge opplysningene kan lagres og andre tiltak for å sikre lovlig og rettferdig behandling. Det er en kan-regelen, og ikke en skal-regel slik at det ikke er krav om at et rettslig grunnlag må inneholde alle momentene som nevnes. Det kan derfor være tilstrekkelig med et generelt utformet rettslig grunnlag.

Det følger imidlertid av fortalen 41 til personvernforordningen at det rettslige grunnlaget bør «være tydelig og presist, og anvendelsen av det bør være forutsigbar for personer som omfattes av det, i samsvar med rettspraksisen til Den europeiske unions domstol (…) og Den europeiske menneskerettighetsdomstol» Det stilles derfor noen krav til kvaliteten og utformingen av lovhjemler som skal utgjøre rettslig grunnlag etter personvernforordningen.

For Norge som EØS-medlem er EU-domstolens praksis ikke direkte bindende, men vil likevel ha betydning på personvernforordningens område siden forordningen forutsetter rettsharmonisering.[6] Rettspraksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) binder Norge folkerettslig, og særlig er det avgjørelser om inngrep i retten til privatliv og familieliv etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 som har betydning for hvilke krav som stilles til hjemmel.

Retten til privatliv og vern om personlig integritet følger også av Grunnloven § 102, og inngrep overfor enkeltpersoner må ha hjemmel i lov, jf. Grunnloven § 113. Det kan gjøres inngrep i retten til privatlivet i Grunnloven § 102 dersom inngrepet har en tilstrekkelig hjemmel, forfølger et legitimt formål og er forholdsmessig. Om kravet til lovhjemmel ved inngrep i grunnlovfestede rettigheter uttaler Høyesterett i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 30:

> For å gi en slik hjemmel som Grunnloven og menneskerettskonvensjonene krever, holder det ikke at loven er formelt sett i orden, og at den etter alminnelige

[4] Prop. 56 LS (2017-2018) kapittel 6.4.
[5] Walter Kotschy, 'Article 6 Lawfulness of processing', i Kuner mfl. (red) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020) s. 321-344, på s. 336.
[6] For Norge kan henvisningen også forstås som å inkludere rettspraksis fra EFTA-domstolen.

> tolkningsprinsipper gir grunnlag for lagringen. Det gjelder også kvalitative krav: Loven må være tilgjengelig og så presis som forholdene tillater.

Kravet til lovhjemmelens kvalitet er også understreket av EMD i flere saker:[7]

> The Court has repeatedly affirmed that any interference by a public authority with an individual's right to respect for private life, family life, home and correspondence must be with in accordance with the law (see notably *Vavřička and Others v. the Czech Republic* [GC], §§ 266-269 and the notion of "law" under the Convention; *Klaus Müller v. Germany*, §§ 48-51). This expression does not only necessitate compliance with domestic law but also relates to the quality of that law, requiring it to be compatible with the rule of law (*Big Brother Watch and Others v. the United Kingdom* [GC] § 332 (…)
>
> (…) In an early and leading Article 8 case, the Court clarified that "necessary" in this context does not have the flexibility of such expressions as "useful", "reasonable", or "desirable" but implies the existence of a "pressing social need" for the interference in question. (…) A restriction on a Convention right cannot be regarded as "necessary in a democratic society" – two hallmarks of which are tolerance and broadmindedness – unless, amongst other things, it is proportionate to the legitimate aim pursued (*Dudgeon v. the United Kingdom*, §§ 51-53).

Det er ingen tvil om at selv innhenting og lagring av personopplysninger som offentlige myndigheter foretar er inngrep i retten til privatliv, som EMD har fastslått i flere saker:[8]

> The Court (…) reiterates that the mere retention and storing of personal data by public authorities, however obtained, are to be regarded as having direct impact on the private-life interest of an individual concerned, irrespective of whether subsequent use is made of the data.

Det må først legges til grunn at en opplysningsplikt er et inngrep i personvernet, deretter er det en vurdering om hvor sterkt inngrepet er og om dette er nødvendig og forholdsmessig, noe som gir føringer for hvor tydelig og presis lovhjemmelen må være.

EU-domstolen har fastslått at lovgrunnlaget må fastsette klare og presise regler som regulerer rekkevidden og anvendelsen av inngrepet: [9]

> I denne henseende bemærkes ikke desto mindre, at den lovgivning, som danner grundlag for behandlingen, for at opfylde det krav om proportionalitet, som artikel 5, stk. 1, litra c) … er udtryk for … skal fastsætte klare og præcise regler, der regulerer rækkevidden og anvendelsen af den omhandlede foranstaltning, og som opstiller mindstekrav, således at de personer, hvis personoplysninger er berørt, råder over tilstrækkelige garantier, der gør det muligt effektivt at beskytte disse oplysninger mod risikoen for misbrug.

---

[7] Se European Court of Human Rights, 'Guide on Article 8 of the Convention – Right to respect for private and family life' (31. august 2021), avsnitt 15 og 28 <https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf>
[8] *Marper v UK* [GC] no. 30562/04 og 30566/04, avsnitt 121.
[9] *SIA 'SS'* C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, avsnitt 83. Se også *Tele2* C-203/15 og C-698/15, EU:C:2016:970, avsnitt 117 og 118; *Privacy International*, C-623/17, EU:C:2020:790, avsnitt 68; og *La Quadrature du Net and Others*, C-511/18, C-512/18 og C-520/18, EU:C:2020:791, avsnitt 132.

Domstolen viser her til at prinsippet om dataminimering innebærer et krav til proporsjonalitet, slik at det blant annet må tas stilling til hvilke typer opplysninger som er nødvendige for formålet og omfanget av disse. Det er derfor ikke nok å vise til prinsippet, men det må komme til uttrykk i lovhjemmelen med konkretisering av hvilke opplysninger det er snakk om.[10]

I en bindende uttalelse fra EU-domstolen til EU parlamentet om en avtale om overføring av flypassasjeropplysninger til Canada, konkluderte domstolen blant annet med at angivelsen av hvilke typer personopplysninger som skulle behandles ikke var presis eller forutsigbar når opplistingen brukte ord som «alle disponible kontaktopplysninger», «osv.», «herunder». For mye ble dermed overlatt til behandlingsansvarlig skjønn.[11] Eller som generaladvokaten uttalte i forslag til avgjørelse:[12]

> Når dette er sagt, nærer jeg alvorlig tvivl om, hvorvidt ordlyden af visse af de kategorier af PNR-oplysninger, der fremgår af bilaget til den påtænkte aftale, er tilstrækkeligt klare og præcise. Visse af disse kategorier er nemlig formuleret meget og endda unødvendigt bredt, således at en rimeligt velunderrettet person ikke vil kunne forstå arten eller rækkevidden af de personoplysninger, som disse kategorier kan indeholde (…)

Det er derfor ikke tilstrekkelig at det formuleres en lovbestemmelse som tilsynelatende gir hjemmel, dersom denne bestemmelsen ikke er tilstrekkelig klar eller forutsigbar. Dette betyr ikke at alle detaljene må stå i selve lovteksten, men kan konkretiseres i forskrift. Generelt utformede lovbestemmelser med vage formuleringer som at «opplysninger som er nødvendige for formålet med denne loven», uten nærmere presisering i forskrift og som i tillegg overlater til etaten selv å utforme nærmere retningslinjer vil i mange tilfelle ikke oppfylle kravene til hjemmel.

EU-domstolen har i flere dommer om innhenting av opplysninger fra andre enn personen selv, understreket viktigheten av at berørte personer må kunne forstå hva som blir innhentet om dem og få innsyn i hvilke opplysninger som behandles for å ha mulighet til å forsikre seg om behandlingen av opplysningene er lovlig og korrekt.[13] Lovgrunnlagene må derfor ha tilstrekkelige garantier for at personene kan ivareta sine rettigheter.[14] I dette ligger også at unntak fra informasjonsplikten etter personvernforordningen artikkel 14(5) ikke kan strekke seg lenger enn strengt nødvendig, også når opplysninger er innhentet for kontrollformål:[15]

> Det er desuden vigtigt, at de kompetente nationale myndigheder, som har fået adgang til de lagrede data, underretter de berørte personer herom inden for rammerne af de gældende nationale procedurer, så snart underretningen herom ikke kan skade disse myndigheders efterforskning. Denne underretning er nemlig de facto nødvendig for at gøre det muligt for disse personer navnlig at udøve den adgang til retsmidler (…) i tilfælde af, at deres rettigheder er blevet tilsidesat (…)

---

[10] Inngrepet som det vises til dommen er innhenting av opplysninger fra tredjepart til kontrollformål.
[11] *PNR* Opinion 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, avsnitt 155.
[12] Innstilling i sak Opinion 1/15 *PNR*, ECLI:EU:C:2016:656, avsnitt 217 og 220.
[13] *PNR* Opinion 1/15, EU:C:2016:970, avsnitt 219.
[14] Se sitat over fra *SIA 'SS'* C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, avsnitt 83.
[15] *Tele2* C-203/15, EU:C:2016:970, avsnitt 121. Se også *Rijkeboer* C-553/07, EU:C:2009:293, avsnitt 52; og *Schrems* C-362/14*,* EU:C:2015:650, avsnitt 95.

Enkelte inngrep som omfattende innsamling av personopplysninger og/eller bruk til profilering kan kreve både klar hjemmel, men også tydelige vurderinger av forholdet til Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Særlig er det påkrevd å vurdere hvorvidt inngrepet er legitimt, nødvendig og forholdsmessig. I dette ligger også at det skal vurderes hvorvidt formålet kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Dette krever en reell vurdering; det er ikke tilstrekkelig å kort konkludere at et inngrep er nødvendig uten nærmere interesseavveining mellom statens legitime formål og borgernes rett til privatliv.

2.3 Krav til lovhjemmel i personvernforordningen artikkel 22

Forbudet (eller rettigheten) i personvernforordningen artikkel 22 kan fravikes hvis det er nødvendig for å inngå eller oppfylle en avtale (artikkel 22(2)(a)), den registrerte har gitt sitt uttrykkelige samtykke (art. 22(2)(c)) eller det foreligger hjemmel (artikkel 22(2)(b). Det er siste alternativ som er aktuelt for forvaltningens behandling av personopplysninger til profilering.

Etter personvernforordningen artikkel 22(2)(b) kan det foretas automatiserte avgjørelser eller profilering dersom det er «tillatt i henhold til unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett som den behandlingsansvarlige er underlagt, og der det også er fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser». Fortalen 71 nevner at dette kan gjelde der hvor formålet er «overvåking og forebygging av bedrageri og skatteunndragelse som utføres i samsvar med forordningene, standardene og anbefalingene fra Unionens institusjoner eller nasjonale tilsynsorganer».

Kravet til rettslig grunnlag skal forstås tilsvarende som etter personvernforordningen artikkel 6 og 9, jf. fortalen 41. Det stilles derfor krav til at også hjemler for profilering er tydelige og presise.

Henvisningen til at det må være «tillatt» er ikke klar på hvorvidt det er tilstrekkelig at det generelt er tillatt å behandle personopplysninger eller om det er selve profileringen som må være tillatt. Retningslinjene fra European Data Protection Board (EDPB) går ikke inn på temaet.[16] Hvis det er nok med en hjemmel for behandling av personopplysninger, vil det åpne for profilering i enhver sammenheng hvor behandling er tillatt eller forutsatt i lov. I sammenheng med bestemmelsens formål om å begrense profilering, er det mer naturlig å forstå at «tillatt» viser til at det må følge av det rettslige grunnlaget at profilering er tillatt. Fortalen 71 henviser også til at slike avgjørelser bør være tillatt når unionsretten eller nasjonal rett «uttrykkelig tillater dette». Det vil i mange sammenhenger bety at det krever eksplisitte hjemler, og ikke kan tolkes implisitt.

Imidlertid er det ikke tilstrekkelig med et rettslig grunnlag som tillater profilering. Det følger også av artikkel 22(2)(b) at det må være «fastsatt egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser». Henvisningen til «der det» må forstås som at egnede tiltak må følge av et rettslig grunnlag. Det er dermed ikke nok å lage interne retningslinjer, men tiltakene må også være kjent og forutsigbare for den registrerte. Henvisningen til «egnede tiltak» kan heller ikke leses slik at det er tilstrekkelig å henvise til

[16] Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01), heretter omtalt som EDPB retningslinjer om art. 22.

den registrertes rettigheter etter personvernforordningen, men at det forutsetter mer konkrete tiltak utover dette for å verne den registrerte ved bruk av profilering.

Det følger ikke av personvernforordningen artikkel 22 hvilke egnede tiltak som er aktuelle. Det er kun der hvor behandlingsgrunnlaget er samtykke eller avtale at det presiseres minimumskrav til egnede tiltak: «i det minste retten til menneskelig inngripen fra den behandlingsansvarlige, til å uttrykke sine synspunkter og til å bestride avgjørelsen». Siden dette eksplisitt er nevnt for 22(2)(a) og 22(2)(c), kan det forstås slik at dette ikke er krav etter 22(2)(b), men dette vil også være relevante tiltak der profileringen skjer med grunnlag i hjemmel. Av disse er retten til menneskelige inngripen sentral,[17] og det kan være særlig viktig ved profilering fordi dette ofte skjer uten den enkeltes kunnskap og som det derfor er vanskelig å forsvare seg mot.

Fortalen 71 nevner også at «under alle omstendigheter bør en slik behandling ledsages av nødvendige garantier som bør omfatte spesifikk informasjon til den registrerte og rett til menneskelig inngripen, til å uttrykke sine synspunkter, til å få en forklaring på avgjørelsen som er truffet etter en slik vurdering, og til å protestere mot avgjørelsen». Selv om dette er rettigheter som følger av forordningen, kan det derfor være grunn til å spesifisere det nærmere i lovgrunnlaget som gir hjemmel for profilering. Ikke med generelle henvisninger til at personen har rett til informasjon, men konkretisering av hvordan og når det skal gjøres.

Egnede tiltak kan også være å sikre at personer som blir profilert har reelle rettigheter til informasjon og innsyn. Selv om disse rettighetene følger av personvernforordningen, er det gjort unntak og begrensninger både i forordningen og i personopplysningsloven §§ 16 og 17. Det kan derfor være forskjell på hva som er hovedregelen etter forordningen, og hvordan reglene faktisk praktiseres. EU-domstolen har understreket viktigheten av at personer har reell mulighet til å ettergå behandlingen av sine opplysninger. Domstolen har tolket unntakene til informasjon og innsyn strengt, og disse rettighetene kan ikke begrenses mer eller lenger enn det som er nødvendig. Rettighetene gjelder alle som får sine personopplysninger innhentet og behandlet, og ikke bare de som blir fulgt opp med videre tiltak.[18]

Utformingen av lovgrunnlaget for profilering må også ses i sammenheng med den registrertes rett til å motsette seg behandling etter personvernforordningen artikkel 21. Her er profilering særskilt nevnt, og retten gjelder blant annet der hvor behandlingen skjer som del av myndighetsutøvelse med hjemmel i lov. Kravet om at behandlingsansvarlig må påvise at det foreligger tvingende berettigede grunner for behandlingen som går foran den registrertes interesser, rettigheter og friheter, forutsetter en reell interesseavveining hvor det tas hensyn til den enkeltes personvern. Dette stiller også krav til utforming av hjemmelen for profilering. En balansert vurdering av forvaltningens behov opp mot den registrertes interesser vil være nødvendig.

Forarbeidene til personopplysningsloven har bare en kortfattet omtale av personvernforordningen artikkel 21 og 22. Det er ingen vurdering om hvilke krav dette vil

---

[17] Lee Bygrave, 'Article 22 Automated individual decision-making, including profiling' i Kuner mfl. (red) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020) s. 522-542, på s. 537.

[18] Se f. eks. *Tele2* C-203/15, EU:C:2016:970, avsnitt 121. Se også *Rijkeboer* C-553/07, EU:C:2009:293, avsnitt 52; og *Schrems* C-362/14, EU:C:2015:650, avsnitt 95.

stille til lovhjemmel eller hva som kan anses som egnede tiltak.[19] Dermed har forarbeidene ingen drøftelse av hvilke «egnede tiltak» som kan gis eller hvorvidt eksisterende regelverk gir slike garantier. For forvaltningen vil det blant annet være et spørsmål om forvaltningsloven og særlover gir tilstrekkelige garantier etter artikkel 22. Samtidig vil det partsrettigheter etter forvaltningslov ikke være nok siden rettighetene etter personvernforordningen også må inkludere de som ikke regnes som part. Det vil for eksempel gjelde personer som blir risikoprofilert, men hvor profileringen ikke fører til videre saksbehandling.

3 Profilering

3.1 Personvernforordningens definisjon av profilering

Profilering er definert i personvernforordningen artikkel 4(4) som:

> enhver form for automatisert behandling av personopplysninger som innebærer å bruke personopplysninger for å vurdere visse personlige aspekter knyttet til en fysisk person, særlig for å analysere eller forutsi aspekter som gjelder nevnte fysiske persons arbeidsprestasjoner, økonomiske situasjon, helse, personlige preferanser, interesser, pålitelighet, atferd, plassering eller bevegelser.

Definisjonen av profilering forutsetter dermed at behandlingen på et eller annet vis er automatisert, men det krever ikke at profileringen skjer utelukkende basert på automatisert behandling. Profileringen kan derfor skje på basis av en blanding av automatisert behandling og menneskelig inngripen. Helt manuell profilering vil imidlertid falle utenfor definisjonen.

Profilering omfatter bare tilfeller der hvor det blir brukt personopplysninger, og ikke profilering som gjøres på grunnlag av ikke-personopplysninger og for eksempel aggregerte data eller data på gruppenivå. Men hvis profileringen bygger på en blanding av personopplysninger og ikke-personopplysninger vil dette falle inn under definisjonen av profilering, også selv om personopplysningene bare utgjør en liten del av datasettet.[20] Dette har blant annet betydning for profilering av næringsdrivende. Enkeltpersonforetak er ikke juridiske personer, så opplysninger om disse vil være personopplysninger også for opplysninger som er knyttet til næringsvirksomheten. Opplysninger om fysiske personer knyttet til juridiske personer, slik som f. eks. opplysninger om styremedlemmer, daglig leder og ansatte, er også personopplysninger, så en profilering som kobler egenskaper til personer med virksomheten kan også regnes som profilering. Det betyr også at der hvor det brukes det som åpenbart ikke er personopplysninger, men disse brukes til å profilere enkeltpersoner så kan opplysningene likevel regnes som personopplysninger fordi de da er knyttet til en fysisk person. For eksempel er korrupsjonsindeks for et land ikke en personopplysning, men hvis vi bruker det som en variabel for å kategorisere personers tilbøyelighet for økonomisk kriminalitet vil vi gi personen en egenskap basert på landbakgrunn og dermed vil koblingen bli en ny personopplysning.[21]

---

[19] Prop. 56 LS (2017-2018) kapittel 10.5.

[20] Lee Bygrave og Luca Tosono, 'Article 4(1) Personal data' i Kuner mfl. (red) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press 2020) s.103-115, på s. 112-113.

[21] Skatteetaten har en analyse hvor de måler effekt av kontroll mellom grupper, blant annet etter fødeland og korrupsjonsindeks for landet. Dette er en statistisk analyse, nærmere forskning, og det ser ikke ut til at variabelen er brukt i en prediktiv modell. Hvis opplysningene ville bli brukt i profilering, kunne det ført til en kategorisering med stigmatiserende og diskriminerende effekt. Se *Effekter av kontroll blant ulike grupper av*

Profileringen må også «vurdere» visse personlige aspekter,[22] slik at det kreves en form for vurdering eller bedømmelse en person.[23] En ren klassifikasjon av personer basert på alder, kjønn og høyde til statistiske formål uten å trekke konklusjoner eller gjøre forutsigelser om personer vil derfor som utgangspunkt ikke regnes som profilering.[24] Definisjonen trekker fram at det særlig er vurderinger for å analysere eller forutsi[25] aspekter ved en fysisk person som omfattes av profilering.

Om det regnes som profilering etter definisjonen hvis personopplysninger brukes i en algoritme for å predikere aspekter ved en juridisk person er derimot tvilsomt. Personvernforordningen vil likevel komme til anvendelse for behandlingen av personopplysninger i algoritmen, f. eks. spørsmål om rettslig grunnlag og dataminimering, men da ikke reglene om profilering.

3.2 Personvernforordningen artikkel 22

Personvernforordningen artikkel 22 regulerer automatiserte avgjørelser og profilering:

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

Til tross for at personvernforordningen artikkel 22 etter ordlyden gir den registrerte en rett til ikke å bli gjenstand for avgjørelse som utelukkende er basert på automatisert behandling, herunder profilering, er det lagt til grunn av blant annet EDPB at bestemmelsen er et forbud.[26]

Hvis det er en rettighet betyr det at personer skal ha en mulighet til å motsette seg slik behandling, men at denne retten bortfaller dersom avgjørelsen bygger på et rettslig grunnlag i artikkel 22(2). Hvis det er et forbud er det bare der det foreligger rettslig grunnlag etter artikkel 22(2) at slik behandling kan foregå.

For den videre vurderingen har det i hovedsak ikke betydning om artikkel 22 er et forbud eller en rettighet, men jeg vil legge til grunn at det er et forbud. Selv om artikkel 22 omhandler både automatiserte behandling og profilering, er det bare profilering som vil være tema for den videre redegjørelse.[27]

3.3 Rettsvirkning eller tilsvarende betydelig virkning

For at personvernforordningen artikkel 22 skal komme til anvendelse må tre kumulative vilkår oppfylles: 1) Det må tas en avgjørelse 2) som utelukkende er basert på (automatisert

---

skattepliktige, Skatteetaten Analysenytt 1/2019 https://www.skatteetaten.no/globalassets/om-skatteetaten/analyse-og-rapporter/analysenytt/analysenytt-1_2019v2.pdf

[22] Engelsk versjon bruker «evaluate», fransk «évaluer», dansk «evaluere», svensk «bedöme».

[23] EDPB retningslinjer om art. 22, s. 7.

[24] EDPB retningslinjer om art. 22, s 7.

[25] Engelsk versjon «predict», og mye profilering omtales som prediksjoner eller prediktive modeller.

[26] Se EDPB retningslinjer om art. 22, s. 20.

[27] For en gjennomgang av hjemler for helt automatiserte avgjørelser i forvaltningen, se Emily M. Weitzenboeck, 'Simplification of Administrative Procedures through Fully Automated Decision-Making: The Case of Norway', *Administrative science* (2021) 11(4) 149 https://doi.org/10.3390/admsci11040149

behandling eller) profilering og 3) som enten har rettsvirkning eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker den enkelte.

«Avgjørelse» må forstås vidt, og refererer ikke bare til formelle avgjørelser slik som vedtak i forvaltningen. Avgjørelser kan også inkludere valg som blir tatt om hvordan en person f. eks. skal bli behandlet.

En avgjørelse som har rettsvirkning vil i alle tilfeller omfatte vedtak og enkeltvedtak fattet av forvaltningen. Forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav a definerer vedtak som «en avgjørelse som treffes under utøving av offentlig myndighet og som generelt eller konkret er bestemmende for rettigheter eller plikter til private personer», og § 2 første ledd bokstav b definerer enkeltvedtak som «et vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer». Også avvisning av sak skal regnes som enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd.

Dersom forvaltningen benytter profilering som ender i vedtak eller enkeltvedtak vil dette derfor falle innenfor virkeområdet til personvernforordningen artikkel 22.

Personvernforordningen artikkel 22 er imidlertid ikke begrenset til formelle avgjørelser, men omfatter også avgjørelser som «på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende».

Retningslinjene fra EDPB nevner at for at en avgjørelse skal ha «tilsvarende virkning» må den være tilstrekkelig stor eller viktig, og «betydeligt påvirke den pågældendes situation, adfærd eller valg; have langvarig eller permanent indvirkning på den registrerede; eller medføre udelukkelse eller forskelsbehandling af enkeltpersoner i de mest ekstreme tilfælde».[28]

Fortale 71 i personvernforordningen nevner som eksempler automatisk avslag på en søknad om kreditt på internett eller e-rekruttering uten menneskelig inngripen.

Profilering som påvirker den enkeltes adferd eller valg kan også regnes som avgjørelser som har tilsvarende virkning. Vurdering av virkningen avgjørelsen har på en person, må også vurderes ut fra dennes sårbarhet. Dette gjelder særlig for barn, som ikke bør omfattes av profilering, jf. fortalen 71, men også andre grupper kan omfattes slik som minoritetsgrupper og sårbare voksne.[29]

For forvaltningen blir det spørsmål om det er andre avgjørelser forvaltningen tar som ikke er enkeltvedtak eller vedtak, men som kan ha tilsvarende betydelig virkning som etter artikkel 22.

3.4 Forvaltningslovutvalgets vurderinger av profilering

Forvaltningslovutvalgets skulle vurdere hvilke utfordringer digitalisering skaper for rettssikkerheten og personvernet, men behandling av profilering i NOU 2019: 5 *Ny forvaltningslov – Lov om saksbehandlingen i offentlig forvaltning (forvaltningsloven)* er kortfattet. Utvalget fastslår hva profilering er i henhold til definisjonen i

[28] EDPB retningslinjer om art. 22, s. 21-22.
[29] EDPB retningslinjer om art. 22, s. 23.

personvernforordningen, og viser ellers til reguleringen i personvernforordningen artikkel 22:[30]

> Profilering innebærer sammenstilling eller tolkning av informasjon og påfølgende kategorisering. Noen ganger vil profilering og vedtak skje i én og samme prosess. Andre ganger vil profileringen skje forut for et vedtak. Profilen kan danne grunnlag for et senere vedtak, enten ved å være faktisk beslutningsgrunnlag for det eller ved å peke ut kategorier som det skal rettes oppmerksomhet mot. Profilering i offentlig forvaltning kan særlig være aktuelt i kontrollrutiner, for eksempel for å skille ut grupper som er aktuelle eller ikke aktuelle for videre oppfølging.
>
> Når profilering utgjør eller inngår i en helautomatisert saksbehandlingsprosess, vil behandlingen av personopplysninger måtte fylle kravene i artikkel 22, se punkt 18.3.3.3.

Omtalen av profilering er i et eget kapittel, og inngår ikke i vurderingen av automatiserte avgjørelser og forholdet til personvernforordningen artikkel 22. Utvalget drøfter ikke bruken av profilering, men nevner kort hvilke krav dette kan stille til hjemmel:[31]

> Bruk av avanserte profiler i helautomatiserte avgjørelser vil for eksempel kunne være en inngripende form for behandling som skjerper kravet til presis hjemmel.

Utvalgets lovforslag § 11 omfatter kun helautomatisert saksbehandling, og ikke profilering. Hvorvidt dette skal leses som å inkludere profilering, jf. artikkel 22 «herunder profilering», eller om det bare er automatiserte avgjørelser som er tenkt er uklart.

Forvaltningslovutvalget kobler heller ikke profilering med kunstig intelligens. Kunstig intelligens er bare gitt en kort omtale som i hovedsak er en henvisning til en svensk utredning. Utvalget mener det ennå ikke er aktuelt å vurdere hvordan kunstig intelligens vil påvirke forvaltningen, men «understreker behovet for å være oppmerksomme på problemstillinger knyttet til kunstig intelligens i tiden som kommer».[32]

Utvalget ser dermed ikke spørsmålet om profilering i sammenhengen med bruk av kunstig intelligens, eller som en selvstendig behandling uavhengig av helautomatisert saksbehandling. Heller ikke er bruk av profilering for kontrollformål og eventuelt behov for regulering av slike kontroller vurdert.

3.5 Har «prosessledende avgjørelser» tilsvarende betydelig virkning?

Prosessledende avgjørelser, dvs. avgjørelser som treffes under saksforberedelsen, regnes normalt ikke som enkeltvedtak eller vedtak etter forvaltningsloven. Forvaltningsloven definerer ikke hvilke avgjørelser som er prosessledende, men det er vanligvis forstått som avgjørelser som utelukkende gjelder saksbehandlingen og som ikke avgjør realiteten i saken.[33] Det kan forstås i vid forstand som alle avgjørelser som treffes under

---

[30] NOU 2019: 5 kapittel 18.3.3.8
[31] NOU 2019: 5 kapittel 18.3.3.3.
[32] NOU 2019: 5 kapittel 18.3.3.9.
[33] Marius Stub, 'Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess' (UiO 2011) s. 257.

saksbehandlingen eller i snever forstand som avgjørelser som direkte gjelder saksbehandlingen.[34]

Hvorvidt prosessledende avgjørelser kan være enkeltvedtak har betydning for om en avgjørelse har rettsvirkning, men er ikke avgjørende for vurderingen av hvorvidt en avgjørelse har «tilsvarende virkning». Vurdering av om prosessledende avgjørelse kan sies å ha «tilsvarende virkning» må derfor tolkes videre enn definisjonen av enkeltvedtak.

Forvaltningslovutvalget drøftet om prosessledende avgjørelser kan regnes som enkeltvedtak, og hvorvidt de bør reguleres i forvaltningsloven. Deres anbefaling er at det ikke bør gjelde særlige saksbehandlingsregler for saksforberedende avgjørelser, med enkelte unntak slik som avgjørelse om avvisning av en sak og avgjørelser om befaring og undersøkelsen og pålegg om å gi opplysninger.[35] Utvalget drøftet ikke om for eksempel avgjørelser om utplukk til kontroll er prosessledende avgjørelse eller ikke. Utvalget kommenterte imidlertid at:[36]

> Slik EU-domstolens praksis har utviklet seg de siste tiårene kan det likevel ikke utelukkes at også prosessledende avgjørelser som har vesentlig negativ innvirkning på berørte parter etter omstendighetene kan være underlagt en begrunnelsesplikt.

Til dette kan tilføyes at dersom prosessledende avgjørelser har vesentlig negativ innvirkning må det regnes som avgjørelser med tilsvarende virkning etter personvernforordningen artikkel 22.

Høyesterett tar også forbehold om at enkelte prosessledende avgjørelser kan regnes som enkeltvedtak:[37]

> Slik jeg ser det, kan det likevel unntaksvis være grunnlag for å betrakte prosessledende avgjørelser som enkeltvedtak. Hvilke avgjørelser som omfattes av den ene eller den andre kategorien, gir ikke forarbeidene noe klart svar på.

Stub argumenterer for at også prosessledende avgjørelser bør kunne vurderes som enkeltvedtak:[38]

> Hensynet til at forvaltningens myndighetsutøvelse bør være underlagt kontroll på områder hvor den kan gjøre vesentlige inngrep overfor enkeltindivider, taler for å anse slike avgjørelser som enkeltvedtak. Uten slik kontroll svekkes betydningen av legalitetsprinsippet.
> (…)
> I et bredere samfunnsmessig perspektiv er for øvrig ikke hensynet til parten det eneste hensynet som kan begrunne en klagerett. Tar man utgangspunkt i den rettsstatsidé som vår forfatning hviler på, er det av fundamental betydning at forvaltningen holder seg innenfor rammen av de bestemmelser som konstituerer og begrenser dens myndighet

[34] NOU 2019: 5 kapittel 26.1.
[35] NOU 2019: 5 boks 26.1.
[36] NOU 2019: 5 kapittel 11.8.8.
[37] Rt. 2011 s. 1433 avsnitt 42.
[38] Marius Stub, 'Tilsynsforvaltningens kontrollvirksomhet. Undersøkelse og beslag i feltet mellom forvaltningsprosess og straffeprosess' (UiO 2011) s. 269-270.

Hans betraktninger er særlig aktualisert siden mengden informasjon som kan innhentes og brukes av forvaltningen er vesentlig større enn tidligere, samtidig som hjemlene for innhenting er utvidet. Dette sammen med nye teknologi som muliggjør omfattende sammenstilling og profilering taler for at profilering som ikke ender i det vi tradisjonelt anser som enkeltvedtak likevel bør kunne betraktes som avgjørelser som har tilsvarende virkning. Vurderingen av om en avgjørelse har rettsvirkning eller tilsvarende virkning bør derfor ikke følge sette skillet mellom enkeltvedtak og prosessledende avgjørelse.

Manglende regulering av prosessledende avgjørelser fører til at en person som blir utsatt for profilering som del av saksforberedelsen ikke har rettigheter etter forvaltningsloven med mindre saken ender i et enkeltvedtak. Og selv når saken ender i enkeltvedtak vil det bli et spørsmål om hvorvidt vedkommende vil ha rett til for eksempel å bestride selve profileringen, eller om rettighetene kun vil gjelde enkeltvedtaket.

Det vil derfor ikke være nok å vise til rettigheter i forvaltningsloven, men det må det fastsettes «egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser» i lovhjemmelen for profilering slik personvernforordningen artikkel 22(2)(b) krever.

3.6 Kan utplukk til kontroll ha «tilsvarende betydelig virkning»?

Et annet spørsmål er hvorvidt utplukk til kontroll i seg selv er en avgjørelse basert på profilering når det er etterfølgende steg som avgjør saksbehandlingen. Med andre ord vil et vedtak kunne fattes etter at kontroll er foretatt og saken er behandlet. Profileringen vil dermed bare utgjøre en del av behandlingen slik at det kan sies at profileringen ikke fører til en avgjørelse med tilsvarende virkning fordi en avgjørelse med rettsvirkning blir fattet senere.

Det vil i tilfelle bety at ingen bruk av profilering til kontrollutplukk faller innenfor virkeområdet til artikkel 22. Dette har blitt påpekt som en svakhet og usikkerhet ved bestemmelsen.[39]

Et mye brukt område for profilering å vurdere sannsynlighet for svindel eller juks med offentlige ytelser. Profilering er blant annet brukt for å avdekke trygdesvindel og skattejuks.

Det er forskjell på en kontroll som er basert på fakta i saken, f. eks. det mangler informasjon eller det er konkret mistanke om unndragelse, og der hvor en kontroll blir igangsatt på bakgrunn av profilering. Ved profilering vil det være en antagelse om adferd som ikke nødvendigvis er knyttet til den enkelte, men som kan være tatt på bakgrunn av informasjon om tilsvarende personer eller forhold.

Når kontrollen igangsettes vil vedkommende ha rettigheter som part, og dermed rett til kontradiksjon og innsyn i sakens dokumenter. Forvaltningen vil også ha en plikt til å opplyse saken best mulig. Det er derimot uklart om vedkommende vil få innsyn i eller få informasjon om bakgrunnen for kontrollutplukket hvis det er basert på profilering.

[39] Reuben Binns og Michael Veale, 'Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR' *International Data Privacy Law* (2021) 11(4) s. 319–332, https://doi.org/10.1093/idpl/ipab020.

Ved kontrollen vil personen ha mulighet til å fremlegge sin side av saken. Samtidig vil vedkommende stille i en mindre gunstig posisjon enn forvaltningen dersom det ikke er kjent hvorfor kontrollen er igangsatt. Dersom det er kontrollutplukk på grunnlag av profilering, har allerede etaten gjort noen antagelser og vurderinger av personens troverdighet og sannsynlighet for svik. Dette vet ikke vedkommende, som dermed må dokumentere og forklare seg uten kjennskap til alle sider av saken. Hva som skal motbevises er imidlertid ikke alltid klart for vedkommende. Uskyldspresumsjonen snus dermed på hodet.[40]

Fra forvaltningens side vurderes både utplukk til kontroll og selve kontrollen som ikke å være særlig inngripende. For den som utsettes for kontroll vil det nok oppleves annerledes. Hvis en person er plukket ut til kontroll på grunnlag av profilering, kan det ha blitt lagt til grunn usaklige og irrelevante faktorer. I profileringen kan det ha blitt brukt informasjon som ikke er korrekt eller som ikke er relevant, og dermed fører til feilaktige antagelser om vedkommende. Ved profilering er det også en risiko for å forsterke antagelser; det ligger i hvordan algoritmen fungerer. Det kan bety at dersom en person er pekt ut som mulig jukser et år, kan dette være en egenskap som blir lagt til personen slik at vedkommende plukkes ut også neste år og personer med lignende kjennetegn som hen igjen. Hvis videre saksbehandlingssteg besluttes på grunnlag av profilering, kan saken derfor starte på feil grunnlag. Selv om dette kan avdekkes under selve saksbehandlingen kan det bli et spørsmål om vedkommende burde ha mulighet også til å gi informasjon og til kontradiksjon om selve profileringen.

Også det at en person er profilert, uten at det fører til videre undersøkelser eller kontroll, kan i seg selv være inngripende. I en sak for EU-domstolen hadde skattemyndighetene utarbeidet en liste over strømenn for selskaper mistenkt for skatteunndragelser. Retten kom til at det å bli oppført på en slik mistenktliste var et inngrep i personvernet og i strid med uskyldspresumsjonen: [41]

> Den omstændighed, at en person er opført på den omtvistede liste, kan krænke visse af personens rettigheder. En opførelse på denne liste vil nemlig kunne skade hans omdømme og påvirke hans forhold til skattemyndighederne. Denne opførelse vil også kunne påvirke denne persons uskyldsformodning, som er fastsat i chartrets artikel 48, stk. 1, og friheden til at oprette og drive egen virksomhed, som er fastsat i chartrets artikel 16, for de juridiske personer, som sættes i forbindelse med fysiske personer opført på den omtvistede liste. En sådan krænkelse kan kun være hensigtsmæssig, hvis der foreligger tilstrækkelige holdepunkter for mistanken om, at den pågældende person proforma varetager ledelsesposter hos de juridiske personer, der sættes i forbindelse med ham, og dermed påvirker skatteopkrævningen og bekæmpelsen af skattesvig.

Domstolen understreker at det vil være lov å lage slike lister for bekjempelse av skattesvik, men det forutsetter at bruken av listen er egnet og nødvendig av hensyn til skattemyndighetenes oppgaver, at det er tilstrekkelige holdepunkter for mistanken om at personer med rette står på listen og at alle vilkårene for behandling overholdes.[42]

Tilsvarende har det nederlandske Datatilsynet i et tilsyn med skattemyndighetene, konkludert med at praksisen med å flagge mulige skattesvikere var ulovlig behandling av

---

[40] Lee Bygrave, 'Machine Learning, Cognitive Sovereignty and Data Protection Rights with Respect to Automated Decisions' versjon 2.0, s. 7 https://ssrn.com/abstract=3721118
[41] *Puškár* C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, avsnitt 114.
[42] *Puškár* C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, avsnitt 117.

personopplysninger. Det var blant annet ikke gode nok rutiner for å verifisere mistanken og oppdatere og endre flaggingen. Hvis en person først var flagget, ville det henge ved personen i mange år. Det at en person var flagget påvirket også hvordan vedkommende ble behandlet av skattemyndighetene, selv om det ikke førte til kontroll eller vedtak. (Se mer om saken i kapittel 7.2.3).

Dette kan også ha betydning for hvordan profilering kan brukes til kontrollutplukk, og hvilke krav som vil stilles til kvalitet, rutiner og oppfølging. Det krever særlig at profilene ikke blir selvforsterkende ved at mistanke fører til mistanke. Resultatene fra profilering kan derfor ikke legges ukritisk til grunn for videre tiltak.

Bruk av profilering for å kategorisere personer etter hvilken sannsynlighet det er for at de vil begå skatte- eller trygdemisbruk kan ha store feilmarginer med falske positive eller falske negative resultater, som kan ha betydelig effekt på personene det gjelder.[43] Kontrollutplukk som er basert på automatiserte analyser av data med bruk av modeller og risikokriterier må derfor vurderes manuelt før kontrolltiltak igangsettes, i følge dommer fra EU-domstolen.[44] Selv om kontrollutplukk blir vurdert av personer før videre tiltak, er det en risiko for at det ikke gjøres en reell vurdering av resultatet og at det i for stor grad legges til grunn at algoritmen har rett (såkalt «automation bias»). I en annen sak fra Nederland hvor en algoritme plukket ut personer med høy sannsynlighet for misbruk av en trygdeordning, ble resultatene slavisk fulgt opp av saksbehandlere som ikke hadde noen forutsetninger for å overprøve algoritmen, med det resultat at 94 % av sakene viste seg å være ubegrunnede.[45] (Se mer om saken i kapittel 7.2.2.)

Vurderingen av om utplukk til kontroll ved profilering har en tilsvarende betydelig effekt kan derfor ikke vurderes ut fra hva som formelt er avgjørelser eller saksforberedende steg fra etatens side, men fra den registrertes ståsted. Heller enn å tolke innskrenkende hva som ligger i «tilsvarende grad betydelig påvirker», bør forvaltningen ha lav terskel for å vurdere hva som kan ha betydelig effekt.

4 Skatteetaten

4.1 Kontrollhjemler i skatteforvaltningsloven

Skatteforvaltningsloven er en særlig forvaltningslov på skatte- og avgiftsrettens område, og forvaltningsloven kommer ikke til anvendelse med et par unntak, jf. skatteforvaltningsloven § 1-3. Loven er fra 2016, og erstattet daværende ligningslov og en rekke andre lover innen skattemyndighetenes forvaltningsområder slik at det ble en samlet lov for skatte- og avgiftssaker. Utgangspunktet var at det var mindre materielle endringer, og hovedsakelig samordning og harmonisering av regler. Reglene om kontroll var derfor ikke nye i 2016, men i hovedsak videreføring av bestemmelser som ble innført i 2011, med noen endringer som utvidet kontrollspennet ytterligere.

---

[43] Dimitra Kamarinou, Christopher Millard og Jatinder Singh, 'Machine Learning with Personal Data' *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper* 247/2016, s. 7 https://ssrn.com/abstract=2865811.
[44] Se *PNR* Opinion 1/15, ECLI:EU:C:2017:592, avsnitt 173; og *La Quadrature du Net and Others* C–511/18, C–512/18 og C–520/18 ECLI:EU:C:2020:791, avsnitt 182.
[45] Se Europarådets Veneziakommisjon, 'Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens', CDL-AD(2021)031-e, avsnitt 26 https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)031-e

I forarbeidene til skatteforvaltningsloven, Prop.38 L (2015-2016) *Lov om skatteforvaltning (skatteforvaltningsloven)*, er det forholdsvis kortfattede vurderinger fra departementets side med henvisning til vurderinger som ble gjort i Prop.141 L (2011-2012) *Endringer i ligningsloven og merverdiavgiftsloven mv. (kontrollbestemmelser og personalliste)*.

4.1.1 Skattyters og tredjeparts plikt til å gi opplysninger til kontroll

Det følger av skatteforvaltningsloven kapittel 7 og 8 at både skattyter og tredjeparter har opplysningsplikt til skattemyndighetene. Skattyter skal gi «riktige og fullstendige opplysninger», jf. skatteforvaltningsloven § 8-1. Plikten påligger alle som skal levere skattemelding, både fysiske og juridiske personer. For tredjeparter gjelder opplysningsplikten typisk opplysninger som inngår i den forhåndsutfylte skattemeldingen, slik som årsoppgaver fra arbeidsgiver og banker. Hvilke opplysninger som skal innrapporteres, og på hvilket format følger av forskrift. Denne ordinære opplysningsplikten vil ikke bli nærmere behandlet.

Skatteetaten bruker opplysningene til fastsettelse av skatt, men kan også bruke opplysningene til kontroll. Kontroll inngår som en del av myndighetsutøvelsen til skattemyndighetene. Bruk til kontrollformål av disse opplysningene kan sies å være samme formål slik at det ikke er en formålsutglidning etter personvernforordningen.

I tillegg til innhenting av opplysninger etter skatteforvaltningsloven kapittel 7 og 8 kan skattemyndighetene kreve ytterligere opplysninger til kontrollformål. Skatteforvaltningsloven kapittel 10 gir skattemyndighetene vide hjemler for kontroll av skattytere. Skatteforvaltningsloven § 10-1 første ledd pålegger skattyter og andre å gi enhver opplysning som kan ha betydning:

> Skattepliktig og andre skal etter krav fra skattemyndighetene gi opplysninger som kan ha betydning for vedkommendes bokføring eller skatteplikt og kontrollen av denne.

Tilsvarende har tredjeparter en plikt til å gi opplysninger etter skatteforvaltningsloven § 10-2 første ledd:

> Enhver tredjepart plikter etter krav fra skattemyndighetene å gi opplysninger som kan ha betydning for noens skatteplikt.

Plikten er ikke begrenset til personer eller virksomheter som inngår i kretsen til skattyter, f. eks. regnskapsfører, men gjelder «enhver» tredjepart.

Opplysningene skal også oppgis uavhengig av avtalefestet eller lovfestet taushetsplikt som vedkommende skattyter eller tredjepart er pålagt.

Da loven var på høring, var det en rekke kritiske kommentarer til forslagene. Flere av høringsinstansene uttalte at forslagene om kontrollopplysninger i skatteforvaltningsloven §§ 10-1 og 10-2 var svært vidtgående, og at det burde vurderes nærmere om det var nødvendig med en slik vid plikt. Det ble påpekt at den vidtgående hjemmelen i gjeldende rett var problematisk. En videreføring ville derfor være videreføring av en vid opplysningsplikt, uten tilstrekkelige rettssikkerhetsgarantier for skattyter og tredjeparter.[46]

[46] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.2.2 og 16.3.2.

Der hvor skatteforvaltningsloven § 10-1 pålegger skattyter og andre en plikt til å gi opplysninger om skattyters forhold, så pålegger skatteforvaltningsloven § 10-2 tredjeparter opplysningsplikt der hvor opplysninger *kan* ha betydning for «noens» skatteplikt. Det ble påpekt i høringen at kriteriet om at opplysningene «kan ha betydning» ikke innebærer noen faktisk begrensning av opplysningsplikten.

Departementet opprettholdt forslagene. Deres vurdering av skatteforvaltningsloven § 10-1 var at «plikten til å gi kontrollopplysninger om egne forhold er vidtgående på disse områdene også i dag».[47] Både i høringen til skatteforvaltningsloven og tidligere ligningslov, tok flere av høringsinstansene til orde for at det burde oppstilles negativ avgrensning av hvilke opplysninger som kan innhentes i loven, blant annet om juridiske vurderinger, personlige opplysninger om sykdom, personlig og fri kommunikasjon og andre forhold som faller inn under EMK artikkel 8.[48] Dette ble avvist av departementet, og i Prop.141 L (2011-2012) kapittel 2.4.5.2 ble det sagt uttrykkelig at det ikke skulle være noen negativ avgrensning av hvilke opplysninger som kan innhentes med hjemmel i kontrollbestemmelsene.

Heller ikke ble det inntatt en positiv avgrensning eller eksempler om hvilke typer opplysninger som kan innhentes, da dette kunne «sette en standard og medføre diskusjoner om rekkevidden av bestemmelsen».[49] Departementet mente at den vide formuleringen «opplysninger som kan ha betydning» begrenses av de materielle skattereglene. Samtidig følger det av forarbeidene at det ikke er noe krav om at opplysningene faktisk vil få betydning for noens skatteplikt, men at det er tilstrekkelig at opplysningene kan være relevante for å vurdere skatteplikten.[50] Hvilke opplysninger som er «nødvendige» er derfor opp til skattemyndighetens skjønn. Utgangspunktet er derfor at skattemyndighetene har en ubegrenset rettslig tilgang til alle opplysninger som anses å være av betydning for noens skatteplikt.[51]

Skatteforvaltningshåndboka[52] har med et par unntak ingen nærmere angivelse av hvilke opplysninger som kan eller ikke kan innhentes, og det er ikke publisert noen rundskriv som presiserer bestemmelsene.[53] For innhenting etter skatteforvaltningsloven § 10-1 er det presisert at timebestillingslister for psykolog som er underlagt taushetsplikt kan kreves utlevert ved kontroll med vedkommendes virksomhet, jf. Rt. 2000 s. 788. Høyesterett uttaler at opplysningsplikten «har generell rekkevidde og omfatter også dokumenter som inneholder opplysninger av sensitiv karakter». En prinsipputtalelse fra Finansdepartementet gir videre en delvis avgrensning ved innhenting av pasientjournaler hvor det understrekes at det må

---

[47] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.2.3.
[48] Se høringsinstansenes merknader i Prop.141 L (2011-2012) kapittel 2.4.4 og 2.5.1.5 og Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.2.2 og kapittel 16.3.2. Se også Prop.141 L (2011-2012) kapittel 2.4.3 om forslag fra mindretallet i skatteunndragelsesutvalget om å lovfeste negativ avgrensning av opplysninger, hvor de nevner disse eksemplene.
[49] Prop.141 L (2011-2012) kapittel 2.4.5.2.
[50] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.3.3.
[51] Anett Beatrix Osnes Fause, 'Skattemyndighetenes kontrollvirksomhet – en virksomhet unntatt rettslig styring og kontroll?' *Lov og rett* (2017) 56(5) s. 281-298, på s. 284 https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2017-05-03.
[52] Skatteforvaltningshåndboken utarbeides av Skatteetaten og samler bestemmelser i skatteforvaltningsloven og etatens retningslinjer, se <https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/handboker/skatteforvaltningshandboken/gjeldende/>
[53] Skatteetatens rundskriv er publisert her: https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/rundskriv-retningslinjer-og-andre-rettskilder/rundskriv/.

foreligge meget tungtveiende kontrollhensyn for at det skal være aktuelt å kreve innsyn i journalopplysninger.[54]

Vi må anta at Skatteetaten har opparbeidet en betydelig praksis med hvordan bestemmelsene praktiseres som går utover de to eksemplene som er nevnt over. Ytterligere omtale av praksis er ikke tilgjengelig selv om dette ville bidratt til å gjøre det mer tydelige og forutsigbart for skattyter, tredjeparter og allmenheten om hvor langt skattemyndighetenes kontrollhjemler egentlig strekker seg.[55]

4.1.2 Opplysninger til målretting av kontroll

I tillegg til tredjeparts opplysningsplikt etter skatteforvaltningsloven § 10-1 første ledd som gjelder bestemte skattytere eller bestemte transaksjoner, kan tredjepart også bli pålagt å utlevere opplysninger til «målrettet kontroll», jf. § 10-2 tredje ledd. Til tross for ordlyden er dette ikke en kontroll som er målrettet mot et bestemt kontrollobjekt, men innhenting av informasjon for å finne «tjenlige kontrollobjekter». Det kan for eksempel være innhenting av all kortbruk med utenlandske betalingskort brukt i Norge over en viss periode,[56] lister over kunder som har kjøpt eller solgt varer eller tjenester, lister over kunder som har mottatt kundefordeler og bonuspoeng knyttet til vare- eller tjenestekjøp[57] osv.

Opplysningsplikten i slike saker kan bli svært omfattende, og omfatte en stor mengde informasjon som vil kunne kreve betydelige ressurser hos tredjepart. Det er derfor oppstilt et vilkår om at det bare kan foretas når det foreligger særlig grunn. Hva som er særlig grunn overlates til Skatteetaten å vurdere og gi retningslinjer for, men departementet påpeker at det må foretas «en forholdsmessighetsvurdering av hvilken nytte de innhentede opplysningene antas å ha for etaten, holdt opp mot den byrde som pålegges de opplysningspliktige». Utover det så departementet ingen grunn til å presisere hva som ligger i målrettet kontroll.[58] Departementet foretok heller ingen vurderinger av personvernhensyn som gjør seg gjeldende for personene som får sine opplysninger utlevert i en slik fisking etter mulige kontrollobjekter.

Det følger av skatteforvaltningshåndboka at det må foreligge indikasjoner på mulige skatteunndragelser for at det skal foreligge særlig grunn. Dette kan være der skattemyndighetene ser at det generelt i en bransje er en stor andel omsetning som helt eller delvis holdes utenfor beskatning eller i konkrete tilfeller der myndighetene har indikasjoner på at det unndras midler, men ikke har kjennskap til navngitte subjekter. Det skal foretas en forholdsmessighetsvurdering hvor tredjeparts ressursinnsats veies mot den antatte nytten av opplysningene, og det er opplistet momenter som skal inngå i vurderingen.[59] Personvernhensyn er ikke av momenter som skal vurderes.

---

[54] Finansdepartementet, 'Helsepersonells taushetsplikt og plikten til å medvirke ved kontroll etter ligningsloven 14/1258' (4. februar 2015).
[55] Skatteetaten utarbeider også en kontrollhåndbok, men denne er unntatt offentlighet.
[56] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.3.3.
[57] Prop. 141 L (2011-2012) kapittel 2.5.
[58] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.3.3.
[59] Skatteforvaltningshåndboken 2022 kommentarer til § 10-4 tredje ledd.

4.1.3 Opplysningsplikt som rettslig forpliktelse etter personvernforordningen artikkel 6(1)(c)

For tredjeparter som blir pålagt å utlevere kontrollopplysninger etter skatteforvaltningsloven § 10-2, vil utleveringen være en behandling som er «nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som påhviler den behandlingsansvarlige» etter personvernforordningen artikkel 6(1)(c).

Der hvor behandlingsgrunnlaget er en rettslig forpliktelse etter personvernforordningen artikkel 6(1)(c) kreves det at grunnlaget for behandlingen fastsettes i unionsretten eller nasjonal rett, jf. personvernforordningen artikkel 6(3). Kravene til lovhjemmel er tilsvarende som etter artikkel 6(1)(e), dvs. at den må være tydelig, presis og forutsigbar, jf. artikkel 6(3) annet ledd.

Det som er helt klart er at tredjepart har en opplysningsplikt til skattemyndighetene. Hvis opplysningsplikten ikke etterkommes, kan skattemyndighetene utstede daglig løpende tvangsmulkt for å «fremtvinge levering av (…) forespurte opplysninger», jf. skatteforvaltningsloven § 14-1. Manglende eller feilaktig utlevering kan også straffes med bot eller fengsel inntil to år, jf. skatteforvaltningsloven § 14-12.

Etter skatteforvaltningsloven § 10-13 har skattyter og tredjepart som bli pålagt å utlevere opplysninger om egne og andres forhold rett til å klage dersom de mener at det ikke foreligger plikt eller lovlig adgang til å etterkomme pålegget om å utlevere opplysninger eller medvirke til kontroll. Klage har imidlertid ikke oppsettende virkning; pålegget skal etterkommes mens klagen behandles, jf. § 10-13 fjerde ledd. Dette i motsetning til forvaltningsloven § 14 hvor utlevering av opplysninger stoppes inntil klagen er avgjort. Departementet kommenterte kort at det er best tilpasset skatteforvaltningsområdet å ikke gi oppsettende virkning ved klage.[60]

Et annet spørsmål er om det er tydelig og presist hva plikten inneholder når den omfatter «opplysninger som kan ha betydning for noens skatteplikt». Siden opplysningsplikten er generelt utformet betyr det at det ikke er forutberegnelig eller klart for tredjepart og personer som tredjepart behandler opplysninger om, hvilke opplysninger skattemyndigheten kan kreve utlevert.

Fordi det ikke er definert begrensninger på hvilke tredjeparter eller hvilke opplysninger som kan kreves med denne hjemmelen, betyr det at alle næringsdrivende må ta høyde for slik utlevering.[61] Det er derfor klart at det foreligger en plikt, men ikke hva den inneholder.

Vurderingen av hvor tydelig og presis hjemmelen må være, må også ses i sammenheng med at det ved utlevering vil være snakk om at personopplysninger behandles for helt andre formål enn det de opprinnelig ble innsamlet for. Hvis du legger ut et oppdrag på Mittanbud.no vil de færreste tenke at opplysningene kanskje kan utleveres til skattemyndighetene som del av en kontroll av håndverkerne du får tilbud fra.

Som det fremgår av gjennomgangen over har det i liten eller ingen grad blitt foretatt vurderinger av personvern ved fastsettelsen av kontrollhjemlene. Det er flere sider som må

[60] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.15.3.
[61] Fysiske personer som ikke driver næringsvirksomhet har en begrenset opplysningsplikt om forhold nevnt i skatteforvaltningsloven § 10-2 fjerde ledd.

vurdere. Det vil nødvendigvis innhentes endel overskuddsinformasjon både når det innhentes kontrollopplysninger om et konkret kontrollobjekt og når det innhentes opplysninger til målretting av kontroll. Selv når opplysninger innhentes om en næringsvirksomhet, vil for eksempel kundelister kunne inneholde opplysninger om privatkunder. Hvis disse personene ikke er del av kontrollen, blir det også spørsmål om hvordan deres opplysninger behandles videre. Det er ikke klarlagt i lov eller forarbeider hvordan overskuddsinformasjonen skal behandles, med unntak av en sletteplikt for elektronisk kopiert arkiv, jf. skatteforvaltningsforskriften § 10-14-8. Selv om personopplysninger ikke skal lagres lenger enn det som er nødvendig for formålet, jf. personvernforordningen artikkel 5(1)(e), vil hva som er «nødvendig for formålet» bygge på skattemyndighetenes tolking av eget regelverk. At opplysninger *kan* ha betydning for noens skatteplikt, utelukker ikke at opplysningene også kan være relevante for senere saker. Og hvis opplysningene inngår i en saksbehandling, så vil inngå i sakens dokumenter og dermed oppstår også arkiveringsplikt. Det er mulig skattemyndighetene har vurdert disse spørsmålene og laget konkrete retningslinjer, men det er ikke publisert og dermed ikke offentlig tilgjengelig informasjon.

Når skattemyndighetene krever utlevering av personopplysninger, vil selve utlevering være en behandling etter personvernforordningen. Deretter vil tredjepart og skattemyndighetene behandle personopplysningene til ulike formål basert på ulike rettslige grunnlag. Tredjepart har derfor ikke noe ansvar for behandlingen som skattemyndighetene foretar. For tredjepart kan det imidlertid bli spørsmål om hvilket ansvar denne har for å sørge for at utleveringen ikke går lenger enn det det rettslige grunnlaget for utlevering krever. Når hjemlene er så uklare som her, kan tredjepart vanskelig gjøre annet enn å etterkomme skattemyndighetens krav om både omfang av opplysningene og utleveringsmåte. Siden hva som er nødvendige opplysninger defineres av skattemyndighetene, har ikke tredjepart en reell mulighet til å vurdere f. eks. dataminimering selv om også utlevering er en behandling som tredjepart er ansvarlig for. Det skaper imidlertid en usikkerhet for tredjepart som behandlingsansvarlig.

EU-domstolen avsa i februar 2022 en dom om hvorvidt skattemyndighetens innhenting av opplysninger om salgsannonser for biler fra et nettsted var lovlig etter personvernforordningen.[62] Det var fastslått i lov at skattemyndighetene kunne pålegge utlevering av opplysninger for kontrollformål, men hjemmelen var generelt utformet tilsvarende eksemplene fra skatteforvaltningsloven. Domstolen la til grunn at når en utleveringsplikt følger av et pålegg, må denne anmodningen presisere det spesifikke formålet med innhentingen slik at det er mulig for å etterprøve lovligheten med utleveringen.[63] Det vises til at skattemyndighetene særlig har et ansvar for å sørge for at innhentede opplysninger er tilstrekkelige, relevante og korrekte, jf. prinsippet om dataminimering, og at opplysningene skal minimeres så langt det lar seg gjøre før innhentingen. Domstolen presiserer at lovhjemmelen skal være basert på objektive kriterier for omstendigheter og vurderinger for når en virksomhet vil ha plikt til å utlevere opplysninger om sine kunder. Hvis det foreligger hjemmel i lov som oppfyller kravene til lovhjemmel, skal personvernforordningen forstås slik at den ikke er til hinder for en skattemyndighet:[64]

> (…) pålægger en udbyder af annoncer på internettet at fremsende oplysninger til myndigheden om de skatteydere, der har indrykket annoncer i en af rubrikkerne på

[62] *SIA 'SS'* C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124.
[63] Se også fortalen 31: Offentlige myndigheters anmodninger om utlevering av informasjon bør alltid være skriftlige, begrunnede og leilighetsvise og bør ikke gjelde et helt register eller føre til sammenkopling av registre.
[64] *SIA 'SS'* C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, avsnitt 85.

> denne internetportal, bl.a. for så vidt som disse oplysninger er nødvendige, henset til de særlige formål, hvortil de indsamles, og for så vidt som den periode, som indsamlingen af de nævnte data vedrører, ikke overskrider den varighed, der er strengt nødvendig for at nå det forfulgte mål af almen interesse.

Det forutsetter at lovgrunnlaget fastsetter klare og presise regler som regulerer rekkevidden og anvendelsen av pålegget, og som gir tilstrekkelige garantier for at berørte personer kan utøve sine rettigheter.[65]

4.1.3.1 Hjemmel for utleveringsmåte?

Tilsvarende spørsmål som i nevnte dom har blitt stilt om en ny løsning for innhenting av opplysninger fra finansnæringen til bruk for Skatteetaten, NAV, Politiet og Enhet for finansiell etterretning i Økokrim.[66]

Skatteetaten har fremmet forslag til ny § 10-2-1 i skatteforvaltningsforskriften[67] om at banker og finansforetak skal levere kontrollopplysninger digitalt på den måten skattemyndigheten bestemmer.[68] Det er ingen materiell endring i hvilke opplysninger som kan kreves utlevert, men bestemmelsen skal legge til rette for at Skatteetaten kan innføre en ny løsning for mer direkte innhenting av opplysninger.[69] Skatteetaten skal kunne sende en spørring til kunderegisteret for bank- og finansforetak som forvaltes av Bits,[70] og få i retur en liste over hvilke banker kontrollobjektet har et kundeforhold til. Deretter vil skattemyndighetene spørre om kontoinformasjon direkte til bankene via et maskin-til-maskin grensesnitt (API) og få utlevert opplysninger automatisk via APIet i stedet for å sende en henvendelse som behandles manuelt.[71] I høringen stiller Datatilsynet spørsmål ved om dette i realiteten vil innebære at skattemyndighetene får en direkte tilgang til kontoinformasjon hos banker og finansforetak.[72]

Av selve forslaget til bestemmelse er det uansett vanskelig å se at det er dette forskriften skal legge til rette for:

> Kontoopplysninger som skattemyndighetene krever med hjemmel i skatteforvaltningsloven § 10-2 fra banker og andre finansforetak må leveres digitalt på den måten og innen den fristen som skattemyndighetene bestemmer. Oversittes fristen kan tvangsmulkt ilegges, jf. skatteforvaltningsloven § 14-1.

Forskriften gir ingen presisering av hvilke opplysninger det er snakk om eller hvordan utleveringen skal skje, og sier ikke annet enn det som allerede følger av loven.

---

[65] *SIA 'SS'* C-175/20, ECLI:EU:C:2022:124, avsnitt 83.
[66] Etatene deltar i prosjektet DSOP Kontroll. DSOP (Digital Samhandling Offentlig Privat) er et program for digital samhandling mellom offentlige etater og finansnæringen.
[67] Forskrift 23. november 2016 nr. 1360 til skatteforvaltningsloven (skatteforvaltningsforskriften).
[68] Forskriftskompetansen er delegert fra Finansdepartementet til Skatteetaten.
[69] Kontrollopplysninger er blant annet kontolister, kontoinformasjon og roller inkludert saldo og kort tilknyttet kontoen; transaksjonshistorikk inntil ti år tilbake i tid med betalinger til og fra konto inkludert summer, mottakere og avsendere, tidspunkt og sted for betaling.
[70] Bits AS er bank- og finansnæringens infrastrukturselskap, og eies av Finans Norge.
[71] Skatteetaten, 'Høringsnotat - krav til banker mv., levering av kontrollopplysninger etter skatteforvaltningsloven §10-2' (18. november 2020) https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/horinger/horing--krav-til-banker-mv.-levering-av-kontrollopplysninger-etter-skatteforvaltningsloven-10-2/.
[72] Datatilsynet, 'Høringsuttalelse – Krav til banker og finansforetak om levering av kontrollopplysninger etter skatteforvaltningsloven §10-2' (12. januar 2021).

Forskriftsendringen er ikke gjennomført. Bankene har reist spørsmål om hvorvidt det foreligger et tilstrekkelig rettslig grunnlag for selve utleveringsmåten selv om etatene som etterspør informasjonen har hjemmel i særlov for å kreve opplysninger, og har bedt om forhåndsdrøftelse med Datatilsynet, jf. personvernforordningen artikkel 36(1). Datatilsynet uttaler at «det er en betydelig forskjell på å utlevere opplysninger etter en manuell behandling, og å gi etatene direkte tilgang på å hente ut opplysninger fra bankenes systemer. (…) de supplerende rettsgrunnlagene (…) trolig ikke er utformet med tanke på en slik direkte tilgang». Datatilsynets syn er at dette er «en meget prinsipiell sak», og råder bankene med å vente med å knytte seg til løsningen inntil rettsgrunnlagene er nærmere avklart av lovgiver.[73] Finans Norge har bedt lovavdelingen i Justisdepartementet om en vurdering av om dagens lovhjemler er tilstrekkelige eller om det krever nye hjemler.[74]

4.1.4 Bruk av åpne kilder

I et høringsnotat om endringer av Skatteetatens informasjonsbehandling konkluderte departementet med at skattemyndighetene ikke skulle ha rett til å foreta skjult observasjon, og fremmet ikke lovforslag om dette:[75]

> Etter departementets vurdering er hensynet til den enkeltes privatliv et svært tungtveiende argument mot at Skatteetaten skal få hjemmel for å benytte en kontrollmetode som ligner på spaning. Departementet er derfor av den oppfatning at det ikke bør gis regler om skjult observasjon i forbindelse med kontroll av fastsetting av skatt.

Spørsmålet om bruk av skjult observasjon hadde også betydning for i hvilken grad skattemyndighetene kan bruke informasjon fra åpne kilder på internett.

Departementet påpekte at «grensene for hvilke 'åpne' informasjonskilder Skatteetaten kan benytte seg av, er som følge av dette ikke helt klare», og at retten til privatliv etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 setter grenser for hvilke åpne kilder Skatteetaten kan benytte. Imidlertid var vurderingen at kortvarige observasjoner aksepteres fordi det er del av forberedelse til kontroll, mens langvarige observasjoner ikke skal foretas. Departementet konkluderte med at Skatteetaten kan bruke åpne kilder slik som nettaviser og nettsider som er tilgjengelige for allmenheten, inkludert tjenester som krever innlogging slik som enkelte nettaviser. Det fremkommer ikke klart om Skatteetaten har mulighet til å bruke andre innloggende tjenester som sosiale medier. Begrensningen er satt ved at etaten ikke «skal foreta mer systematiske og planmessige observasjoner av bestemte personer eller steder i det offentlige rom».

---

[73] Datatilsynet, 'Datatilsynets vurdering - anmodning om forhåndsdrøftelse knyttet til DPIA for bankenes deltagelse i prosjektet DSOP Kontroll' sak 21/00536 (22. mars 2021).

[74] *Ny teknologi kan gi politiet og Nav innsyn i «alt» bankene vet om deg med noen tastetrykk: – Dette er problematisk*, Dagens næringsliv 3. januar 2022 https://www.dn.no/marked/bank/jus/personvern/ny-teknologi-kan-gi-politiet-og-nav-innsyn-i-alt-bankene-vet-om-deg-med-noen-tastetrykk-dette-er-problematisk/2-1-1108410

[75] Finansdepartementet, 'Høringsnotat - forslag til endringer i reglene om Skatteetatens informasjonsbehandling' (23. mars 2018) punkt 3.4 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoyring---forslag-om-endringar-i-reglane-om-informasjonshandsaminga-i-skatteetaten/id2594901/

Departementet mente det ville være for vanskelig å foreta en fullstendig av hvilke åpne kilder Skatteetaten skal kunne bruk informasjon fra eller ikke. De viste til at nærmere regulering av dette må gjøres i retningslinjer, uten å spesifisere hvorvidt det er departementet eller etaten selv som skal fastsette retningslinjer eller hvilke kriterier som bør legges til grunn.

Hvilke retningslinjer Skatteetaten har utarbeidet på bakgrunn av disse føringene er ikke klart. I motsetning til UDI som har publisert vurderinger og retningslinjer om bruken av åpne kilder slik som sosiale medier,[76] har Skatteetaten ingen informasjon eller publisering av tilsvarende.

Forståelsen av hva som er åpne kilder kan også endres over tid, jf. forslaget om høring om hjemmel for PSTs bruk av åpne kilder som nevner som eksempler:[77]

> Åpent tilgjengelig informasjon omfatter for eksempel nettavisartikler, åpne offentlige registre, åpne diskusjoner i sosiale medier, kommentarfelt, blogger mv. Hvorvidt et nettsted kan anses som offentlig tilgjengelig, vil bero på om og i hvilken grad det utøves en reell kontroll med tilgangen til nettstedet. Informasjon regnes derfor som åpen selv om det kreves et abonnement eller registrering for å få tilgang, for eksempel et abonnement på en nettavis eller at det må opprettes en bruker på sosiale medier. Når det gjelder data fra sosiale medier, vil dette være offentlig tilgjengelig data som brukere frivillig har lagt ut. Informasjon regnes som åpent tilgjengelig selv om den er publisert på «det mørke nettet» og ikke er tilgjengelig gjennom vanlige søkemotorer, med mindre det er etablert spesielle mekanismer for å beskytte innholdet.

Departementet utelukket heller ikke at spørsmålet om adgang for Skatteetaten til å bruke åpne kilder kan komme opp på nytt, når det er nærmere avklart hvilken adgang politiet har til å foreta spaning og om straffeprosessloven får egne regler om dette.[78]

4.2 Om personvern og EMK i forarbeider

4.2.1 Om personvern

Forholdet til personvern er ikke omtalt i forarbeidene til skatteforvaltningsloven. Det er hverken gjort vurderinger av forholdet til Grunnloven § 102 eller personopplysningsloven.

Prop. 38 L (2015-2016) kapittel 22.2 med overskriften *Personvernmessige konsekvenser* inneholder kun en kort vurdering, gjengitt her i sin helhet:

> Fordi forslaget til skatteforvaltningsloven i hovedsak harmoniserer og samordner gjeldende regelverk, innebærer forslaget i liten grad endringer i allerede eksisterende behandling av personopplysninger. Departementet legger derfor til grunn at forslaget ikke har vesentlige personvernmessige konsekvenser.

---

[76] UDI, *Søk i åpne kilder – hva er lov?* (2019) https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/asyl/sok-i-apne-kilder---hva-er-lov_aug19.pdf; og *Bruk av søk i åpne kilder i UDI og UNE* (2019) https://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/bruk-av-sok-i-apne-kilder-i-udi-og-une.pdf

[77] Justis- og beredskapsdepartementet, 'Høring - Endringer i politiloven og politiregisterloven mv. – PSTs etterretningsoppdrag og behandling av åpent tilgjengelig informasjon' (7. januar 2022) punkt 5.2.3.

[78] Finansdepartementet, 'Høringsnotat - forslag til endringer i reglene om Skatteetatens informasjonsbehandling' (23. mars 2018) punkt 3.4 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoyring---forslag-om-endringar-i-reglane-om-informasjonshandsaminga-i-skatteetaten/id2594901/

Utover dette er personvern nevnt kun to andre steder i proposisjonens 365 sider, hvor det vises til at skattemyndighetenes taushetsplikt «bidrar til å sikre skattepliktiges rettssikkerhet og personvern ved å legge begrensninger på utlevering av opplysninger om økonomiske, bedriftsmessige eller personlige forhold».[79] Hensynet til personvern knyttes dermed kun til konfidensialitetshensynet, og ikke andre forhold av betydning for den enkeltes personvern når en statlig myndighet behandler personopplysninger av dette omfanget.

Prop. 38 L (2015-201) viser til personvernvurderinger som er gjort i Prop. 141 L (2011-2012), men heller ikke denne inneholder et samlet kapittel om vurdering av personvernhensyn. Personvern er nevnt spredt i dokumentet, men med tilnærmet samme tone som i forarbeidene til skatteforvaltningsloven.

Det er krevende å få oversikt over hvilke vurderinger som er gjort siden hver lovendring viser tilbake til tidligere forarbeider, uten at disse nødvendigvis er presise. Det vil si at henvisningene til tidligere vurderinger av personvern og EMK viser til vurderinger som er både mangelfulle og utdaterte.

Et trekk er også at det i høringsrundene har vært endel kritiske kommentarer fra høringsinstansene, hvor flere har trukket fram forholdet til personvern og rettssikkerhet. Disse er kategorisk tilbakevist av departementet, og har ikke ført til noen endringer i hverken lovtekst eller vurderinger i forarbeider.

Vurderingene av personvern er primært omtale av etatens taushetsplikt. Der hvor det kan være motstridende interesser, ender balanseringen av interesser alltid i etatens favør. Enkelte ganger gis det noen begrensninger eller vilkår for anvendelse, men kun i forarbeidende. Det er vanskelig å se hvilken praktisk betydning dette har når avgrensninger eller begrensninger ikke inntas i lovteksten eller fastsettes i forskrift. Hvordan den enkeltes rettigheter kan ivaretas er ikke tema.

4.2.2 Om Grunnloven og EMK

I høringen til skatteforvaltningslov var det kritikk av fraværet av drøftelse av forholdet til EMK.[80] Det ble i forarbeidene inntatt en kort omtale av forholdet til EMK artikkel 8, uten at det ble foretatt en vurdering av hvorvidt inngrepet var nødvendig og proporsjonalt, men med en enkel konstatering:[81]

> Etter departementets oppfatning må det foreligge særlige forhold for at et pålegg fra skattemyndighetene til en skattepliktig om å gi kontrollopplysninger etter forslaget til skatteforvaltningsloven kapittel 10, skal stride mot retten til privatliv etter EMK artikkel 8. Skattemyndighetene må likevel se hen til den skattepliktiges rettigheter etter EMK artikkel 8 i sitt kontrollarbeid. Rettighetenes dynamiske karakter vil også kunne endre grensene for hva myndighetene kan foreta seg.

[79] Prop. 38 L (2015-2016) kapittel 9.1. Personvern er også nevnt i kapittel 20.4.3.2 om ileggelse av overtredelsesgebyr hvor det vises til at når opplysningsplikten bygger på avveininger mellom myndighetens behov og blant annet personvernhensyn, så begrunner dette administrative sanksjoner dersom plikten ikke overholdes.
[80] Prop. 38 L (2015-2016) kapittel 16.2.2.
[81] Prop. 38 L (2015-2016) kapittel 16.2.3.

Departementet viste deretter til at det ble gjort nærmere vurderinger av forholdet til EMK i Prop. 141 L (2011-2012) ved innføringen av kontrollbestemmelsene i ligningsloven. Denne omtalen har imidlertid en så og si identisk ordlyd, med den presisering at det ikke er grunn til å lovfeste grensene for kontrollbestemmelsen siden det vil kreve endringer i takt med at rettighetene etter EMK forandrer seg: [82]

> En slik innarbeiding vil også vidløftiggjøre lovteksten og kunne skape ny usikkerhet om samsvaret mellom loven og EMK. Dette medfører etter departementets syn at det ikke er praktisk eller hensiktsmessig å oppstille konkrete eksempler eller kriterier i bestemmelsene om kontrollopplysninger for når det foreligger et inngrep i retten til privatliv og når inngrepet er lovlig eller ikke.

Det ble ikke gjort noen vurderinger av forholdet til EMK når det gjelder tredjeparts opplysningsplikt og den målrettede kontrollen, som også kan innebære inngrep i noen privatliv ved at opplysninger om dem utleveres til skattemyndighetene uten deres kjennskap.

Retten til privatliv og vernet om personlige integritet i Grunnloven § 102 er ikke nevnt i forarbeidene til skatteforvaltningsloven, med unntak av en knapp uttalelse om at det kan sette grenser for skattemyndighetenes kontrollundersøkelser hos den opplysningspliktige.[83]

Jeg må si meg enig i Osnes Fauses vurderinger av om skattemyndighetenes kontrollhjemler oppfyller kravene til hjemmel etter Grunnloven og EMK:[84]

> I hvilke tilfeller kontroll kan utføres og hvilke kontrollmetoder som kan benyttes, gir skatteforvaltningsloven § 10-4 altså ikke svar på.[85] Dermed mangler det mekanismer i loven som kan motvirke vilkårlighet og usaklig forskjellsbehandling med hensyn til hvem som skal kontrolleres, når kontroll skal skje, og hvilke undersøkelsesmetoder som skal benyttes. På grunnlag av den refererte uttalelse i Rt. 2014 s. 1105 avsnitt 26, vil det være problematisk at grensene for hvilke inngrep den enkelte skal måtte tåle for å sikre et effektivt skattesystem, fastsettes av skattemyndighetene og ikke av Stortinget. Særlig i lys av departementets antakelse om at Grunnloven § 102 sjelden vil medføre begrensninger i myndighetenes adgang til å utføre kontroll hos den opplysningspliktige, er manglende kriterier for etterprøving av skjønnsutøvelsen problematisk.
> (…)
> Bestemmelsen er tilgjengelig, og på sett og vis også forutberegnelig, ettersom den jo klargjør at det ikke stilles betingelser for iverksettelse av kontroll. Like fullt savnes det kriterier i loven som gjør det nødvendig og mulig å etterprøve den konkrete nødvendigheten og forholdsmessigheten av kontrolltiltaket.
> (…)
> Skatteforvaltningsloven selv er taus med hensyn til hvorledes konflikten mellom den enkelte borgers rett til respekt for den private sfære, på den ene siden, og fellesskapets interesse i å sikre at den enkeltes bidrag til fellesøkonomien blir riktig, på den andre,

---

[82] Prop. 141 L (2011-2012) kapittel 2.4.5.2.
[83] Prop.38 L (2015-2016) kapittel 16.5.3.
[84] Anett Beatrix Osnes Fause, 'Skattemyndighetenes kontrollvirksomhet – en virksomhet unntatt rettslig styring og kontroll?' *Lov og rett* (2017) 56(5) s. 281-298 https://doi.org/10.18261/issn.1504-3061-2017-05-03.
[85] Skatteforvaltningsloven § 10-4 gjelder kontroll hos opplysningsplikten, dvs. stedlig kontroll, som også er et inngrep i den fysiske integritet. Opplysningsplikten etter denne bestemmelsen omfatter samme opplysninger som redegjort over.

skal avveies. Det er heller ikke særlig veiledning å finne i det underliggende rettskildemateriale eller rettspraksis på dette punkt
(…)
Dette bærer bud om at man i ny lov også har videreført faren for at den enkeltes rett til et minimumsvern om den private sfære står overlatt til den enkelte kontrollørs skjønnsutøvelse. En nærliggende bekymring er det i så måte at en sprikende skjønnsutøvelse manifesterer seg i en uensartet praksis som det ikke vil være anledning for domstolene til å justere før praksisen eventuelt kommer i en slik åpenbar motstrid til annen lov at problemstillingen bringes for domstolen.
Vedtakelsen av en ny skatteforvaltningslov skulle gitt en god anledning til å iaktta det rettssikkerhetsspørsmål det er å sikre nødvendig klarhet i det rettslige grunnlag for myndighetenes kontrollvirksomhet. Imidlertid synes rettstilstanden fra ligningsloven videreført uten at inngrepsaspektet er vist den nødvendige oppmerksomhet under lovforberedelsen.
(…)
Konklusjonen er at skatteforvaltningslovens bestemmelser om kontroll neppe kan anses å fylle de materielle og formelle minstekrav som følger av Grl. § 102 og EMK art. 8.

4.3 Skatteetatens bruk av profilering

Skatteetaten har utviklet og brukt profilering ved bruk av prediktive modeller og risikomodeller for både privatpersoner og næringsdrivende siden 2011. Modellene brukes til å målrette kontroll, men også for differensiert oppfølging av skattytere.[86] Bruken er begrunnet i en forventning om at ønskede effekter skal oppnås med en så lav ressursbruk som mulig, og at samfunnsoppdraget skal løses basert på en kunnskaps- og risikobasert tilnærming.[87]

Etaten publiserer kunnskap om utviklingen og bruken av profilering i eget tidsskrift,[88] og personvernerklæringen nevner at automatisert saksbehandling kan brukes for å lage analyser for å bestemme hvem som skal plukkes ut til kontroll.[89] Utover dette er det lite omtale av bruken av profilering på etatens nettsider eller øvrig informasjon slik som i rundskriv eller Skatteforvaltningshåndboken. Hvilke konkrete profiler etaten bruker til hvilke formål er det ikke informasjon om.

Det er spredt omtale av risikobasert tilnærming og profilering i tildelingsbrev og årsrapporter. For eksempel sies det i tildelingsbrevet for 2021 at «Skatteetaten arbeider etter en etterlevelsesmetodikk som er risikobasert og der årsaksanalyser og atferdskunnskap legger grunnlag for økt etterlevelse».[90] Fremtidsbildet Skatteetaten 2025 er enda tydeligere på at målet er at etatens innsats skal styres av skattyters risiko og adferd: «Analyser gir grunnlag

[86] Se f. eks. Finansdepartementet, 'Høringsnotat - forslag til endringer i reglene om Skatteetatens informasjonsbehandling' (23. mars 2018) punkt 4.2.1 https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoyring---forslag-om-endringar-i-reglane-om-informasjonshandsaminga-i-skatteetaten/id2594901/
[87] Se f. eks. Tildelingsbrev 2018, side 3
[88] Se Skatteetatens Analysenytt: https://www.skatteetaten.no/en/about-the-tax-administration/analyse-og-rapporter/analysenytt/
[89] Se Skatteetaten personvernerklæring: www.skatteetaten.no/om-skatteetaten/sikkerhet/personvern/.
[90] Tildelingsbrev 2021, side 5 www.regjeringen.no/contentassets/6e93ec47f61b44f18417fb55966e0b9e/2021-skatteetaten-tildelingsbrev.pdf.

for automatiserte skattyterprofiler. Profilene oppdateres løpende og gir tidlig indikasjon på behov for bistand og avklaringer, og risiko for feil og unndragelser».[91]

I Skatteetatens strategi fra 2022 er en av de fem strategiske ambisjonene at etaten «skal bruke data, analyse og maskinlæring i stor skala i oppgaveløsningen». Arbeidet med utvikling og bruk av prediktive modeller skal styrkes, og maskinlæring og prediksjoner basert på data i stor skala skal brukes del av oppgaveløsningen. Etaten «skal utnytte dagens regelverk, og jobbe aktivt for at regelverket blir mer digitaliseringsvennlig.»[92]

4.3.1 Hjemmel for profilering

En høring i 2018 foreslo en lovhjemmel for å tillate sammenstilling av informasjon på tvers av alle forvaltningsområder i Skatteetaten.[93] I høringsnotatet har departementet lagt til grunn at Skatteetaten kan lage risikovurderinger i medhold av de alminnelige kontrollhjemlene. Spørsmålet var om sammenstillingen kunne bli så omfattende at det ville kreve krever hjemmel i lov, inkludert for sammenstilling på tvers.[94] Det var departementets vurdering at skattemyndighetene allerede sammenstilte opplysninger på en slik måte at det utgjør profilering etter personvernforordningen artikkel 4(4).

Først tre år etter høringen ble det fremmet en hjemmel som er vesentlig utvidet sammenlignet med forslaget som var på høring. Ny høring ble ikke holdt. I Prop.1 LS (2021-2022) *For budsjettåret 2022 – Skatter, avgifter og toll 2022* ble det fremlagt forslag til ny § 5-11 i skatteforvaltningsloven, som trådte i kraft 1. januar 2022:

> *§ 5-11 Sammenstilling, profilering og automatiserte avgjørelser*
> (1) Skattemyndighetene kan sammenstille innhentede personopplysninger når det er nødvendig for deres arbeid med fastsetting av skatt, herunder til kontroll-, veilednings-, analyse- og statistikkformål. Skattemyndighetene kan benytte innhentede personopplysninger til profilering til samme formål, når profileringen er nødvendig for å målrette tiltak som fremmer etterlevelse av loven. Graden av personidentifikasjon skal ikke være større enn det som er nødvendig for formålet.
>
> (2) Skattemyndighetene kan treffe avgjørelser som utelukkende er basert på automatisert behandling. Behandlingen må sikre partens krav til forsvarlig saksbehandling og være forenlig med retten til vern av personopplysninger. Avgjørelsen kan ikke bygge på skjønnsmessige vilkår i lov eller forskrift, med mindre avgjørelsen er utvilsom. Den registrerte har rett til manuell overprøving av avgjørelsen.

---

[91] Se Fremtidsbildet Skatteetaten 2021 side 2 www.skatteetaten.no/globalassets/om-skatteetaten/om-oss/strategi/fremtidsbildet-skatteetaten-2025.pdf.
[92] Se Skatteetatens strategi https://www.skatteetaten.no/globalassets/strategi/skatteetaten-strategi.pdf.
[93] Finansdepartementet, Finansdepartementet, 'Høringsnotat - forslag til endringer i reglene om Skatteetatens informasjonsbehandling' (23. mars 2018) https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/hoyring---forslag-om-endringar-i-reglane-om-informasjonshandsaminga-i-skatteetaten/id2594901/
[94] Skatteetaten har ansvar for skatt og merverdiavgift, alle særavgifter (overtatt fra Tolletaten), folkeregistrering, statlig og kommunal skatte- og avgiftsinnkreving (overtatt kommunale skatteoppkrevere), innkreving av barnebidrag (overtatt NAV Bidrag) og innkreving på vegne av andre statlige virksomheter (overtatt Statens innkrevingssentral).

> (3) Skattemyndighetene kan benytte særlige kategorier av personopplysninger som nevnt i personvernforordningen artikkel 9 og 10, ved sammenstilling, profilering og automatiserte avgjørelser.
>
> (4) Departementet kan gi forskrift om sammenstilling, profilering og automatiserte avgjørelser, blant annet om formålet med behandlingen, hvilke personopplysninger som kan behandles og hvem det kan behandles personopplysninger om.

Skatteetaten har dermed fått en hjemmel som ikke bare gir rett til sammenstilling, men også til profilering og automatiserte avgjørelser. Tilsvarende hjemler er gitt i bidragsinnkrevingsloven § 22b, skattebetalingsloven § 3-5, SI-loven § 6a og folkeregisterloven § 9-4. De er også hjemmel til bruk av personopplysninger til å teste og utvikle IT-systemer, jf. skatteforvaltningsloven § 5-12.

Om bruken av prediktive modeller og profilering uttalte departementet:[95]

> Skattemyndighetene benytter for eksempel såkalte prediktive modeller som grunnlag for å vurdere hvilke skattepliktige som har størst risiko for å gjøre feil i skattemeldingen eller størst risiko for å unndra skatt. Resultatet fra slike analyser bruker etaten blant annet til utplukk av hvem som har behov for særskilt veiledning og hvem som bør kontrolleres. Profilering er et særlig aktuelt virkemiddel i denne sammenhengen.

Videre følger det av forarbeidene at:[96]

> Bruk av personopplysninger til profilering innebærer stor grad av kategorisering av skattepliktige. Profilering gjennom for eksempel prediktive modeller gir kvalifiserte antakelser om forhold knyttet til de skattepliktige. Resultatet av en profilering kan indikere om en gruppe av skattepliktige er mer eller mindre tilbøyelig til å begå bestemte typer feil. Dette kan gi skattemyndighetene mulighet til å velge riktig virkemiddel for å sikre eller påvirke etterlevelsen. Det er med andre ord kvalifiserte antakelser om hvordan noen vil opptre. Det er nødvendig med ytterligere undersøkelser for å kunne fastslå hvordan noen har opptrådt i en bestemt sak. Profilering av denne typen kan likevel medføre at enkelte føler seg mistenkeliggjort, og er et inngrep i personvernet og i privatlivet.

Siden departementet vurderte at profilering er mer inngripende enn sammenstilling stilles det vilkår om at profilering bare skal skje når det er «nødvendig for å målrette tiltak som fremmer etterlevelse av loven». Blant annet kan profilering brukes til utplukk av hvem som bør kontrolleres og hvem som har behov for særskilt veiledning.

Datatilsynet uttalte i høringen at den forslåtte ordlyden ga liten anvisning på hvilke pesonopplysninger som kan sammenstilles, fra hvilke kilder og hva de skal brukes til. Departementes vurdering var at det er «vanskelig, om ikke umulig» å angi hvilke opplysninger som kan brukes. De viste videre til at det er begrenset hvilke opplysninger skattemyndighetene kan innhente, og at det i hovedsak er opplysninger om økonomiske

[95] Prop. 1 (2021-2022) kapittel 12.3.6.
[96] Prop. 1 (2021-2022) kapittel 12.3.6.

forhold som behandles, selv om det også er aktuelt å bruke ikke-økonomiske opplysninger. Omfanget av opplysninger vil også begrenses av hva som er nødvendig:[97]

> Kravet innebærer etter departementets syn blant annet at det ikke kan brukes flere opplysninger enn det som trengs for formålene. Opplysningene skal ha saklig sammenheng med formålet eller formålene som søkes oppnådd ved behandlingen. Det er ikke tilstrekkelig at opplysningene kan være nyttige. Opplysningene må enten alene, eller sett i sammenheng med andre opplysninger, ha betydning i arbeidet eller for å utøve myndighet.
>
> Nødvendighetskravet skal likevel ikke forstås så snevert som at det er et vilkår at opplysningene faktisk får betydning i den konkrete saken eller er avgjørende for myndighetsutøvelsen. I mange tilfeller vil det være vanskelig å ta stilling til om en opplysning er nødvendig før den er vurdert. Også enkeltopplysninger som i seg selv ikke har relevans, vil etter en helhetsvurdering ofte kunne få betydning.
>
> Nødvendighetskravet får ikke bare betydning i vurderingen av hvilke opplysninger som kan inngå i en sammenstilling eller profilering, men også i vurderingen av hvilken behandlingsaktivitet skattemyndighetene kan gjennomføre.

Ut fra forarbeidene ser det ut til at det settes noen begrensninger, men sammenholdt med de vide kontrollhjemlene er det vanskelig å se rekkevidden av disse. Selv om departementet understreket at profileringen kun kan bruke innenfor skatteformål og at opplysningene er av økonomisk karakter, er dette tolket svært vidt når det gjelder hva som kan innhentes med hjemmel i skatteforvaltningsloven. Hvorvidt dette skal forstås som en innskrenking slik at ikke alle opplysninger som innhentes via kontroll kan brukes til profilering eller ikke er uklart. Dette burde i tilfelle blitt sagt klarere, og eventuelt regulert i forskrift. Dette er også delvis i motstrid med begrunnelsen for hjemmel til behandling av særlige kategorier av opplysninger og opplysninger om straffbare forhold i skatteforvaltningsloven § 5-11 tredje ledd. Argumentet er at slik bruk vil være inngripende og derfor må det ha hjemmel. Det skaper tvil om hvorvidt opplysninger om f. eks. helse, seksuell orientering og etnisitet i enkelte tilfeller likevel kan være relevante for fastsetting av skatt, og dermed også for profilering. Selv om det i forarbeidene sies at vilkåret om nødvendighet vil begrense adgangen til å bruke særlige kategorier opplysninger ved sammenstilling og profilering, så følger ikke dette av ordlyden i loven.

Ut fra ordlyden, har skattemyndighetene hjemmel til å bruke alle innhentede opplysninger, inkludert særlige kategorier opplysninger, til profilering når det er nødvendig for å målrette tiltak som fremmer etterlevelse av loven.

Proposisjonen går ikke nærmere inn på hvordan disse inngrepene kan balanseres. I bestemmelsen som gjelder automatiserte avgjørelser, jf. skatteforvaltningsloven § 5-11 annet ledd, er det presisert at personer vil ha rett til manuell behandling i den grad det ikke finnes klagemulighet. Forarbeidene peker også til at den enkelte vil ha rettigheter som part etter skatteforvaltningsloven § 5-4 om partsinnsyn i saksdokumenter, § 5-6 om forhåndsvarsling, § 5-7 om begrunnelse og § 5-8 om melding om enkeltvedtak. I tillegg kommer reglene om taushetsplikt i skatteforvaltningsloven § 3-1.

---

[97] Prop. 1 (2021-2022) kapittel 12.3.6.

For profilering er ingen slike garantier nevnt. Departementet drøftet ikke hvorvidt den registrerte bør ha enkelte rettigheter, heller ikke nevnes forholdet til rettigheter i personvernforordningen og hvordan disse skal praktiseres ved profilering. Etter personvernforordningen artikkel 22(2)(b) gjelder vilkåret om «egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser» også ved profilering, og er ikke begrenset til automatiserte avgjørelser. Det er også av særlig betydning hvis profilering faller utenfor saksbehandlingsbegrepet slik at personen ikke er part. Dette nevnes ikke i proposisjonen, men ut fra omtalen kan vi anta at kontrollutplukk ikke anses som saksbehandling. Det er den senere kontrollen som avdekker hvorvidt det er grunnlag for et vedtak eller ikke. Det er grunn til å minne om at selv om fortalen 31 i personvernforordningen sier at overvåking og forebygging av skatteunndragelser vil være et legitimt formål med profilering, så stilles det både krav til at det følger uttrykkelig av lovgrunnlaget og at det skal fastsettes nødvendige garantier.

Departementet erkjenner at visse typer profileringer vil være mer inngripende overfor den enkelte, slik som at en skattepliktig blir plassert i en gruppe som anses for å ha betydelig risiko for skatteunndragelse. Hvilken konsekvens en slik profilering kan ha for den enkelte vurderes ikke nærmere, og personvernhensyn tillegges liten vekt:[98]

> Etter departementets oppfatning veier ikke personvernhensynene tyngre enn de viktige samfunnsmessige hensynene som gjør seg gjeldende ved utførelsen av skattemyndighetenes lovpålagte oppgaver. Forslaget til lovbestemmelser er etter departementets vurdering i overenstemmelse med Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8.

4.4 Vurderinger

Samlet sett har skattemyndighetene svært vide hjemler til å innhente opplysninger både i ordinær saksbehandling og ved kontroll. Tilsvarende kan både skattyter og tredjeparter pålegges omfattende opplysningsplikt. Ved at opplysningsplikten ikke er negativt avgrenset eller nærmere definert, innebærer det at det er overlatt til etatens skjønn hvilke opplysninger som kan være aktuelle og relevante innenfor de materielle reglene. Muligheten til å innhente opplysninger bredt for å undersøke grunnlag for videre kontroll gir også tilgang til store mengder informasjon. Vurderingen av hva som er nødvendige opplysninger er ikke lov- eller forskriftsfestet, men er overlatt til etatens vurdering. Gjennomgående blir hensynet til samfunnsoppdraget tillagt betydelig mer vekt enn personvernhensyn. Dette gir få objektive kriterier for kontroll med lovligheten. I realiteten er det derfor liten mulighet til å etterprøve. etatens praksis for innhenting og behandling av opplysninger. Dette gir et sårbart system.

De vide kontrollhjemlene sammen med hjemmel for profilering åpner for omfattende og inngripende bruk. Regelverket klargjør ikke om alle opplysninger kan brukes til alt, og vurderingen av hvilke formål profilering kan brukes til er overlatt til etatens skjønn. Selv om loven begrenser bruk av profilering til der det er «nødvendig for å målrette tiltak som fremmer etterlevelse av loven» er det vanskelig å se hvordan dette utgjør en reel begrensning når et av etatens hovedmål er å sørge for at skatte- og opplysningspliktige etterlever skatte- og avgiftsreglene.[99]

---

[98] Prop. 1 (2021-2022) kapittel 12.3.6.
[99] Se Tildelingsbrev 2022, s. 3 https://www.skatteetaten.no/globalassets/om-skatteetaten/om-oss/tildelingsbrev/2022_skatteetaten_tildelingsbrev.pdf.

Det er ingen tvil om at skattemyndighetene har legitime formål, og at bruk av profilering kan være et nyttig og av og til nødvendig virkemiddel. Selv om departementet uttaler at et utplukk til kontroll ikke er en konstatering av at skattyter har gjort noe galt eller er mistenkt for skatteunndragelse, er formålet med profilering å peke ut personer som er mer tilbøyelige til å unndra skatt. Det å bli utsatt for en kontroll vil være en belastning i seg selv, og desto mer hvis den blir utført på grunnlag av profilering.

Samtidig er det kjent at bruk av prediktive modeller og profilering kan få utilsiktede negative konsekvenser. Profilering kan føre til stigmatisering av enkelte grupper eller bransjer, som igjen kan føre til unødvendig mistenkeliggjøring kun basert på kjennetegn eller tilhørighet. Også det å bli stemplet som mulig jukser kan ha betydning framover i tid, avhengig av hvordan denne informasjonen brukes. Det kan også utfordre uskyldspresumsjonen hvis det blir lagt til grunn at enkelte grupper eller personer pekes ut som potensielle skattebedragere uten at dette er verifisert.

Det krever stor grad av disiplin, etterrettelighet og etisk sans internt i Skatteetaten for å bruke profilering på en måte som gavner samfunnet samtidig som rettssikkerhetsgarantier ikke undergraves.

For både skattyter og allmenheten vil det være av interesse, og nødvendig for tilliten, at det er mer åpenhet om omfanget av skattemyndighetenes informasjonsinnhenting. Ikke bare hva regelverket sier, men hvilke opplysninger som faktisk innhentes og om de brukes til profilering. Åpenhet er også helt avgjørende ved bruk av profilering. Både om hvilke profiler som er i bruk og til hvilke formål de brukes, men også hvor treffsikre de er. Det har betydning og interesse hvorvidt profilering over tid fører til skjevheter i kontrollutplukk, med uforholdsmessig mye kontroller i enkelte bransjer eller overfor enkelte grupper.

5 NAV

5.1 Kontrollhjemler i folketrygdloven

Forvaltningsloven gjelder for NAVs virksomhet, med mindre annet følger av NAV-loven, folketrygdloven og andre lover som gjelder NAVs område. Det er for omfattende å gjennomgå alle NAVs forvaltningsområder, så jeg vil se på enkelte av kontrollbestemmelsene i folketrygdloven.

NAV har kontrollhjemler som er tilsvarende vide som Skatteetaten. Den som søker ytelser fra NAV har opplysningsplikt om alle «nødvendige» forhold, jf. folketrygdloven § 21-3 første ledd.[100] Videre kan NAV kreve ytterligere informasjon og dokumentasjon som er nødvendig for å kontrollere om størrelsen på ytelsene er korrekt eller om vilkårene for rett til ytelsen er oppfylt, jf. folketrygdloven § 21-3 annet ledd. Bestemmelsen om opplysningsplikt er en videreføring fra folketrygdloven av 1967 § 18-1, som igjen var en videreføring av tilsvarende bestemmelse i alderstrygdloven m.fl.[101]

[100] Hjemmelen gjelder Arbeids- og velferdsetaten (NAV), Helsedirektoratet eller det organ Helsedirektoratet bestemmer, men her vises det bare til bruken i NAV.
[101] Ot.prp.nr.17 (1965-1966) *Om lov om folketrygd,* kapittel 18.

Det følger av rundskriv at innhenting av opplysninger fra andre enn søker selv er et større inngrep i retten til privatliv, enn når vedkommende selv gir opplysningene. Opplysninger bør derfor «så langt det er praktisk mulig» innhentes fra søker selv:[102]

> (…) hensynet til medlemmets rett til privatliv tilsier at Arbeids- og velferdsetaten som utgangspunkt bør innhente opplysninger fra den som krever ytelsen etter § 21-3, med mindre kontrollhensyn eller andre hensyn tilsier at opplysningene må innhentes direkte fra andre, jf. § 21-4.

Innhenting av ytterligere opplysninger for «kontrollhensyn eller andre hensyn» følger av folketrygdloven §§ 21-4, 21-4 a, 21-4 c, 21-4 d og 21-5.

5.1.1 Opplysningsplikt for tredjeparter

NAV kan innhente opplysninger og uttalelser fra tredjeparter som er nødvendige for å kontrollere om vilkårene for en ytelse er oppfylt, vil kunne være oppfylt eller har vært oppfylt, eller for å kontrollere utbetalinger, jf. folketrygdloven § 21-4. Bestemmelsen om innhenting fra tredjepart ble skjerpet og utvidet i 2008. Formålet var å effektivisere arbeidet mot organisert trygdemisbruk.[103]

Listen over hvilke tredjeparter som kan pålegges opplysningsplikt etter folketrygdloven § 21-4 er uttømmende, men bestemmelsen er endret flere ganger og kretsen av opplysningspliktige har gradvis blitt utvidet:

> Opplysninger kan innhentes fra helsepersonell, andre som yter tjenester forutsatt at de gjør det for trygdens regning, arbeidsgiver, tidligere arbeidsgiver, tilbyder av posttjenester, utdanningsinstitusjon, barnetilsynsordning, offentlig virksomhet, Folkeregisteret, pensjonsinnretning, forsikringsselskap og annen finansinstitusjon og regnskapsfører

Opplysningene skal oppgis uten hinder av taushetsplikt, jf. § 21-4 sjette ledd.

Innhentingshjemmelen kan brukes både ved behandlingen av ordinære stønadssaker og kontrollsaker. Dette tolker NAV også til at opplysninger kan innhentes for å veilede om mulig fremtidig ytelse, selv om kravet ennå ikke er fremsatt, f. eks. simuleringsløsninger på nav.no.[104]

5.1.1.1 Opplysninger om skolefravær

I tillegg til tredjeparter nevnt i første ledd kan NAV også pålegge helseinstitusjoner, fengsler og boformer for heldøgns omsorg og pleie å gi rutinemessige meldinger om innskriving og utskriving av klienter. Også skoler kan pålegges å gi rutinemessige meldinger når elever har ugyldig fravær som kan skyldes utenlandsopphold, jf. folketrygdloven § 21-4 femte ledd. Meldeplikten er generell slik at skolene skal innrapportere fravær om alle elever, uavhengig av om eleven eller dennes foreldre er stønadsmottakere eller ikke.

---

[102] NAV, 'R21-00 Rundskriv til ftrl kap 21 – Saksbehandlingsrundskriv', kommentar til § 21-3 https://lovdata.no/nav/rundskriv/r21-00.
[103] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 1.3.
[104] R21-00 kommentar til § 21-4 første ledd første punktum.

Begrunnelsen for innføring av meldeplikt for elevers fravær var:[105]

> For det første er det et tiltak for å styrke integreringen av minoritetsspråklige barn i det norske samfunnet. For det andre er det et tiltak mot feilutbetaling av barnetrygd, og for det tredje en oppfølging av regjeringens tiltaksprogram mot tvangsekteskap.

Flere høringsinstanser var kritiske til det de mente var å gi skolene en angiverrolle om forhold som ikke angår skolen, og at tiltaket var unødvendig inngripende når dette i hovedsak gjelder et lite antall familier. Datatilsynet uttalte blant annet at:[106]

> Det er liten tvil om at høringsnotatet etterlater et inntrykk av at man innfører det enkleste tiltaket uten at andre metoder først er utprøvd. Det enkleste tiltaket innebærer etter Datatilsynets oppfatning både en svekkelse av barnas og de foresattes personvern, og ikke minst en fare for svekkelse av tillitsforholdet mellom hjem og skole.

Bruken av opplysningene er da heller ikke begrenset til formålene som nevnt over, men kan i følge forarbeidene brukes generelt når de først er innhentet:[107]

> Hvis hjemmelen for meldeplikt plasseres i folketrygdloven, innebærer det at meldinger som gis til trygdens organer vil være til generell bruk. Bruk av meldinger vil altså ikke være begrenset til barnetrygdsaker. Trygdeetaten vil også kunne bruke meldinger til kontroll i forhold til ytelser etter folketrygdloven. Eksempler på ytelser som kan være aktuelle i så henseende er grunnstønad og hjelpestønad.

Eller sagt på en annen måte: Den lovtekniske plasseringen av bestemmelsen utvider formålet med behandlingen av opplysningene fra feilutbetaling av barnetrygd til å gjelde alle ytelser foreldrene søker støtte til.

Forarbeidene har ingen vurderinger av personvern, selv om det her er snakk om opplysninger om barn. Fordi meldeplikten gjelder for alle barn, uavhengig av om foreldrene mottar stønader fra NAV eller ikke, vil det dermed innhentes overskuddsinformasjon om andre barn og deres familier. Hvordan denne informasjonen behandles omtales ikke i forarbeider eller rundskriv.

5.1.2 Opplysningsplikt for enhver

Som del av tiltakspakken mot trygdemisbruk ble det også innført en bestemmelse om at opplysninger kan innhentes fra andre enn tredjeparter som er nevnt i folketrygdloven § 21-4 når det foreligger rimelig grunn til mistanke om at det har skjedd eller vil skje urettmessige utbetalinger fra trygden, jf. folketrygdloven § 21-4 a.

Innhenting av opplysninger etter folketrygdloven § 21-4 a krever rimelig grunn til mistanke og forstås på «omtrent samme måte» som rimelig grunn til undersøkelse i straffeprosessloven § 224 første ledd. Det må imidlertid være forhold i saken som indikerer at urettmessige utbetalinger har skjedd eller kan skje, og som taler for at man ser nærmere på saken.[108] Det er

[105] Ot.prp.nr.106 (2004-2005) kapittel 2.
[106] Ot.prp.nr.106 (2004-2005) kapittel 4.3.
[107] Ot.prp.nr.106 (2004-2005) kapittel 4.4.2.
[108] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.5.3.2.

bare Arbeids- og velferdsdirektoratet og NAV Kontroll som har myndighet til å bruke hjemmelen.[109]

Den noe uklare formuleringen «andre enn dem som er nevnt i § 21-4» betyr at enhver kan pålegges å gi opplysninger. Det er ikke begrenset til næringsdrivende tredjeparter, men inkluderer også privatpersoner. Som eksempel nevner forarbeidene «rekneskapsmateriale eller opplysningar om kor ein person reint faktisk bur, til dømes informasjon frå leiar av eit burettslag der det er eit vilkår for stønad at stønadstakaren bur aleine».[110]

At også privatpersoner kan bli avkred opplysninger om en søker anså ikke departementet som problematisk:[111]

> Frå ein reint personleg synsvinkel kan det likevel vere vanskeleg for ein ikkje-profesjonell å gi slike opplysningar, særleg dersom ein veit at det kan avsløre andre som svindlarar i høve til trygda. Det er ikkje lett å sjå andre direkte skadeverknader enn dette personlege dilemmaet, utover at den som får stønad urettmessig vil oppleve det som ein skadeverknad når stønaden vert stogga og det oppstår spørsmål om tilbakekrevjing og eventuelt også straff.

En tilsynsrapport fra Datatilsynet viste at ved kontroll av enslige forsørgere ble det blant annet innhentet opplysninger fra personer i søkers omkrets slik som ansatte i barnas barnehage, borettslag, utleier av bolig og naboer, venner og familie av både søker og den andre forelderen.[112] Rapporten var kritisk til at søker selv ikke fikk informasjon fra NAV om innhentingen, mens tredjeparter som ble avkrevet opplysninger på den måten fikk kjennskap til at søker var under mistanke og gjenstand for kontroll.[113]

5.1.3 Opplysninger om andre enn søker

Adgangen til å innhente opplysninger fra tredjepart er ikke begrenset til informasjon om søker, men omfatter også opplysninger om andre enn søker, jf. folketrygdloven § 21-4 første ledd tredje punktum og § 21-4 a første ledd tredje punktum.

Bestemmelsen om at også informasjon om andre enn søker kan innhentes, ble møtt med kritikk i høringsrunden. Departementet mente det ikke var problematisk, og at det kun var en presisering for å unngå uklarheter. I dette lå at de mente at det allerede var adgang til å innhente opplysninger om andre enn søker: [114]

> Departementet mener det ikke foreligger avgjørende personverninteresser som taler mot slik anvendelse av reglene da opplysningenes art ikke er sensitive (…) Adgangen til å innhente opplysninger om andre enn stønadstakeren går ikke direkte fram av lovteksten i dag. For at det ikke skal være tvil om bestemmelsens rekkevidde, mener departementet at det er grunn til en presisering som foreslått i høringsnotatet. Departementet mener personverninteresser ikke bør være til avgjørende hinder for en

[109] R21-00, kommentar til § 21-4 Generelt.
[110] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.5.2.
[111] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.5.3.1.
[112] Datatilsynet, 'Endelig kontrollrapport sak 12/00116' (22. august 2012).
[113] Se også *Datatilsynet med sterk kritikk av NAV i ny rapport* Aftenposten (24. mai 2012) https://www.aftenposten.no/norge/i/A2KjM/datatilsynet-med-sterk-kritikk-av-nav-i-ny-rapport
[114] Prop.7 L (2012-2013) kapittel 5.6.2.

> presisering da opplysningene det er tale om å innhente klart er knyttet opp mot grunnvilkårene for å motta de aktuelle ytelsene.

Departementet begrunnet bestemmelsen med at retten til eller beregninger av ytelser i enkelte situasjoner kan være avhengig av andres forhold. Et eksempel er ved søknad om ytelser som enslig forsørger hvor det kan innhentes opplysninger om bosted om den andre forelderen. Begrensninger eller presiseringer av hva det kan innhentes informasjon om og ikke fremkommer imidlertid ikke av lovbestemmelsen eller forskrift. Samtidig som forarbeidene nevner at det ikke vil være snakk om sensitive opplysninger, så følger det av rundskriv at det kan være nødvendig å innhente opplysninger om barns helseforhold ved f. eks. søknad om pleiepenger, og fars helseforhold ved f. eks. overføring av fedrekvote fra far til mor.[115]

Det defineres ikke nærmere hvem «andre» er, men det vil være vilkårene for ytelsen som avgjør hvilke opplysninger som skal innhentes:[116]

> Uttrykket «andre enn stønadstakeren» bør beholdes, idet en presis angivelse av hvem det kan innhentes opplysninger om ville bli svært omfattende. I praksis vil dette ikke medføre problemer, idet det framgår av vilkårene for den enkelte ytelsen hvordan og i hvilken utstrekning andres forhold kan eller skal tillegges vekt. Det kan dermed også kontrolleres om en masseinnhenting eller en enkeltstående innhenting av opplysninger ligger innenfor lovhjemmelen.

Det er dermed en udefinert krets av «andre» som det kan innhentes opplysninger om når formålet er kontroll med søkers ytelser.

5.1.4 «Nødvendige opplysninger»

Hva som er «nødvendige opplysninger» er ikke spesifisert i lov eller forskrift, og hvorvidt det er en begrensing i hva som anses «nødvendig» er ikke drøftet i forarbeidene.

Ot.prp.nr.76 (2007-2008) kapittel 4.1.3 omtaler kort at:

> Arbeids- og velferdsetaten har ikkje – og bør heller ikkje ha – tilgang til opplysningar som ikkje er nødvendige i høve til dei oppgavene som etaten har. Innhaldet i omgrepet «nødvendige opplysningar» vil i ei viss utstrekning vere annleis i saker om trygdemisbruk enn i vanlege saker om stønad frå folketrygda.
> (…)
> Når det gjeld misbruksnettverk, kan det vere behov for eit vidt spekter av kontrollopplysningar, og det er særleg desse tilfella som dei nye heimlane om opplysningar frå tredjemann og kontroll på staden tek sikte på.

Selv om formålet med lovendringene i 2008 var å presisere hvilke opplysninger som kunne innhentes, så er det først og fremst en skjønnsmessig vurdering av hva som er nødvendig i den enkelte sak. Loven og forarbeidene gir lite veiledning, annet enn at det er understreket at det er behov for å ha et «vidt spekter av kontrollopplysninger» for å kunne bekjempe trygdesvindel.

---

[115] R21-00 kommentar til § 21-4 første ledd tredje punktum.
[116] Prop.7 L (2012-2013) kapittel 5.6.2.

Det følger av rundskriv at:[117]

> Hvilke opplysninger som er nødvendig å innhente, vil være avhengig av de aktuelle stønadsreglene og hvilke vurderingstemaer som må dokumenteres som sannsynlig i den enkelte sak. I praksis medfører nødvendighetskravet at innhenting av opplysninger må skje trinnvis.
> (…)
> For å hindre at det innhentes flere opplysninger enn det som er nødvendig for å opplyse saken, er det viktig at henvendelsen til den som pålegges å gi opplysninger, er tilstrekkelig konkret og spesifikk i forhold til de opplysningene som trengs. Dersom det synes uklart om opplysningen som ønskes innhentet faktisk er nødvendig for sakens opplysning, må det – før opplysningen innhentes – gjøres en vurdering av eller gis en begrunnelse for hvorfor opplysningen er nødvendig for saken.

Videre skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering:[118]

> Innhentingen av opplysningene må derfor ikke være mer inngripende i medlemmets rett til privatliv enn det som er nødvendig for at etaten kan ivareta denne oppgaven. Desto større inngrep i medlemmets rett til privatliv innhentingen representerer, desto mer kreves det for at opplysningene skal anses for nødvendige.
>
> Også her vil den konkrete vurderingen være forskjellig, avhengig av f.eks. stønadstype, om det dreier seg om behandlingen av en søknad, avdekke en feilutbetaling eller avdekke trygdemisbruk.

Rundskrivet gir dermed ikke nærmere føringer enn det som følger av forarbeidene og loven, og det er få konkrete vurderinger som er gjort på et overordnet nivå. Datatilsynet kommenterte ved et tilsyn med NAV:[119]

> Rundskrivet gir i liten grad uttrykk for overordnede forholdsmessighetsgrunner: Nødvendighetsvurderingen overlates for en stor del til den enkelte saksbehandlers eget skjønn (…) uten at det er gitt nærmere føringer for skjønnsutøvelsen.

Riktignok nevner rundskrivet enkelte eksempler på hvilke opplysninger som kan være aktuelle, som nødvendige opplysninger fra tilbyder av posttjenester om medlemmets adresser og omadresseringer i en nærmere angitt periode og informasjonen som kan bekrefte eller avkrefte om barn faktisk er til stede i barnehagen. Eksemplene er imidlertid ikke veldig konkrete om hvilke opplysninger som kan være aktuelle i hvilke tilfeller og ikke, og viser generelt til at det er «nødvendige opplysninger» som kan innhentes. Sett i lys av at NAV har langvarig praksis på området, kunne vi forventet at det ble gitt mer utfyllende informasjon i rundskriv hvis formålet med rundskrivet er å sørge for enhetlig praksis i NAV.

For innhenting av helseopplysninger etter folketrygdloven § 21-4 er det gjort en presisering i folketrygdloven § 21-4 c om at hovedregelen er at fullstendig pasientjournal ikke skal innhentes. Dette kom inn i loven etter at mediesaker høsten 2007 avdekket grove overtramp ved at saksbehandlere innhentet fullstendige pasientjournaler i strid med gjeldende regler.[120]

---

[117] R21-00 kommentarer til § 21-4 første ledd første punktum.
[118] R21-00 kommentarer til § 21-4 første ledd første punktum.
[119] Datatilsynet, 'Endelig kontrollrapport sak 12/00116' (22. august 2012) s. 8.
[120] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.3.

Det kan likevel innhentes sladdede pasientjournaler, og selv om utgangspunktet er at det er legen som kan vurdere hvilke opplysninger som er nødvendige, så er det NAV som til slutt bestemmer hvilke opplysninger som er nødvendige og når saken er godt nok dokumentert. Eller som forarbeidene sier:[121]

> Nokre høyringsinstansar tek opp kven som skal vurdere kva for opplysningar som er nødvendige, behandlaren eller Arbeids- og velferdsetaten, og ser ut til å meine at svaret er behandlaren.

Heller ikke på dette punktet gir rundskrivet mer konkrete instrukser om hvilke typer helseopplysninger som kan være aktuelle i konkrete saker og hvilke spørsmål de vil være egnet til å belyse.

Hva som er nødvendige opplysninger er dermed opp til NAVs skjønn, slik som Høyesterett påpeker i Rt. 2011 s. 1433 avsnitt 52 i en sak om innhenting av pasientjournaler for å kontrollere en leges virksomhet:

> Jeg viser også til at klagetemaet i saken er om opplysningene NAV Kontroll krevde utlevert, var «nødvendige» for kontrollformålet, jf. folketrygdloven § 21-4 og den nåværende bestemmelsen i § 21-4c annet ledd. NAV Kontroll er gitt en vid skjønnsmessig adgang til å vurdere hvilke opplysninger som skal kreves utlevert. Pasienten vil derimot på sin side ha små muligheter til å argumentere effektivt mot at opplysningene om seg anses nødvendige.

5.1.5 Praksis for innhenting av kontrollopplysninger

Datatilsynet uttrykte bekymring for at folketrygdloven § 21-4 ville gi NAV blankofullmakter til innhenting av opplysninger. Departementet avviste at dette var tilfelle.[122] Imidlertid fikk Datatilsynet rett.

I praksis viste det seg at NAV innhentet det de kunne med hjemmel i loven, uten begrensninger. Det fikk stor mediedekning i 2011 da Post- og teletilsynet oppdaget at NAV kunne be om opplysninger om trygdedes internett- og telefonbruk som var videre enn politiets adgang. Saksordfører for endring av folketrygdloven uttalte at det aldri var meningen å gi NAV hjemmel til å overvåke enkeltpersoner: [123]

> Lovendringen ble betegnet som en såkalt «lovteknisk presisering» (…) Vi skal vite hva vi vedtar. Og at det som skjer nå kunne være mulig, var ikke mulig å lese ut av proposisjonen vi vedtok.

Saken første ikke til endring av lovteksten, men vi må anta at NAVs praksis på området opphørte. Dette er en avgrensning som burde fremkommet av rundskrivet.

---

[121] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.3.
[122] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.2.
[123] Se f. eks. *Aldri meningen å gi Nav rett til å overvåke*, Dagens næringsliv 21. oktober 2011 https://www.dn.no/teknologi/-aldri-meningen-a-gi-nav-rett-til-a-overvake/1-1-1565936?WT.mc_id=dn_rss og *NAV kan spionere heilt lovleg* NRK 20. november 2011 https://www.nrk.no/norge/nav-kan-spionere-heilt-lovleg-1.7389775

Da NAV fikk hjemmel for masseinnhenting og registersamkjøring av opplysninger i folketrygdloven § 21-4 d, var det for å «regulere en kontrollform som har vært hjemlet og anvendt i praksis i en årrekke».[124] Selv om departementet mente lovbestemmelsen var en presisering, så var tilrådingen fra komiteen i Innst. 245 L (2012-2013) *Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i folketrygdloven (tiltak mot misbruk av velferdsordninger)* at «Regjeringen bes sikre at kun de opplysninger som er eksplisitt nevnt i lovverk eller forskrift kan hentes inn gjennom masseinnhenting». En påminnelse om det som er selvsagt – at forvaltningen må holde seg innenfor rammene som loven setter, og en understreking av at «lovverket klart og tydelig bør sette grensene for hvilke opplysninger som kan hentes inn».

Tildelingsbrevet for 2014 NAV inneholdt dermed følgende føring:[125]

> Stortinget har vedtatt at det må sikres at kun de opplysninger som er eksplisitt nevnt i lovverk eller forskrift kan hentes inn gjennom masseinnhenting av opplysninger i kontrolløyemed. Arbeids- og velferdsdirektoratet skal sørge for at rundskriv og retningslinjer utformes slik at opplysninger kun innhentes i samsvar med bestemmelser i lov og forskrift.

Det er ennå ikke gitt forskrift til bestemmelsen selv om forarbeidene sa at nærmere vilkår og begrensninger burde fastsettes i forskrift. Rundskrivet sier ikke stort mer enn forarbeid og lovtekst, med henvisning til at det som kan innhentes er «nødvendige opplysninger» slik som inntekt eller andre økonomiske forhold, yrkesmessig status, bosted eller adresse, lovlig adgang til opphold eller arbeid i riket og valutatransaksjoner i utlandet. Og selv om det etter forarbeidene er tydelig at «adresse» betyr bostedsadresse, så er det likevel «under vurdering om IP-adresse er omfattet av adresse, eller om det er nødvendig å nedfelle en eventuell rett til å innhente opplysninger om IP-adresse i en forskrift».[126] En klarere og tydeligere grense ville vært å si at IP-adresser ikke kan innhentes.

I forbindelse med NAV-skandalen fremkom det at NAV fra 2012 til 2019 har innhentet IP-adresser for å kontrollere om søkere oppholdt seg i Norge eller utenlands. Praksis er avsluttet fordi etaten selv har vurdert at de ikke har hjemmel til slik innhenting, og at det aldri ble foretatt noen lovlighetsvurdering av bruken av IP-adresser.[127] Innhentingen var dermed i strid med både tidligere personopplysningslov og personvernforordningen. Opplysninger om IP-adresser ble ikke bare innhentet uten hjemmel, men opplysningene ble lagret ulovlig i sju år mens internettilbydere må slette IP-adresser etter 21 dager.[128]

Rundskriv nevner noen eksempler på opplysninger som kan være nødvendige:[129]

- Opplysninger om arbeidsoppgaver, arbeidstid, permisjoner, timelister og oppsigelser fra arbeidsgiver.

---

[124] Prop. 7 L (2012-2013) kapittel 5.5.
[125] Føringen er ikke tatt med i tildelingsbrevene påfølgende år.
[126] Vurderingen har tydeligvis pågått lenge for Riksrevisjonen påpeker i revisjonsrapporten for 2014 at departementet to år etter lovvedtaket ennå ikke har avklart om IP-adresser kan innhentes, jf. Dokument 1 (2015-2016) s. 32.
[127] IP-adresser ble innhentet med hjemmel i folketrygdloven § 21-4 og § 21-4 a, og ikke § 21-4 d om masseinnhenting.
[128] *NAV lagret IP-adresser ulovlig i sju år* Rett24 15. april 2021 https://rett24.no/articles/nav-lagret-ip-adresser-ulovlig-i-sju-ar
[129] R21-00 kommentar til § 21-4 første ledd annet punktum og § 21-4 første ledd femte punktum.

- Adresser og omadresseringer, uregelmessigheter i postgangen, om postkassen er merket og liknende fra posttjenester.
- Om et barn er tilstede eller ikke i barnehage og SFO.
- Skadeforklaring om arbeidsulykke fra søker til forsikringsselskap eller en spesialisterklæring innhentet av forsikringsselskap.
- Opplysninger om eier av bankkonto, lønnsinntekter, regelmessige kontantinnskudd, overføring av større beløp til utlandet, innbetalinger og utbetalinger i en gitt periode fra bank.
- Regnskapsrapporter, akkumulert hovedbok, spesifikasjoner av hver enkelt transaksjon og kopi av faktura fra regnskapsfører.
- Diagnose, sykmeldingsperioder, spesifiserte utdrag av pasientjournal og epikriser fra lege.

Andre opplysninger NAV bruker i kontroll er blant annet kontoutskrift og bankkortbruk fra banker og valutaregisteret,[130] opplysninger fra oppdragsgivere eller leverandører om hvem som har utført arbeid, type arbeid som er utført, timelister, faktura og lignende; opplysninger om hvem som har utført arbeid, hvem som har adgangskort til anlegget, hvem som er kontaktperson, om inntekt fra arbeid går inn på en annen persons konto med mer; kopi av leiekontrakt, opplysninger fra strømleverandør, teleoperatør, nettleverandør.[131] I tillegg henter NAV også informasjon fra åpne kilder, inkludert sosiale medier som Facebook.[132]

Eksemplene over fremkommer av mediesaker eller informasjon på NAVs nettsider, men ikke av rundskrivet. NAV har en rekke andre rundskriv som gjelder de enkelte ytelsene, slik at det kan være presiseringer av hva som er nødvendige opplysninger der. Det er for omfattende for denne utredningen å gå gjennom alle rundskriv, men en gjennomgang av et tilfeldig utvalg rundskriv viser at dette ikke er tilfelle.

Når NAV har blitt gitt så vide innhentingshjemler med stort rom for skjønn, påhviler det også et ansvar for å sørge for at praktiseringen blir konsistent, forutsigbar og transparent. Selv om rundskriv ikke har tung rettskildeverdi, er det et instrument for å instruere saksbehandlere og informere allmenheten. Når loven gir lite klare og presise angivelser av hvilke opplysninger som er nødvendige og relevante for formålet, stiller det også krav til at konkretiseringer og praksis dokumenteres. Hvordan NAV tolker og praktiserer reglene har allmenhetens interesse og er en viktig kontrollfunksjon. Det er bare gjennom dette det vil være mulig å avdekke hvorvidt etaten holder seg innenfor eller utenfor hjemlene, og dermed om behandlingen er i tråd med personvernforordningen eller ikke.

5.2 Om personvern og EMK i forarbeider

Lovendringene fra 1997 og utover har ingen eller kortfattede drøftelser av personvern.[133] I den grad personvern blir nevnt er det en kort konstantering fra departementet om at hensynet

[130] *Navs metoder: Slik avslørte de personene som ble uriktig dømt* Aftenposten 2. november 2019 https://www.aftenposten.no/norge/i/kJxwbk/navs-metoder-slik-avsloerte-de-personene-som-ble-uriktig-doemt
[131] NAV, 'Trygdesvindel' (18. juni 2021) https://www.nav.no/no/nav-og-samfunn/samarbeid/arbeidslivskriminalitet-og-trygdesvindel/trygdesvindel
[132] *Sosiale medier er tynt bevismateriale* Advokatbladet 6. juni 2017 https://www.advokatbladet.no/sosiale-medier/sosiale-medier-er-tynt-bevismateriale/111466
[133] Det går utover rammene for denne utredningen å kartlegge og redegjøre for alle endringer i folketrygdloven med begrunnelser, men en gjennomgang av forarbeider fra 1957 viser at bestemmelsene om opplysningsplikten stadig har blitt utvidet. Begrunnelsene er i hovedsak at det er kodifisering av gjeldende rett eller praksis, og at kontrollhensynet nødvendiggjør endringer. Siden endringene bygger på tidligere lovtekst, er det i liten grad vurdering av helheten i bestemmelsene. I forarbeidenes fremkommer det svært kritiske merknader fra høringsinstanser som peker på at bestemmelsene utgjør store inngrep i personvernet. Utover gjengivelse av disse kommentarene får dette ingen innvirkning på lovforslagene.

til bekjempelse av trygdemisbruk veier tyngre enn personvernhensyn. Eventuelle personverninteresser vil ivaretas av at etatens ansatte har taushetsplikt, og siden det ikke er snakk om sensitive opplysninger er det også få personverninteresser som bør ivaretas:[134]

> Da forslaget utelukkende omhandler økonomiske opplysninger, mener departementet at avgjørende personvernhensyn ikke taler mot at det foreslås fulgt opp. Opplysninger om økonomiske forhold anses som hovedregel ikke som sensitive personopplysninger etter personopplysningsloven (…).

I ulike høringer om kontrollbestemmelsene har flere høringsinstanser var svært kritiske til forslagene, og ment at det var mangelfulle eller fraværende vurderinger av hensynet til personvern:[135]

> Departementet foreslår en rekke endringer som til sammen innebærer en ikke ubetydelig utvidelse av de virkemidler NAV har til rådighet i sin saksbehandling og kontroll. Det er derfor svært viktig at departementet foretar en grundig vurdering og vekting av hensynet til NAVs behov for kontroll og effektivitet, opp mot mer prinsipielle hensyn som personvern og rettsikkerhet. Akademikerne vil bemerke at det et uheldig at det ikke fremgår av høringsnotat at slike vurderinger er foretatt, og i tilfelle begrunnelsen for de hensyn man mener veier tyngst.

Om opplysningsplikt for helsepersonell etter folketrygdloven § 21-4 uttalte Datatilsynet at «endringsforslaget innebærer at NAV gis en form for blancofullmakt til å innhente og videreformidle til dels svært sensitive personopplysninger».[136] Og at «dersom forslaget blir vedtatt, vil Datatilsynet måtte anse det som en av sine oppgaver å informere befolkningen om at taushetsplikten har mistet mye av sin realitet».

Departementet avviste imidlertid innvendingene, og så ingen grunn til å drøfte prinsipielle spørsmål:[137]

> Ein del av høyringsinstansane er opptekne av at reglane om opplysningsplikt må ha som grunnlag ei prinsipiell vurdering av tilhøvet mellom personvern og behovet for å avdekkje trygdemisbruk. (…) Arbeids- og velferdsetaten administrerer eit sett av ytingar som Storinget har vedteke og som byggjer på at ytingane skal gå berre til dei som fyller vilkåra for dei. For å kunne avgjere dette, er det naudsynt med opplysningar, og det er òg naudsynt med kontroll for å unngå at stønadsordningane kjem i vanry. I tilsvarande grad må personvernet vike, og dette vil oftast bli opplevd som naturleg og nødvendig av dei som har sett fram krav om ytingane. Dersom ein som har sett fram krav om uførepensjon ikkje ønskjer at etaten skal få tilgang til helseopplysningane sine, vil den einaste utvegen vere å gi avkall på ytinga. (…)
>
> Arbeids- og inkluderingsdepartementet er samd i at balansegangen mellom personvernomsynet og omsynet til å hindre eller avdekkje trygdemisbruk er vanskeleg. Det er òg slik at høyringsnotatet i liten grad fokuserer på dette. Årsaka til dette er likevel i alt vesentleg at forslaga faktisk ikkje var meint å gripe så sterkt inn i personvernet som nokre av høyringsinstansane ser ut til å tru.

---

[134] Prop.1 L (2012-2013) kapittel 3.4.
[135] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.2.
[136] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.2.
[137] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.1.3.

Videre uttalte departementet at en kontroll ikke vil være et særlig inngripende tiltak, men «truleg meir eit irritasjonsmoment i kvardagen»:[138]

> Begge dei aktuelle kontrollordningane kan ein velje å sjå som ledd i oppbygginga av eit system der staten overvakar alt i detalj. På den andre sida vil desse kontrollordningane styrke arbeidet mot trygdemisbruk, noko dei fleste reknar som viktig. Departementet vurderer det slik at tiltaka i seg sjølv ikkje er så inngripande eller har slike skadeverknader at dette i seg sjølv er eit avgjerande argument imot.

Dette synspunktet om at kontrolltiltak ikke utgjør inngrep som reiser prinsipielle spørsmål om retten til privatliv, personvern eller rettssikkerhet fordi samfunnsoppdraget i alle tilfeller må gå foran, er gjennomgående i forarbeider til folketrygdlovens kontrollbestemmelser.

I forarbeidene til folketrygdloven § 21-4 d om masseinnhenting og registersamkjøring gjengis Datatilsynets merknad til forslaget:[139]

> Datatilsynet konkluderer på denne bakgrunn med at forslaget innebærer et så omfattende inngrep i personvernet at det må anses uforholdsmessig i forhold til EMK artikkel 8, dvs. at den samfunnsmessige interessen av inngrepet ikke står i forhold til omfanget av inngrepet i personvernet. Tilsynet mener videre at den foreslåtte bestemmelsen ikke gir tilstrekkelig hjemmel for samkjøringen, og dermed strider mot legalitetsprinsippet.

Departementes vurdering er beskrivende for hvordan personvernhensyn vurderes opp mot etatens samfunnsoppdrag:[140]

> Departementet har ikke foretatt en nærmere vurdering av forholdet til EMK artikkel 8, jf. Datatilsynets høringsuttalelse. Den brede støtten i høringsrunden til registerkontroll som kontrollform viser etter departementets oppfatning at registerkontrollene generelt ikke oppleves som et uforholdsmessig inngrep i personvernet.

Med forbehold om at jeg ikke har gått gjennom i detalj alle forarbeider til folketrygdloven, så er konklusjonen at det ikke foretas vurderinger av konsekvenser for personvernet. Ingen av forarbeidene har et eget kapittel om dette, og personvern er i svært begrenset grad behandlet. Det mest sentrale er gjengitt over, og en forenklet oppsummering av dette er at personvernhensyn ikke er relevante fordi hensynet til kontroll og bekjempelse av trygdemisbruk er viktigere.

Forholdet til Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er dermed heller ikke nevnt eller vurdert. Saksbehandlingsrundskrivet nevner at Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 stiller krav til at innhentingen må være lovhjemlet, ivareta et legitimt formål og være forholdsmessig,[141] men plikten til å foreta disse avveiningene ligger ikke på den enkelte saksbehandler, men hos Staten i blant annet utformingen av lovhjemmel.

---

[138] Ot.Prp.76 (2007-2008) kapittel 4.5.3.1.
[139] Prop.7 L (2012-2013) kapittel 5.4.
[140] Prop.7 L (2012-2013) kapittel 5.7.
[141] R21-00 kommentar til § 21-4.

5.3 NAV-loven § 4a Rettslig grunnlag for behandling av personopplysninger

I 2020 ble det vedtatt en ny bestemmelse § 4a i NAV-loven om behandling av perosnopplysninger. Første ledd sier ikke mer enn det selvsagte:

> Arbeids- og velferdsetaten kan behandle personopplysninger, herunder personopplysninger som nevnt i personvernforordningen artikkel 9 og 10, når dette er nødvendig for å utøve myndighet eller utføre andre oppgaver etter de lovene som etaten administrerer.

Det nærmere grunnlaget for behandling av personopplysninger vil følge av regelverket som NAV er underlagt og de materielle vilkårene for ytelsene som NAV forvalter. Begrunnelsen var at det var behov for et tydelig og klart hjemmelsgrunnlag hvor det ikke er noen tvil om at personopplysninger kan behandles av NAV. Bestemmelsen fremstår likevel som unødvendig.

Prop.135 L (2019-2020) *Endringer i arbeids- og velferdsforvaltningsloven, sosialtjenesteloven, lov om Statens pensjonskasse og enkelte andre lover (behandling av personopplysninger)* har få konkrete vurderinger av hensynet til personvern eller mer spesifikke angivelser av vilkår for behandling av personopplysninger. I hovedsak er det gjengivelse av personvernforordningen med generell omtale av krav til nødvendighet osv. Bestemmelsen gir dermed ingen rammer for NAVs allerede vide hjemler for behanding av personopplysninger. Det ville vært nyttig hvis forarbeidene hadde bruke muligheten til å foreta en fullstendig gjennomgang av personvernhensyn i NAVs eksisterende lover siden dette er gjort i begrenset grad tidligere.[142]

NAV-loven § 4a har derfor begrenset verdi, og gir ikke noe klarere eller mer forutsigbar informasjon om hvilke personopplysninger NAV behandler til hvilke formål og på hvilken måte. Det er i § 4a tredje ledd hjemmel for at det i forkrift kan angis nærmere regler for behandlingen «blant annet om formålet med behandlingen, behandlingsansvar, hvilke typer personopplysninger som kan behandles, hvem det kan behandles personopplysninger om, bruk av automatiserte avgjørelser, registerføring og tilgang til registre». Slik forskrift er ikke gitt. Dette er spørsmål som burde ha blitt behandlet i forarbeidene, og som sammen med utforming av forskrift ville bidratt til å klargjøre lovgrunnlaget.

5.3.1 Hjemmel til profilering?

Mer relevant er NAV-loven § 4a annet ledd som gir hjemmel for automatiserte avgjørelser, og som er gitt for å oppfylle kravet til hjemmel etter personvernforordningen artikkel 22(2)(b):

> Arbeids- og velferdsetaten kan treffe avgjørelser som utelukkende er basert på automatisert behandling av personopplysninger, herunder personopplysninger som nevnt i personvernforordningen artikkel 9 og 10. Behandlingen må sikre partens krav til forsvarlig saksbehandling og være forenlig med retten til vern av personopplysninger. Avgjørelsen kan ikke bygge på skjønnsmessige vilkår i lov eller

[142] Et mindretall i arbeids- og sosialkomiteen foreslo ved behandling av hjemmelen for masseinnhenting i folketrygdloven § 21-4 d at «Regjeringen bes komme tilbake til Stortinget på egnet måte med en gjennomgang av hvordan personvernet søkes ivaretatt i Nav-systemet med særlig fokus på spredning av og tilgang til lagret informasjon om den enkelte», jf. Innst. 245 L (2012-2013).

> forskrift, med mindre avgjørelsen er utvilsom. Den registrerte har rett til manuell overprøving av avgjørelsen.

For å gjøre det klart at den registrerte har rett til manuell overprøving i den grad det ikke foreligger formell klage- eller ankerett, f. eks. fordi avgjørelsen ikke er et enkeltvedtak eller klagefristen er oversittet, foreslås det at dette kommer uttrykkelig frem av loven. Det kan også fastsettes nærmere egnede tiltak for å verne om den registrertes rettigheter og friheter i forskrift.[143]

I høringsnotatet ble det vist til at kravet til forsvarlighet uansett vil sette grenser for bruk av helautomatiserte avgjørelser der skjønnet ikke lar seg operasjonalisere. Departementet ønsket likevel å ta inn et tilleggskrav om at den helautomatiserte avgjørelsen ikke skal kunne bygge på skjønnsmessige vilkår, med mindre avgjørelsen er utvilsom. Dette for å sikre at skjønnsmessige vilkår som ikke lar seg operasjonalisere, ikke underlegges helautomatisering, selv om den teknologiske utviklingen skulle komme så langt at det ville vært forsvarlig.[144]

Ut fra ordlyden og forarbeidene synes hjemmelen å være avgrenset mot bruk av profilering, men dette er ikke helt klart. I rundskriv fremkommer det at profilering vil kunne inngå som en del av helautomatisert behandling.[145] Det spørs om bruk av profilering som del av saksbehandlingen kan sies å være forsvarlig siden profilering av natur bygger på antagelser og ikke sikre opplysninger. Bestemmelsen presiserer at avgjørelsen ikke kan bygge på skjønnsmessige vilkår i lov eller forskrift, men den burde heller ikke bygge på skjønnsmessige antagelser om personer basert på profilering.

Bruken av helautomatiserte avgjørelser avgrenses imidlertid mot bruk av kunstig intelligens:[146]

> Det er ikke på det nåværende tidspunkt aktuelt å underlegge et krav om en ytelse som inneholder kompliserte vilkår maskinell behandling med såkalt intelligent beslutningsevne, hvor det er større fare for urettmessig og utilsiktet diskriminering, noe bestemmelsen i artikkel 22 nr. 1 skal motvirke. Departementet ser ikke bort fra at det i fremtiden kan være aktuelt å underlegge slike mer kompliserte vurderinger helautomatisering basert på kunstig intelligens og maskinlære, men dette krever mer spesifikk og konkret regulering enn forslaget her legger opp til. I tillegg bør en slik eventuell omlegging av saksbehandlingen underlegges en mer helhetlig gjennomgang og konsekvensanalyse.

Rundskrivet til NAV-loven gir utfyllende vurderinger og retningslinjer om bruk av automatiserte avgjørelser.[147] Det er presisert at en algoritme som skal fatte helt automatiserte avgjørelser ikke kan utvikles og settes i produksjon uten at det er gjort nødvendige analyser og tilstrekkelige tester og kontroller av algoritmen: [148]

---

[143] Prop.135 L (2019-2020) kapittel 6.3.3.
[144] Prop.135 L (2019-2020) kapittel 5.1.
[145] R30-00 Rundskriv til NAV-loven – Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen – Hovednr. 30, kommentar til § 4a, punkt 3.
[146] Prop.135 L (2019-2020) kapittel 5.3.1
[147] R30-00 Rundskriv til NAV-loven – Lov om arbeids- og velferdsforvaltningen – Hovednr. 30.
[148] R30-00 kommentar til § 4a, punkt 1.

> Analysene som gjøres i forkant må skaffe klarhet i hvordan regelverket i en automatisert prosess vil slå ut for brukerne, både grupper av brukere og enkeltbrukere. Herunder må det særlig vurderes om en automatisert avgjørelse kan føre til usaklig forskjellsbehandling eller diskriminering.

Omtalen av profilering er derimot kortfattet. Rundskrivet nevner at profilering kan brukes som en del av manuelle og automatiserte saksbehandlingsprosesser, men at det bare er der profilering inngår i en helautomatisk prosess at bestemmelsen kommer til anvendelse.[149] For automatiserte avgjørelser som ikke er enkeltvedtak, må det gjøres en konkret vurdering av om avgjørelsen i betydelig grad vil påvirke og ha faktiske virkninger for brukeren. Rundskrivet går ikke nærmere inn på mulige bruksområder for profilering, og hvorvidt profilering kan brukes til risikoscoring og utplukk til kontroll.

Det betyr ikke at NAV ikke bruker profilering i dag. Blant annet har NAV etablert en «AI-lab» som skal utforske mulighetene som nye analysemetoder gir NAV.[150] Arbeidet i AI-laben er adskilt fra enheten som arbeider med kontroll. Det foreligger ikke informasjon om kontrollenheten bruker profilering og prediktive modeller i sitt arbeid. Det fremkommer imidlertid av tildelingsbrev at NAV skal jobbe med å utarbeide risikoanalyser for å identifisere områder som er særlig utsatt for trygdesvindel.[151] I hvilken grad NAV bruker profilering og avanserte analyseverktøy i dette arbeidet er ikke kjent.

For eksempel ved masseinnhenting av opplysninger etter folketrygdloven § 21-4 d følger det av forarbeidene at innhentingen bør begrenses til stønadstakere som vurderes å tilhøre en risikogruppe,[152] og rundskrivet viser til at innhentingen så langt som mulig skal gjennomføres med «bruk av kriterier som kjennetegner risikogrupper blant stønadsmottakerne».[153] Det krever en form for kategorisering, og det vil avhenge av hvordan denne jobben blir gjort hvorvidt det regnes som profilering eller ikke.

NAV har hatt et prosjekt i Datatilsynets sandkasse for kunstig intelligens. NAV ønsker å bruke maskinlæring til å forutse hvilke sykmeldte brukere som vil ha behov for oppfølging to måneder frem i tid for å hjelpe veilederne til å gjøre mer treffsikre vurderinger. Prediksjonsmodellen innebærer profilering og automatisert avgjørelse. Konklusjonen fra prosjektet er at NAV har rettslig grunnlag for å bruke profilering som støtte ved beslutning om enkeltindividers behov for oppfølging og dialogmøte, men det er usikkert om det rettslige grunnlaget også dekker selve utviklingen av algoritmen fordi det krever bruk av store mengder historiske data om personer som ikke lenger er sykmeldt. Selv om den prediktive modellen skal være et beslutningsstøtteverktøy, kan anbefalingene fra modellen om å innkalle en person til et dialogmøte eller ikke kunne utgjøre en avgjørelse med tilsvarende virkning etter personvernforordningen artikkel 22 fordi innkallingen vil føre til en oppmøteplikt. Datatilsynets anbefaling er at det vil være nødvendig med et klart og tydelig rettsgrunnlag gjennom lovgivning hvis NAV skal utvikle modellen videre.[154]

---

[149] R30-00 kommentar til § 4a, punkt 3
[150] *Kunstig intelligens kan hjelpe NAV med å gi bedre tjenester,* MEMU 18. mars 2019 https://memu.no/artikler/kunstig-intelligens-kan-hjelpe-nav-med-a-gi-bedre-tjenester/
[151] Se f. eks. Tildelingsbrev til Arbeids- og velferdsdirektoratet for 2022, punkt 3.3.2.
[152] Prop.7 L (2012-2013) kapittel 5.6.4.
[153] R21-00 kommentar til § 21-4d.
[154] Datatilsynet, *Sluttrapport fra sandkasseprosjektet med NAV. Temaer: rettslig grunnlag, rettferdighet og forklarbarhet* (januar 2022) https://www.datatilsynet.no/regelverk-og-verktoy/sandkasse-for-kunstig-intelligens/ferdige-prosjekter-og-rapporter/nav-sluttrapport/

5.3.2 Viderebehandling av opplysninger til profilering?

Som sluttrapporten i sandkasseprosjektet peker på så er det usikkerhet om det rettslige grunnlaget for bruk av personopplysninger til utvikling av profilering i NAV fordi dette vil innebære viderebruk til andre formål enn det opprinnelige formålet.

Spørsmålet vil også være om profilering inngår i myndighetsutøvelsen eller ikke og om behandling av personopplysninger dekkes av eksisterende hjemler. Det kan se ut som NAV og departementet er i tvil om rekkevidden av hjemlene på dette punktet.

I 2020 ble det gitt en ekstraordinær forskriftshjemmel for å håndtere den store saksmengden som følge av Covid-19-pandemien.[155] Folketrygdloven § 25-16 gir midlertidig hjemmel til å fastsette regler om viderebehandling av personopplysninger til analyse og innsikt, bruk av personopplysninger ved utvikling og test av IT-systemer i unntakstilfeller og automatisk saksbehandling.

Forskrift ble gitt i april 2020 med varighet til 31. desember 2020.[156] Det fulgte av forskriften § 3 at NAV kunne viderebehandle personopplysninger innhentet med hjemmel i folketrygdloven, inkludert særlige kategorier opplysninger, for analyse- og innsiktsarbeid. Viderebehandlingen var begrenset til der det var «nødvendig for å sikre gode tjenester til brukerne, hensiktsmessige arbeidsprosesser og en effektiv forvaltning av tjenester og ytelser etter lov om folketrygd». Adgangen var også begrenset til tilfeller hvor det var umulig eller uforholdsmessig krevende å bruke anonyme opplysninger.[157]

Analyse og innsiktsarbeid henviste til bruk av ulike analyseteknikker som blant annet omfattet statistiske analyser, utredninger og metoder for å få innsikt, kunnskap og erfaringer om forvaltningen av folketrygdlovens tjenester og ytelser. Selv om analysene ikke direkte påvirket personers rettigheter eller plikter etter folketrygdloven, kunne det være personvernkonsekvenser som følge av utilstrekkelig informasjon, omfattende gjenbruk av innhentede personopplysninger, utilstrekkelige sikkerhetstiltak eller ulike former for segmentering eller profilering.[158]

Bestemmelsen om viderebehandling til analyse i forskriften § 3, sammen med § 4 om bruk av perosnopplysninger til test og utvikling av IT-systemer og § 5 om automatisert saksbehandling ga samlet sett et klarere hjemmelsgrunnlag for eventuell profilering enn det som følger av NAV-loven § 4a. NAV-loven § 4a gir hjemmel til automatisert behandling, men ikke til viderebehandling av personopplysninger eller til testing og utvikling av IT-systemer. Når det ble vurdert som nødvendig å inkludere i den midlertidige hjemmelen, bør det også vurderes om lovbestemmelsen bør endres slik at den blir klarer om hvor langt hjemmelen strekker seg og ikke.

---

[155] Prop.72 L (2019-2020) *Endringer i sosialtjenesteloven, folketrygdloven og trygderettsloven (oppfølging av anmodningsvedtak og andre endringer som følge av covid-19 mv.)*, kapittel 3.2.
[156] Midlertidig forskrift 29. april 2020 nr. 897 om tiltak for å effektivisere Arbeids- og velferdsetatens behandling av saker etter folketrygdloven i forbindelse med covid-19-pandemien (opphevet).
[157] Prop. 72 L (2019-2020) kapittel 3.2.1.
[158] R25-16-FOR-897 Rundskriv til midlertidig forskrift om tiltak for å effektivisere Arbeids- og velferdsetatens behandling av saker etter folketrygdloven i forbindelse med covid-19-pandemien, kommentar til § 3.

5.4 Vurderinger

NAV har svært omfattende og vage hjemler for innhenting av opplysninger. At opplysningene skal være «nødvendige» utgjør ikke noen reell begrensning når dette ikke er konkretisert nærmere. Forarbeidene klargjør i liten grad hvilke kriterier som skal legges til grunn for innhenting av kontrollopplysninger slik at det er overlatt til NAVs skjønn. Med få eller ingen føringer i forarbeidene om interesseavveiningen mellom NAVs behov og borgernes personvern er det risiko for at interesseavveiningen havner i NAVs favør. Det er mulig NAV har mer konkrete retningslinjer og interne rutiner enn det som fremkommer av tilgjengelig informasjon, men dette kan ikke utgjøre del av det rettslige grunnlaget når det ikke er tilgjengelig eller forutsigbart for den enkelte eller allmenheten. På samme måte som for Skatteetaten krever det svært god innsikt i hele NAVs regelkatalog og kjennskap til deres praksis for å forstå hvilke opplysninger de faktisk innhenter og hvordan disse blir brukt. For en utenforstående er det tilnærmet umulig å få oversikt.

Det mest påfallende med gjennomgangen er at det i liten eller ingen grad er foretatt vurderinger av retten til privatliv, personvern og legalitetsprinsippet. Der hvor EMD understreker at forvaltningens innhenting og lagring av personopplysninger i seg selv er inngrep i retten til privatliv, uavhengig av hva de blir brukt til videre,[159] legger forarbeidene til folketrygdloven til grunn at NAVs innhentingen av personopplysninger ikke er et inngrep i personvernet fordi det ikke er snakk om sensitive opplysninger (se over punkt 6.3.). Men selv der det behandles sensitive opplysninger fører ikke det til noen refleksjoner om personvern. Ikke noe sted er det tatt hensyn til personverninteresser fra den registrertes perspektiv, og hvordan dennes rettigheter og friheter kan ivaretas. Utgangspunktet for vurderingen av personverninteresser blir derfor feil.

Det er ikke klart at det foreligger lovhjemler med den kvalitet som kreves etter både EMK artikkel 8, Grunnloven § 102 og personvernforordningen artikkel 6 og 9. Terskelen kan være ulik for disse, men ser vi til personvernforordningen så forutsetter den at det i det rettslige grunnlaget er gjort enkelte vurderinger av at behandlingen er nødvendig og forholdsmessig. Om kriteriene som nevnes i personvernforordningen artikkel 6(3) ikke er nevnt i selve lovteksten, ville det ha bidratt til klargjøring om dette fremkom av forarbeidene når vi er inne på et område hvor statens handlinger i stor grad utgjør inngrep overfor den enkelte. Når dette også mangler, burde departementet i det minste brukt forskriftshjemlene til å gi klarere rammer for opplysningsplikten.

Legger vi til grunn den store mengden personopplysninger NAV besitter og har hjemmel til å innhente, taler mye for at terskelen for når det bør foreligge klar lovhjemmel for profilering bør settes mye lavere enn ved bruk av kunstig intelligens, jf. vurderingene i Prop.135 L (2019-2020) kapittel 5.3.1. Hvis hensikten med Nav-loven § 4a annet ledd var å gi hjemmel for profilering, burde dette bli sagt med klare ord. Spesielt dersom profilering skal brukes til utplukk til kontroll og risikovurdering av personer. Erfaring viser at bruk av profilering for å avdekke trygdemisbruk kan ha store negative konsekvenser for den enkelte, samtidig som det er usikkert hvor stor nytteverdien er. Et kontrollutplukk eller en profilering som kategoriserer personer i ulike risikogrupper vil derfor i seg selv påvirke den enkelte i betydelig grad.
I Innst.245 L (2012-2013) *Innstilling fra arbeids- og sosialkomiteen om endringer i folketrygdloven (tiltak mot misbruk av velferdsordninger)* kommenterte komiteens mindretall:

[159] *Marper v UK* [GC] no. 30562/04 og 30566/04, avsnitt 67.

> Sammenstilte masseregistre i andre land også har åpnet for uspesifiserte søk på befolkningskategorier hvor individer tildeles en score rangert ut fra en antatt normaladferd, hvoretter individene som stikker seg ut, blir gjenstand for særskilt kontroll (…) Disse medlemmer vil understreke at det er et lovgiveransvar på ethvert tidspunkt å vurdere utbredelsen av slike metoder, og at en slik praksis som beskrevet ovenfor, i henhold til legalitetsprinsippet ville kreve klar lovhjemmel.

De svært omfattende hjemlene for innhenting av opplysninger til kontrollformål kombinert med vurderinger om at hverken innhenting av opplysninger eller kontroll er inngripende sammen med krav om prioritering av trygdesvindel og bruk av risikoanalyser, gir grunnlaget for potensielt omfattende og inngripende bruk av profilering i NAV. På samme måte som for Skatteetaten vil det kreve stor disiplin og bevisshet for å bruke profilering på en måte som ikke krenker den enkeltes rettigheter og friheter, og ikke minst en langt større vektlegging av at personvern er en grunnleggende rettighet.

6 Andre land

Siden personvernforordningen er et regelverk som forutsetter harmonisering innen EU/EØS, kan det være av relevans og interesse å se på saker fra andre EU-land. Dette er ingen uttømmende redegjørelse, men med noen eksempler som kan belyse problemstillinger som er tema for denne utredningen.

6.1 Danmark

I desember 2021 vedtok det danske Folketinget endringer i skattekontrolloven som gir Skatteforvaltningen hjemmel til å sammenstille alle sine data og til å innsamle «all nødvendig informasjon» til kontrollformål. [160] Formålet er å utvikle og benytte algoritmer for å «understøtte regeringens ønske om at styrke Skatteforvaltningens muligheder for at udføre en bedre og mere intelligent kontrol m.v.».[161]

Lovendringen består av to deler. Den ene er en hjemmel for å samkjøre opplysninger Skatteforvaltningen er i besittelse av for å utvikle IT-systemer, jf. skattekontrolloven § 67 a, stk. 1:

> Told- og skatteforvaltningen kan behandle, herunder samkøre, de oplysninger, told- og skatteforvaltningen er i besiddelse af, med henblik på udvikling af it-systemer, der er nødvendige for told- og skatteforvaltningens myndighedsudøvelse.

IT-systemer må forstås vidt i denne sammenheng, og inkluderer utvikling av maskinlæringsmodeller og analytiske modeller. Hensikten er å sikre en klar hjemmel for å kunne bruke opplysninger som er innsamlet til andre formål enn det opplysningene opprinnelig ble innsamlet for. Bestemmelsen vil gjelde også «ordinær» systemutvikling, men hovedformålet er å sikre hjemmel for utvikling av maskinlæringsmodeller:

---

[160] Lov nr. 1535 af 19. december 2017, tilgjengelig her: https://www.retsinformation.dk/eli/lta/2021/1987.
[161] Se Lovforslag nr. L 73 Folketinget 2021-2022 *Forslag til Lov om ændring af lov om et indkomstregister, skatteindberetningsloven og skattekontrolloven*
https://www.ft.dk/ripdf/samling/20211/lovforslag/l73/20211_l73_som_fremsat.pdf.

> Med lovforslaget foreslås det således, at der indføres en klar og entydig hjemmel til, at Skatteforvaltningen kan indsamle og behandle, herunder samkøre, de oplysninger, Skatteforvaltningen er i besiddelse af, med henblik på at udvikle machine learning-modeller og analytiske modeller m.v., som vil kunne målrette, understøtte og effektivisere Skatteforvaltningens myndighedsudøvelse.

Den andre er en hjemme for å innsamle ytterligere informasjon som deretter kan sammenstilles med informasjon Skatteforvaltningen allerede har. «Alle nødvendige oplysninger» omfatter opplysninger om både fysiske og juridiske personer fra andre offentlige myndigheter samt offentlige tilgjengelige kilder, jf. skattekontrolloven §67 a, stk. 2:

> Told- og skatteforvaltningen kan indsamle og behandle alle nødvendige oplysninger om fysiske eller juridiske personers økonomiske og erhvervsmæssige forhold fra andre offentlige myndigheder og offentligt tilgængelige kilder, herunder samkøre sådanne oplysninger med de oplysninger, told- og skatteforvaltningen er i besiddelse af, med henblik på udvikling af it-systemer, der er nødvendige for told- og skatteforvaltningens myndighedsudøvelse.

Offentlig tilgjengelige kilder skal forstås vidt og omfatter «både personoplysninger og andre oplysninger fra enhver offentligt tilgængelig kilde, herunder enhver informationskilde af både elektronisk og ikke-elektronisk karakter, som inden for rammerne af gældende ret kan tilgås i det offentlige rum». Som eksempler nevnes internettportaler som «Den Blå Avis,[162] eBay, Amazon m.fl., lokaliseringstjenester som Google Maps og fra sociale medieportaler m.v.»

Det fremheves samtidig at opplysningene må kunne kobles for å finne fram til nye opplysninger. Som eksempel nevnes det at informasjon om brukere av e-handelsportaler kan sammenstilles med annen informasjon for å identifisere tilbydere og kunder.

All informasjon som Skatteforvaltningen har innhentet kan dermed sammenstilles og brukes til å utvikle maskinlæringsmodeller for å gi prioriterte og risikobaserte lister over hvilke borgere og virksomheter som det statistiske sett vil være mest hensiktsmessig å kontrollere:

> Man vil således ved hjælp af it-systemer og samkøring af data hurtigt og effektivt kunne identificere de borgere og virksomheder, som ud fra de eksisterende mønstre i data med størst sandsynlighed har til hensigt at omgå reglerne, ligesom det vil være muligt at identificere de borgere og virksomheder, der har størst risiko for at begå fejl.

Når det gjelder muligheten for at risikomodellene fører til feil kontrollutplukk, er vurderingen begrenset til de tilfeller hvor algoritmene ikke klarere å identifisere alle risikoobjekter. Risikoen for at en modell feilaktig utpeker personer eller virksomheter som mulige skattesvikere er ikke nevnt.

Forholdet til personvernforordningen er hovedsaklig gjengivelse av hovedpunker i forordningen, uten konkrete vurderinger om lovforslaget. Når det gjelder informasjonsplikten etter artikkel 14 og 15, vises det til at skattyter i mange tilfeller vil kjenne til at skattemyndighetene allerede har opplysningene, men at det også kan samles inn opplysninger

[162] Den Blå Avis eies av eBay, og er den største plattformen for formidling av kjøp og salg mellom privatpersoner i Danmark (tilsvarende finn.no).

som vedkommende ikke er kjent med. Det vises til at det vil være så store mengder at det vil være upraktisk å informere alle, jf. unntaket fra informasjonsplikten artikkel 14(5)(b).

Om forholdet til artikkel 22 er vurderingen:

> Inden for rammerne af de foreslåede bestemmelser vil det blive sikret, at der anvendes passende matematiske eller statistiske procedurer til profileringen. Der vil desuden blive gennemført tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der navnlig vil kunne sikre, at faktorer, der resulterer i unøjagtige personoplysninger, bliver rettet, og at risikoen for fejl minimeres. Foranstaltningerne skal tillige sikre personoplysninger på en måde, der tager højde for de potentielle risici for den registreredes interesser og rettigheder, og som hindrer bl.a. forskelsbehandling af fysiske personer på grund af race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, genetisk status eller helbredstilstand eller seksuel orientering, eller som resulterer i foranstaltninger, der har en sådan virkning.

Nærmere bestemmelser om hvilke formål opplysningene kan innsamles og behandles for, når sletting skal finne sted og andre tekniske og organisatoriske tiltak kan fastsettes av Skatteministeren i forskrift, jf. skattekontrolloven § 67a, stk 3. Det skal sikre «en så konkret og agil regulering som muligt». Det er verdt å merke seg at forskriftshjemmelen også er ment å gi hjemmel for å fravike formålsbestemthetsprisnippet i personvernforordningen artikkel 5(1)(b), jf. medlemsstatens mulighet til å begrense rettigheter i personvernforordningen artikkel 23. Hensikten med å begrense formålsbestemthetsprinsippet er å kunne bruke personopplysninger til å utvikle maskinlæringsmodeller.

Det eneste kritiske høringssvaret var fra Danske Revisorer som pekte på at det er problematisk å innføre en generell hjemmel uten spesifiserte formål:[163]

> En lovhjemmel, som den nævnte vil give mulighed for at "fiske" efter sammenhænge, som potentielt ikke vil være forbundet af beviselig kausalitet og dermed bidrage til at mistænkeliggøre skattepligtige uden grund (…) Der er desuden kun i begrænset omfang i lovforslaget taget stilling til den særlige risiko, der er, for at kaste mistanke på en borger, eller udsætte en borger for en misvisende profilering eller automatiserede afgørelse, når dette sker på baggrund af samkøring af både interne og eksterne registre.

Lovendringene ble enstemmig vedtatt i Folketinget. Det var først etter at loven var vedtatt at det ble offentlig debatt etter at leder av Dataetisk råd[164] skrev en kritisk kronikk hvor han stilte spørsmål om Folketingets representanter forsto hvor alvorlige de etiske og rettssikkerhetsmessige sidene ved loven er:[165]

> Skat må altså indsamle oplysninger om, hvad du fik at spise nytårsaften, hvis du har fortalt på de sociale medier, hvor meget du satte din gamle kaffemaskine til salg for

[163] https://hoeringsportalen.dk/Hearing/Details/65416

[164] Dataetisk råd er nedsatt av den danske regjering, og skal «give sparring og rådgivning til regeringen, Folketinget og offentlige myndigheder om dataetiske spørgsmål ved brugen af data og ny teknologi, samt understøtte en kultur i virksomheder og det offentlige, der bygger på ansvarlig dataanvendelse».

[165] Johan Busse, *Ny lov giver Skat indsigt i, hvor meget du satte din kaffemaskine til salg for på Den Blå Avis,* Altinget 10. januar 2022 https://www.altinget.dk/digital/artikel/johan-busse-ny-lov-giver-skat-indsigt-i-hvor-meget-du-satte-din-kaffemaskine-til-salg-for-paa-den-blaa-avis

> på Den Blå Avis i marts 2018, hvor du tilbringer dine torsdage, eller hvad du synes om skattetrykket i Danmark.
>
> Begrænsningen ligger alene i, at Skat skal finde det nødvendigt for sin myndighedsudøvelse. Det er det, man kalder elastik i metermål.
> (…)
> Populært sagt giver det mulighed for at udvikle algoritmer, som scanner borgere og virksomheder og leder efter lighedspunkter med kendte skattesvindlere. Hvis der findes lighedspunkter, kan borgere og virksomheder (maskinelt) anses som mistænkt for svindel.

I etterkant har flere representanter i Folketinget hevdet at de ikke forsto rekkevidden av lovforslaget de vedtok eller at de hadde betenkeligheter, men ikke så noe alternativ. Lovendringen har ikke trådt i kraft per februar 2022.

6.2 Nederland

I Nederland har det de siste par årene vært tre svært omtalte saker som gjelder bruk av profilering og algoritmer i forvaltningen. Selv om sakene ikke er direkte overførbare til norske forhold, er de likevel interessante fordi de gjelder forholdet til EMK og personvernforordningen. Sakene har også relevans som læring om hvordan sterk vekt på kontrollhensyn kan føre til inngripende konsekvenser for borgerne.

I SyRI-saken kom domstolen til at bruken av en algoritme for utplukk til kontroll av skatte- og trygdesvindel var i strid med EMK artikkel 8. Barnetrygdskandalen førte til at regjeringen gikk av etter at det ble avdekket at bruken av algoritmen førte til diskriminering og feilbehandlinger. En praksis for flagging av potensielle skattesvikere er stoppet etter at Datatilsynet har fattet midlertidig vedtak om at praksisen mangler rettslig grunnlag.

Bruken av algoritmer til disse formålene er neppe unik, men i Nederland har det vært sterke interesseorganisasjoner som har fulgt opp sakene slik at de har kommet på agendaen.

6.2.1 SyRI

I en dom fra Nederland ble et system for risikomodellering vurdert av domstolen til å være i strid med menneskerettighetene. Saken ble anlagt av interesseorganisasjoner med partsstøtte fra fagforening og amicus curiae fra FN spesialrapportør for ekstrem fattigdom og menneskerettigheter.[166]

Saken gjaldt et system, Systeem Risico Indicatie (SyRI), som brukte en algoritme for å vurdere risiko for om personer ville jukse med trygd og skatt for å målrette kontroll:

> A risk notification means that a legal person or natural person is considered worth investigating in connection with possible fraud, unlawful use of and noncompliance with legislation. This method leads to a more effective and efficient use of the control instrument.

[166] Brief by the United Nations Special Rapporteur on extreme poverty and human rights as *Amicus Curiae* in the case of NJCM c.s./De Staat der Nederlanden (SyRI) before the District Court of The Hague (case number: C/09/550982/ HA ZA 18/388) https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/Amicusfinalversionsigned.pdf

Systemet fattet ingen vedtak, men pekte kun ut personer som skulle kontrolleres. Ordningen var lovregulert med hvilke datakilder og data som skulle brukes og hvilke forvaltningssaker algoritmen kunne anvendes på. Sammenlignet med utforming av norske lover var den langt mer detaljert og tilsynelatende klar.

Domstolen kom likevel til at loven ikke oppfylte kravene til klar lovhjemmel etter EMK artikkel 8. Selv om avdekking av misbruk av velferdsmidler er et legitimt formål, var det i dette tilfelle ikke en tilstrekkelig balanse mellom statens behov for å avdekke misbruk på den ene siden og borgernes rett til privatliv på den annen side. Bruken av algoritmen var derfor i strid med retten til privatliv og familieliv i EMK artikkel 8.

Domstolen pekte også på at bruken av SyRI kunne føre til diskriminering:

> However, given the large amounts of data that qualify for processing in SyRI, including special personal data, and the circumstance that risk profiles are used, there is in fact a risk that SyRI inadvertently creates links based on bias, such as a lower socio-economic status or an immigration background.

Risikomodellen ga utslag som særlig rammet personer som bodde i områder med mye fattigdom og arbeidsløshet og hvor mange har minoritetsbakgrunn, og modellen forsterket dermed sosio-økonomiske ulikheter. I tillegg var det egenskaper ved modellen som førte til disse ulikhetene og som derfor også bidro til at ulikhetene besto over tid. Var du først plukket ut til kontroll var det stor sannsynlighet for at du også senere ville bli kontrollert.
Selv om modellen kunne virke nøytral, så ble den først og fremst anvendt overfor enkelte deler av befolkningen.

Staten argumenterte med at modellen ikke førte til endelige vedtak, og at kontrollutplukkene ble vurdert av saksbehandlere. Domstolen vurderte imidlertid at selv om det bare var utplukk til kontroll, var selve utarbeidelsen av risikoprofil for en person som stemplet vedkommende som en mulig jukser et inngrep som i betydelig grad påvirket personen:

> The fact that a risk report does not necessarily always lead to further investigation, or to an administrative or criminal-law sanction, and may also not be used as the sole basis for an enforcement decision does not alter the significant effect on the private life of the data subject.

I tillegg var det mangel på transparens. Ikke bare var det mangel på informasjon til de som ble berørt, men staten ville heller ikke redegjøre for hvordan algoritmen virket i selve rettssaken. Domstolen kommenterte at:

> Consequently, it is difficult to comprehend how a data subject could be able to defend themselves against the fact that a risk report has been submitted about him or her. It is just as difficult to see how a data subject whose data were processed in SyRI but which did not result in a risk report, can be aware that their data were processed on correct grounds.

Domstolen gikk ikke nærmere inn på forholdet til personvernforordningen. Dommen er avsagt av førsteinstans, men staten anket ikke og avsluttet bruken av SyRI. Imidlertid er det varslet en ny lov, av kritikere omtalt som «Super SyRI», som skal gi et rettslig rammeverk for

utveksling av data og bruk av automatiserte beslutningssystemer på tvers av forvaltningen som er enda mer omfattende.[167]

6.2.2 Barnetrygdskandalen

I januar 2021 gikk den nederlandske regjeringen av etter det ble avdekket at en ordning for dekning av utgifter til barnepass var diskriminerende og i strid med grunnleggende rettsstatsprinsipper («childcare benefit scandal»). Den nederlandske skattemyndigheten forvalter en ordning hvor utgifter til barnepass, slik som barnehageutgifter, kan bli dekket som en ytelse. For å motvirke misbruk av ordningen brukte skattemyndigheten en risikomodell som ble brukt til kontrollutplukk av personer med antatt høy sannsynlighet for bedrageri. Resultatet var at i perioden 2012-2019 ble 25000 til 35000 personer feilaktig anklaget for misbruk av ordningen og avkrevd full tilbakebetaling av mottatte ytelser tilbake i tid, med svært alvorlige økonomiske, psykologiske og personlige konsekvenser for de som ble rammet.[168]

Algoritmen ble brukt som et beslutningsstøttesystem. Når en person var flagget med høy risiko, var det en saksbehandler som skulle vurdere og følge opp saken. Hvilke faktorer som ga utslag for flaggingen var imidlertid ikke kjent for saksbehandler, slik at disse i liten grad stilte spørsmål ved kontrollutplukkene. Det ble dermed lagt til grunn at personer som var plukket ut av algoritmer som høy risiko for juks faktisk hadde jukset.

Risikomodellen var basert på en selvlærende algoritme som brukte et stort antall variabler, inkludert informasjon om statsborgerskap. Fordi algoritmen var selvlærende ble det en selvforsterkende loop slik at personer med ikke-nederlandsk eller dobbelt statsborgerskap i mye større grad ble flagget som potensielle juksere enn personer med nederlandsk statsborgerskap. Det nederlandske Datatilsynet fant at risikomodellen førte til diskriminering ved at den vektla søkers nasjonalitet som utvelgelseskriterium, uten at det ellers forelå indikasjoner om bedrageri. Nasjonalitet var ikke et vilkår for tildeling av støtte, og bruken av opplysninger om nasjonalitet i en risikomodell som brukte kunstig intelligens var dermed ulovlig etter både nasjonal rett og personvernforordningen.

---

[167] Engelsk versjon av dommen: https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878. For nærmere omtale og analyse av saken, se f. eks. Marvin van Bekkum og Frederik Zuiderveen Borgesius, 'Digital welfare fraud detection and the Dutch SyRI judgment' *European Journal of Social Security* (2021) 23(4) s. 323-340 https://doi.org/10.1177%2F13882627211031257; Naomi Appelman, Ronan Ò Fathaigh og Joris van Hoboken, 'Social Welfare, Risk Profiling and Fundamental Rights: The Case of SyRI in the Netherlands' *JIPITEC* (2021) 12(4) https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-4-2021/5407

[168] Se rapport fra Europarådets rådgivende organ, Veneziakommisjonen (Den europeiske kommisjonen for demokrati gjennom lovgiving), *Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens*, CDL-AD(2021)031-e https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2021)031-e. For nærmere om algoritmen og følgene for personene, se f. eks. Amnesty, *Xenophobic machines. Discrimination through unregulated use of algorithms in the Dutch childcare benefits scandal* https://www.amnesty.org/en/wp-content/uploads/2021/10/EUR3546862021ENGLISH.pdf; *'I cry a lot, every day': Victims of the Dutch child benefits scandal fight for compensation* The Conversationalist 14. oktober 2021 https://conversationalist.org/2021/10/14/i-cry-a-lot-every-day-victims-of-the-dutch-child-benefits-scandal-fight-for-compensation/

Datatilsynet har utsted varsel om en bot på 2,75 millioner euro til skatteministeren for brudd på personvernforordningen.[169]

6.2.3 Flagging av potensielle skatteunndragere

Høsten 2021 kom det nok en tilsynsrapport og varsel om vedtak fra det nederlandske Datatilsynet mot skattemyndigheten for brudd på personvernforordningen.[170]

Saken gjelder Fraud Signaling Facility (FSV) som lagret opplysninger om skattytere, og som ble brukt til å flagge potensielle skattesvikere. Systemet fremstår som et datavarehus, men flagging ble også brukt som indikatorer i risikomodeller, inkludert prediktive modeller for skatteunndragelse i næringsvirksomhet.

Selv om ikke ble fattet direkte avgjørelser om skattytere i FSV, så førte det at personer var utpekt som mulige skattebedragere til at de ble behandlet strengere enn andre. For eksempel kunne saksbehandling i ordinære saker ta ekstra lang tid, de ble utsatt for hyppigere og strengere kontroller, fikk avslag på søknader om betalingsutsettelse, fikk tøffere innkrevingsløp osv.

Datatilsynet fant at FSV inneholdt opplysninger om mer enn 250 000 personer, inkludert mindreårige, med en blanding av verifiserte og ikke-verifiserte opplysninger som var hentet fra interne registre, andre offentlige myndigheter, tredjeparter og tips. I mange tilfeller bygget flaggingen på opplysninger som var ikke var korrekte eller oppdaterte eller som ikke har betydning for vurdering av skatteunndragelser. For eksempel kunne en henvendelse fra en kommune om å få utlevert inntektsopplysninger om en person føre til at personen ble flagget.

I mange tilfeller ble det ikke fulgt opp nærmere hvorvidt personer hadde begått skatteunndragelser eller ikke. Og selv om undersøkelser viste at det ikke var grunn til å merke personen som en potensiell skattejukser, ble ikke nødvendigvis flaggingen fjernet. Resultatet var at hvis en person først var flagget så ble denne merkelappen hengende ved vedkommende.

Konklusjonen til Datatilsynet var at behandlingen ikke hadde et spesifisert formål og at det manglet rettslig grunnlag. Selv om skattemyndighetene har omfattende hjemler for innhenting og behandling av personopplysninger som også kan bruke i bekjempelse av skatteunndragelser, var vurderingen at det ikke forelå klar lovhjemmel for at opplysningene kunne samles på denne måten og brukes til å svarteliste personer og virksomheter.

Direktøren for Datatilsynet uttalte om saken at:

> Citizens do not have a freedom of choice regarding the processing of their data by the government. (…) Rather, they must "blindly trust" the government is handling their

[169] Autoriteit Persoonsgegevens, 'Tax Administration fined for discriminatory and unlawful data processing' (8. desember 2021) https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/en/news/tax-administration-fined-discriminatory-and-unlawful-data-processing

[170] Tilsynsrapporten er bare tilgjengelig på nederlandsk: https://www.autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/zwarte-lijst-fsv-van-belastingdienst-strijd-met-de-wet. For omtale av saken, se f. eks. https://www.jurist.org/news/2021/10/netherlands-data-protection-watchdog-finds-tax-authority-violated-gdpr/

> data properly and fairly. In this case, tax authorities violated that trust. Those blacklisted could not defend themselves and (…) could not be removed from the list and this (…) created a gap in legal protection.

Per februar 2022 er ikke vedtaket endelig i påvente av tilsvar fra skatteministeren.

7 Oppsummering og synspunkter

Gjennomgående har lovhjemlene som gir rettslig grunnlag for Skatteetatens og NAVs innsamling av personopplysninger og bruk til formål slik som profilering, svake vurdering av forholdet til Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og av personvernhensyn. Det er summariske vurderinger, med lite annet enn gjentagelse av tekstene.

En gjennomgang av Norges institusjon for menneskerettigheter viser at mange lovforslag som berører menneskerettigheter har enten fraværende eller kortfattede vurderinger av Grunnloven og EMK selv om de berører grunnleggende menneskerettighetene. Som de påpeker er det ikke nok med generelle henvisninger til at tiltaket er nødvendig, men det må gjøres konkrete forholdsmessighetsvurderinger av tiltakene.[171]

Personvernforordningen krever det samme: Konkrete vurderinger av nødvendighet og forholdsmessighet hvor det foretas en interesseavveining mellom forvaltningens interesser og den enkeltes grunnleggende rettigheter og friheter.

Av forarbeidene som er gjennomgått fremkommer det at staten mener at innhenting av kontrollopplysninger ikke i seg selv utgjør et inngrep i retten til privatliv. Andre synspunkter er at personvernhensyn har mindre betydning når det «dreier seg om urettmessig tileigning av pengar eller forsøk på dette».[172]

EU-domstolen har klart fastslått at det at staten innhenter og lagrer personopplysninger er et inngrep i seg selv.[173] Dette må være startpunktet for vurderinger om personvern og inngrep, ikke som vist over at personverninteresser først kommer til anvendelse hvis det er snakk om sensitive opplysninger eller svært krenkende inngrep.

Personvernforordningen stiller derfor krav til utformingen av lovhjemler. Selv om det aksepteres at det rettslige grunnlaget kan være generelt utformet og at behandlingen ikke trenger følge direkte av loven, er det likevel visse kvaliteter som lov eller forskrift må oppfylle. På personvernrettens område har det betydning at det er gjort vurderinger og avgrensninger i forarbeidene, og at mer detaljerte kriterier følger av forskrift hvis det ikke er mulig å være presis i selve loven. Det er ikke godt nok at det overlates til etatene selv å utforme nærmere kriterier og retningslinjer.

At en etat kan innhente nødvendige opplysninger om noe som kan være relevant for noen er hverken forutberegnelig eller tydelig og presist.

---

[171] Kirsten Kolstad Kvalø og Mathilde Wilhelmsen, *Vi risikerer å bryte menneskerettighetene ved et arbeidsuhell,* Morgenbladet 3. februar 2022 https://www.morgenbladet.no/ideer/kronikk/2022/02/03/vi-risikerer-a-bryte-menneskerettighetene-ved-et-arbeidsuhell/

[172] Ot.prp.76 (2007-2008) kapittel 9.1.

[173] *Marper v UK* [GC] no. 30562/04 og 30566/04, avsnitt 121.

Kontrollhjemlene har blitt endret og utvidet over tid, og det er mangel på helhetlig vurdering av hva dette betyr for personvernet. Når endringene i stor grad ikke foretar vurderinger av personvernhensyn og viser til tidligere forarbeider hvor dette enten ikke er gjort eller er gjort på en måte som ikke oppfyller nåtidens standard, svekker det ikke bare lovkvaliteten, men også personvernet og rettssikkerheten.

Særlig oppsiktsvekkende er det at forarbeidene til en relativ ny lov som skatteforvaltningsloven ikke gjorde noen vurderinger av personvernkonsekvenser. Vurderinger av personvern kan ikke reduseres til en henvisning til etatens taushetsplikt. Personvern handler ikke først og fremst om konfidensialitet, men om grunnleggende rettigheter og friheter.

Av hensyn til tillit, forutberegnelighet og åpenhet er det grunn til å foreta mer omfattende og helhetlige gjennomganger av innhentingspraksisen i de to etatene. Det kan være nødvendig for å sikre legitimitet for mer bruk av automatiserte behandlinger og profilering, særlig ved bruk av avanserte algoritmer og kunstig intelligens.

For profilering er det tilsvarende: En hjemmel som bare sier at profilering er lov er ikke nok. Profilering vil i de fleste tilfeller være inngripende behandling som krever et mer solid grunnlag i lov enn det som er vedtatt i skatteforvaltningsloven og NAV-loven. Det er gode grunner til å bruke erfaringer fra andre land hvor bruk av profilering og algoritmer har ført til diskriminering og krenkelser av rettigheter for å se hvordan loven kan utformes for at tilsvarende ikke skal skje her.

Når lovhjemlene for profilering er så vagt utformet som de er, må forskriftshjemlene brukes slik at mer konkrete og detaljerte regler fastsettes i forskrift. Siden det ikke er gjort tilfredsstillende vurderinger av nødvendighet og forholdsmessighet i lovforarbeidene, må dette gjøres ved utarbeidelsen av forskriftene og forskriftskompetansen bør ikke overlates til etatene. Forskriftene bør være så konkrete som mulig, slik at ikke alle vurderinger for nærmere bruk overlates til etatenes retningslinjer. Særlig viktig er det å konkretisere og regulere egnede tiltak for å ivareta den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser. Det er ikke nok å vise til rettigheter som allerede følger av personvernforordningen.

Det ville også bidra til klarhet hvis vurderingen av om en avgjørelse har rettsvirkning eller tilsvarende betydning ikke overlates til hver etat. Som vi har sett kan bruk av profilering til kontrollutplukk ha vesentlige negative effekter for personer uansett om det fører til kontroll eller ikke. Det tradisjonelle synet om at utplukk til kontroll bare er et saksforberedende steg uten virkning for den enkelte er ikke nødvendigvis holdbart når det gjøres ved bruk av profilering. Det er nødvendig å oppstille rettssikkerhetsgarantier for å unngå vilkårlig behandling, usaklig forskjellsbehandling og diskriminering.

Personopplysningsloven kan ikke ivareta disse hensynene alene. Det er også et spørsmål om vern mot direkte og indirekte diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven, og kravene til god forvaltningsskikk etter forvaltningsloven.

Forvaltningsloven regulerer ikke dette tilstrekkelig. Det er gode grunner for å vurdere prosessledende avgjørelser på annen måte enn forutsatt i forarbeidene fra 1964 til forvaltningsloven. Som etatene selv peker på har den teknologiske og samfunnsmessige utviklingen endret seg. Særlig muligheten til å innhente og bruke store datamengder sammen

med mer avansert og kompleks bruk av data ved blant annet algoritmer gjør at vurderingene stiller seg annerledes enn tidligere.

Forvaltningslovutvalgets utredning er mangelfull på dette punktet. Spørsmålet om prosessledende avgjørelser, kontrollutplukk, profilering og kunstig intelligens må ses i sammenheng. Dette bør utredes på nytt.

Det er legitime grunner til å ha kontroller og tiltak for å forhindre og avdekke misbruk av offentlige ordninger. Avanserte dataanalyser og profilering kan være nødvendige og nyttige virkemidler. Men bruken bør ikke skje i det skjulte, men må særlig respektere personvernprinsippene om åpenhet og rettferdighet.[174] Maktubalansen mellom forvaltningen og den enkelte borger blir enda mer ujevn hvis forvaltningens bruk av profilering ikke er kjent og ikke kan etterprøves. Når forvaltningen blir gitt store fullmakter og stor tillit, har den også ansvar for å forvalte denne på en god og åpen måte som ivaretar grunnleggende rettigheter.

Staten bør derfor anvende et føre-var-prinsipp for bruk av profilering. Det er grunn til å minne om at EMD understreker at staten har et ansvar for å foreta balanserte avveininger før de tar i bruk teknologi:[175]

> The Court considers that any State claiming a pioneer role in the development of new technologies bears special responsibility for striking the right balance in this regard.

[174] Lee Bygrave, 'Machine Learning, Cognitive Sovereignty and Data Protection Rights with Respect to Automated Decisions' versjon 2.0, s. 22-24 https://ssrn.com/abstract=3721118
[175] *Marper v UK* [GC] no. 30562/04 og 30566/04, avsnitt 112.