

Diarienummer: 2018/387
Handling: 44
Handläggare: Carl Ekström
Status: Fastställd

Tillgång till information som förutsättning för att bedöma förekomsten av diskriminering i samband med automatiserat beslutsfattande¹

¹Del 2 av redovisningen av modul 1 i projektet avseende utveckling av kunskap om automatiserad databehandling med algoritmer (artificiell intelligens) och stordata och diskriminering eller risker för diskriminering

Innehåll

| | |
|---|----|
| Inledning | 3 |
| Bakgrund | 3 |
| Slutsatser..... | 4 |
| Fyra delfrågor | 4 |
| Hur vet den enskilde att hen är eller har varit föremål för ett automatiserat beslutsfattande? | 5 |
| Vilken information behövs? | 5 |
| Hur får den enskilde tillgång till informationen? | 7 |
| Hur kan den enskilde förstå informationen? | 7 |
| Dataskyddsförordningen (GDPR) | 8 |
| Bakgrund..... | 8 |
| Syfte och tillämpningsområde | 9 |
| Öppenhet som grundprincip i GDPR..... | 10 |
| Olika möjligheter att få tillgång till information enligt GDPR | 10 |
| Profilering och automatiserat individuellt beslutsfattande..... | 11 |
| Artikel 22 i GDPR – förfarandets tillåtlighet och ”säkerställande av rättigheter” | 13 |
| Artikel 13 i GDPR – informationsskyldighet då underliggande data samlats in från den enskilde..... | 17 |
| Artikel 14 – informationsskyldighet då underliggande data inte samlats in från den enskilde | 19 |
| Artikel 15 i GDPR – ”rätten till tillgång” | 20 |
| Sammanfattande analys..... | 21 |
| Artikel 12 i GDPR – hur kan den enskilde förstå den erhållna informationen? | 30 |
| Särskilt om uppgiftsskyldigheten enligt DL | 30 |
| Avgränsningar | 31 |

Inledning

I denna PM identifieras och analyseras några frågor angående möjligheten för enskild att få tillgång till viss information i syfte att bedöma om det förekommit diskriminering i förfarande med automatiserat beslutsfattande vid exempelvis rekrytering, kreditgivning eller försäkringsgivning. Framställningen utreder inte en specifik rättsfråga utan utgör en översikt över ett rättsligt problemkomplex. I slutet av PM:n anges några frågor vilka inte behandlats i framställningen, men som kan vara intressanta att analysera för att ytterligare fördjupa kunskapen om tillgången till information i samband med automatiserat beslutsfattande.

I den del analysen tar sikte på GDPR är den direkt relevant enbart för den enskilde och endast indirekt för DO. I tillsynsärenden kan DO använda sig av information vilken den enskilde genom GDPR fått ut på egen hand i syfte att bedöma om och bevisa att diskriminering förekommit. Däremot kan DO inte direkt och för egen del åberopa dessa bestämmelser. DO kan utfå information vid tillsyn med stöd av den vid behov vitessanktionerade upplysningsskyldigheten i 4 kap 3 § DL.

Bakgrund

Debatten om hur användandet av automatiserad databehandling med algoritmer (artificiell intelligens) och stordata kan missgynna respektive gynna individer eller grupper fortskrider med oförminskad intensitet. Detta innefattar också frågan om risk för diskriminering. Användande av artificiell intelligens kan leda till diskriminering av individer inom en rad områden som regleras i diskrimineringslagen. DO ser att frågor om kopplingen mellan artificiell intelligens och diskriminering eller risk för diskriminering förekommer i genomförandet av myndighetens uppdrag, exempelvis i de anmälningar som inkommer till DO.

Mot bakgrund härav har DO fattat beslut om att genomföra ett projekt som syftar till att utveckla kunskap om hur artificiell intelligens och stordata används och utvecklas inom de samhällsområden som täcks av diskrimineringsförbudet enligt diskrimineringslagen (LED 2018/387). Inom ramen för modul 1 och 2 i projektet har en fördjupad kartläggning av automatiserat beslutsfattande med fokus på rekrytering och kreditgivning genomförts och redovisas i en promemoria (LED 2018/387, handling y). Vidare har en rättslig promemoria om diskriminering och automatiskt beslutsfattande inom områdena rekrytering och kreditgivning tagits fram (LED 2018/387 handling y). Utöver detta har även denna promemoria tagits inom ramen för projektets slutrapportering.

Slutsatser

- GDPR erbjuder möjligheter för den enskilde att bli varse att ett automatiserat beslutsförfarande äger rum och att få viss information om logiken bakom förfarandet, liksom kunskap om de uppgifter som legat till grund för förfarandet.
- GDPR ger möjlighet för enskilde att få ut information från flera subjekt, det vill säga inte bara från den som misstänks ha diskriminerat, utan även från andra aktörer vilka ”inhämtat uppgifter” som använts i förfarandet.²
- De möjligheter som erbjuds genom GDPR tar sikte på tidpunkten innan ett förfarande äger rum och i viss mån under själva förfarandet, men det finns argument som talar mot att det finns möjlighet att få ut information efter att ett beslut fattats.
- Det är inte klart hur vissa av begreppen i GDPR, såsom ”meningsfull information” eller ”bakomliggande logik”, ska tolkas.
- Immaterialrättsliga bestämmelser kan innebära att information med avseende på automatiserat beslutsfattande inte behöver lämnas ut. Framtida rättstillämpning får utvisa hur långtgående möjligheten att med framgång åberopa sådana bestämmelser är för den som bedriver ett automatiserat beslutsförfarande.
- Bestämmelser i offentlighets- och sekretesslagen, kan medföra att den enskilde inte får ut den behövliga informationen. Det kan åligga även privaträttsliga subjekt att vägra utlämning av uppgifter med hänvisning till sekretess.
- Den som genomför det automatiserade beslutsfattandet är skyldig att se till att den information som lämnas ut också är begriplig.
- Med avseende på den uppgiftsskyldighet som DO kan åberopa inom ramen för myndighetens tillsyn, är det oklart vilken innebörd undantaget ”särskilda skäl som talar däremot” i 4 kap 3 § DL ska ges.

Fyra delfrågor

Frågan om tillgången till information kan delas in i följande fyra delar.

- Hur vet den enskilde att hen blivit föremål för ett automatiserat beslutsfattande?
- Vilken information behövs för att bedöma om förfarandet inneburit diskriminering?
- Hur får den enskilde tillgång till informationen?
- Hur kan den enskilde förstå informationen?

² Sådana aktörer kan vara exempelvis rekryteringsföretag eller företag som säljer data. Med data avses här personuppgifter avseende den enskilde och eventuella jämförelsepersoner samt uppgifter om hur urvalsprocess gått till.

Hur vet den enskilde att hen är eller har varit föremål för ett automatiserat beslutsfattande?

En första förutsättning för att utröna om diskriminering ägt rum i samband med automatiserat beslutsfattande är att den enskilde överhuvudtaget blir varse att hen har blivit föremål för användande av sådant verktyg.

Dataskyddsförordningen (GDPR) kan erbjuda stöd i sammanhanget. GDPR:s huvudsyfte är skydda enskildas integritet i samband med personuppgiftsbehandling, men innehåller också bestämmelser om skyldigheter och rättigheter ifråga om information om att automatiserat beslutsfattande använts i ett förfarande. Bland skyldigheterna ingår att uppmärksamma berörd person – ”den registrerade” med GDPR:s terminologi – på att automatiserat beslutsfattande kommer att användas och vilka risker det kan medföra.

Det har dock argumenterats för att GDPR:s räckvidd är begränsad vad gäller de möjligheter förordningen erbjuder enskild ifråga om utfående av information.³

Vilken information behövs?

Även om den enskilde vet eller misstänker att hen varit föremål för ett automatiserat beslutsfattande, kan vederbörande ha svårt att veta vilken information som behövs för att avgöra hur förfarandet har gått till och om det inneburit diskriminering.

Ett förfarande med automatiserat beslutsfattande kan delas in i olika skeden, vilket är relevant när det gäller att utröna vilka möjligheter den enskilde har att bedöma om det förekommit diskriminering i förfarandet och för att avgöra vilken information som kan vara relevant. Följande skeden är av särskild betydelse.

- ”Träning” av algoritmer
- Insamling av data
- Profilerings
- Helt automatiserat beslutsfattande
- Automatiserat beslutsfattande följt av mänskligt beslutsfattande

I ett rekryterings- eller kreditgivningsärende som inte innefattar automatiserat beslutsfattande i något avgörande skede, kan handläggaren i

³ Sandra Wachter, Brent Mittelstadt och Luciano Floridi, ”Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation” i *International Data Privacy Law*, vol. 7, issue 2, sidorna 76-99, i *ECRIM News*, nummer 116, januari 2019, *Algorithm Watch*, Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU.

efterhand berätta om hur vederbörande resonerat, i förlängningen i form av ett vittnesmål inför domstol. Uppgifterna kan bidra till att avgöra om diskriminering ägt rum. När motsvarande ärende innefattat ett automatiserat beslutsfattande, exempelvis för att göra urval bland arbetssökande eller för att bedöma kreditvärdighet, kan det istället vara så att informationen får hämtas in genom analys av de algoritmer vilka styr verktygets funktion inklusive sådant som beslutsträd, bedömningskriterier, klassificeringsstrukturer och systemets logik.

För att visa att diskriminering förekommit krävs också en analys av de data som verktyget ”tränats på”. Inte minst behövs kunskap om hur resultatet av databehandlingen använts i det enskilda fallet, hur olika omständigheter viktats vid profilering, vilka referensgrupper som använts med mera.

Den information som behövs för att bedöma om diskriminering ägt rum är alltså i huvudsak följande.

- Kunskap om hur det verktyget som använts för det automatiserat beslutsfattandet är programmerat;
- vilket material verktyget matats med och ”tränats” på;
- hur de båda föregående punkterna konkretiserats i det enskilda fallet samt
- hur den genererade informationen använts i det individuella fallet.

Följande typsituation kan tjäna som illustration av vilken information som kan behövas för att avgöra om diskriminering förekommit:

I ett urvalsförfarande i samband med rekrytering produceras, genom automatisk databehandling av alla inkomna ansökningar, en lista med namn på kandidater. Listan kommer rekryteraren till handa för fortsatt urvalsprocess varpå en av de personer som figurerar på urvalslistan rekryteras. En jobbsökande ifrågasätter urvalet och rekryteraren informerar om att det är en dator som upprättat listan. Vid analys av den algoritm som styr databehandlingen visar det sig att algoritmen utformats för att verktyget ska välja ut kandidater med förutsättningar att arbeta långa arbetsdagar. Arbetsgivarens kontor ligger i stadens centrum och algoritmen har därför sållat bort personer som bor i stadens periferi och kan tänkas behöva lägga mycken tid på resande. I dessa områden bor en mycket hög andel personer med annan bakgrund än svensk. Analysen av algoritmen visar också att verktyget sållat bort kandidater från välmående förorter vilka förväntas tillbringa mycken tid i bilköer. För att få en tydligare bild av hur förfarandet gått till, krävs utöver tillgång till verktygets algoritmer också tillgång till och analys av de data verktyget matats med, nämligen ifråga om

kartor, adresser och kollektivtrafik samt information om hur handläggaren använt listan.

Hur får den enskilde tillgång till informationen?

I GDPR stipuleras skyldighet för personuppgiftsansvarig att underlätta för en enskild att bli varse att ett automatiserat beslutsfattande kommer äga rum samt att bedöma hur det går till och vilka konsekvenser det kan få. Skyldigheten innefattar under vissa förutsättningar krav på utlämnande av information till den enskilde. Bestämmelserna lämnar dock stort tolkningsutrymme och är föremål för undantag. Inte minst kan den som håller i förfarandet åberopa immaterialrättsliga bestämmelser för att inte behöva lämna ut vissa former av information. Om den som genomfört det automatiserat beslutsfattandet är föremål för bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen, kan även sekretess medföra att den enskilde vägras tillgång till nödvändig information.

Det ovan sagda gäller för den enskilde, men skulle kunna vara av betydelse också för DO när myndighetens behöver få tillgång till information i samband med tillsyn och processföring, även om DO inte för egen del kan åberopa GDPR:s bestämmelser för att få ut information. Härutöver finns 4 kap 3 § DL, vars syfte är att underlätta för DO att inhämta uppgifter i myndighetens tillsynsarbete. Bestämmelsen är försedd med undantag vilkas tillämpningsområde framstår som oklart.

I en FRA-studie ges förslag på flera olika sätt att få information om huruvida ett visst system är diskriminerande. Det konstateras att exempelvis ”situation testing” eller externa oberoende ”auditors” kan vara en väg runt situationer i vilka en aktör vägrar tillgång till information med hänvisning till upphovsrätt och skydd för affärshemligheter.⁴

Hur kan den enskilde förstå informationen?

Efter att ha konstaterat att hen blivit föremål för ett automatiserat beslutsfattande och fått ut relevant information, gäller det sedan för den enskilde att tyda och tolka informationen. Att analysera och förstå en algoritm (en kedja av instruktioner) innebär att läsa och förstå den kod som använts för att översätta algoritmen till datorspråk, det vill säga för programmeringen av den aktuella mjukvaran.

⁴ European Union Fundamental Rights Agency, #BigData: Discrimination in data-supported decision making, sidan 6.

De algoritmer som används i automatisk databehandling vid rekrytering samt kreditgivning är höggradigt komplexa. Följaktligen är det sannolikt omöjligt att utan experthjälp analysera dem och utröna om de är sådana att användningen av dem riskerar att leda till eller har lett till diskriminering. De mängder data som behöver analyseras kan vara oerhört omfattade och svårhanterliga.

Dessutom kan verkligheten vara mer komplicerad vad gäller inhämtande av information än vad som kan tyckas framgå av redogörelsen ovan. I analysen av frågorna om automatiserat beslutsfattande och risk för diskriminering talas även om problemet med "svarta lådan". Härmed avses en företeelse som av tekniska skäl kraftigt försvårar inhämtandet av behövlig information.⁵

Behovet att läsa och förstå algoritmer gäller dock inte alltid i praktiken. Det kan ju räcka, om sådan möjlighet finns, att en fysisk person sammanfattar och förklarar algoritmens och verktygets ändamål och funktionssätt samt vilka data som verktyget använts på. Det kan även finnas en i samband med algoritmens skapande upprättad skriftlig beskrivning av densamma. Huruvida en mer djupgående analys av det bakomliggande systemet behövs, får avgöras efter bevisrelaterade överväganden i det enskilda fallet.

Om den enskilde får ta del av, analyserar och förstår den information som finns dold i ett profileringsförfarande eller automatiserat beslutsfattande, återstår att bedöma om förfarandet utgjort diskriminering, vilket inte diskuteras i denna PM.

Dataskyddsförordningen (GDPR)

Bakgrund

I Sverige har GDPR ersatt personuppgiftslagen från och med 25 maj 2018. GDPR föregicks på EU-nivå av dataskyddsdirektivet som också innehöll bestämmelser avseende insyn och öppenhet.⁶ I skälen till förordningen anges att medlemsstaterna under vissa förutsättningar kan införliva delar av förordningen i nationell rätt om det är nödvändigt för att göra de nationella bestämmelserna begripliga.

⁵ Se Diskrimineringsombudsmannens kunskapsöversikt kring automatiskt beslutsfattande (2019) för en beskrivning om Svarta lådor. LED 387, handling zz.

⁶ Se SOU 2017:39, sidan 76 för en genomgång av viktiga skillnader mellan direktivet och förordningen.

På denna grund har lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning respektive förordningen (2018:219) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning antagits. Ett betänkande föregick förordningens ikraftträdande (SOU 2017:39) och de båda svenska interna nationella rättsakterna.

Syfte och tillämpningsområde

Det direkta huvudsyftet med GDPR är enligt artikel 1 skyddet för fysiska personer med avseende på behandlingen av personuppgifter och det fria flödet av personuppgifter. Även skyddet för fysiska personers grundläggande friheter och rättigheter anges som ett syfte med förordningen. Rätten att inte utsättas för diskriminering är en grundläggande rättighet i EU-rätten, men är inte föremål för särskild reglering eller problematisering i GDPR.

I artikel 2 GDPR stadgas att förordningen ska tillämpas på sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis företas på automatisk väg samt på annan behandling än automatisk av personuppgifter som ingår i eller kommer att ingå i ett register.

GDPR och dess regler om tillgång till information är av allt att döma tillämplig på alla som träffas av diskrimineringsförbudet enligt diskrimineringslagen (DL).⁷ Såväl privata som offentliga subjekt omfattas av förordningens bestämmelser.

I artikel 2 GDPR stadgas ett antal undantag från förordningens tillämpning.

2. Denna förordning ska inte tillämpas på behandling av personuppgifter som

- a) utgör ett led i en verksamhet som inte omfattas av unionsrätten,
- b) medlemsstaterna utför när de bedriver verksamhet som omfattas av avdelning V kapitel 2 i EU-fördraget,
- c) en fysisk person utför som ett led i verksamhet av rent privat natur eller som har samband med hans eller hennes hushåll,
- d) behöriga myndigheter utför i syfte att förebygga, förhindra, utreda, avslöja eller lagföra brott eller verkställa straffrättsliga påföljder, i vilket

⁷ En gränsdragningsfråga kan eventuellt uppstå med avseende på enskilda som erbjuder varor och tjänster åt allmänheten. En jämförelse mellan 2 kap 12 § 1 punkten DL och artikel 2.2 c GDPR ger dock vid handen att det finns goda skäl att mena att de båda bestämmelserna tar sikte på samma privata kontext, där DL formuleras med sikte på en situation som faller utanför privata kontexten (lagens tillämpning), medan GDPR formuleras med sikte på vad som ligger inom samma kontext (förordningens icke-tillämpning). Prop. 2007/08:95, sidan 244.

även ingår att skydda mot samt förebygga och förhindra hot mot den allmänna säkerheten.

Öppenhet som grundprincip i GDPR

Öppenhetsprincipen är en av grundprinciperna i förordningen. Så här formuleras den i skäl 39 i GDPR.

Det bör vara klart och tydligt för fysiska personer **hur personuppgifter som rör dem insamlas, används, konsulteras eller på annat sätt behandlas samt i vilken utsträckning personuppgifterna behandlas eller kommer att behandlas**. Öppenhetsprincipen kräver att all information och kommunikation i samband med behandlingen av dessa personuppgifter är lättillgänglig och lättbegriplig samt att ett klart och tydligt språk används. Den principen gäller framför allt informationen till registrerade om den personuppgiftsansvariges identitet och syftet med behandlingen samt ytterligare information för att sörja för en rättvis och öppen behandling för berörda fysiska personer och deras rätt att erhålla bekräftelse på och meddelande om vilka personuppgifter rörande dem som behandlas [...].

Vidare ska personuppgifter, enligt den bindande artikel 5.1 i GDPR, alltid behandlas på ett öppet sätt gentemot den registrerade. Härutöver krävs enligt artikel 5.2 och den så kallade ansvarsprincipen att den personuppgiftsskyldige också kan **visa** att personuppgifter behandlas på ett öppet sätt i enlighet med artikel 5.1.

Olika möjligheter att få tillgång till information enligt GDPR

Det har diskuterats huruvida GDPR ger upphov till en ”rätt till förklaring” av automatiserat beslutsfattande med innebörden att enskilda skulle ha rätt till full förklaring av och insikt i sådana förfaranden före, under och efter att de äger rum.⁸ Av den fortsatta framställningen framgår att det är tveksamt huruvida en sådan rätt till ”fullförklaring” verkligen föreligger.

GDPR erbjuder fyra olika uppsättningar skyldigheter i förhållande till den enskilde.

- En rätt att överhuvudtaget inte bli föremål för automatiserat beslutsförfarande, inklusive krav på skyddsmekanismer för att

⁸ Sandra Wachter, Brent Mittelstadt och Luciano Floridi, ”Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation” i International Data Privacy Law, vol. 7, issue 2, med hänvisningar.

- säkerställa den enskildes rättigheter och berättigade intressen däribland ifråga om tillgång till information (artikel 22 och skäl 71);
- Informationsskyldighet för personuppgiftsansvarig (artiklarna 13–14 och skäl 60–62)
 - ”Rätten till tillgång” (artikel 15 och skäl 63).
 - Informationens tydlighet och begriplighet (artikel 12)

Artiklarna 13–14 respektive 15 är formulerade på samma sätt och tar i stort sett sikte på samma typ av information. I artikel 15 förutsätts att den enskilde tar eget initiativ för att få information, medan den personuppgiftsansvarige på eget initiativ måste rätta sig efter notifikationskyldigheten i artiklarna 13–14. I det följande citeras och analyseras de fyra bestämmelserna i GDPR.

Profilering och automatiserat individuellt beslutsfattande⁹

I GDPR regleras bland annat två typsituationer med avseende på de frågor som diskuteras i denna framställning: ”profilering” respektive ”automatiserat individuellt beslutsfattande”.

Profilering enligt GDPR

I GDPR delas relevanta fall av automatiserat beslutsfattande in i två huvuddelar: profilering respektive automatiserat beslutsfattande. De båda huvuddelarna kan förekomma isolerat eller i kombination, liksom med eller utan mänskligt ingripande.

I dataskyddsförordningen definieras profilering i artikel 4.4 som

varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, i synnerhet för att analysera eller förutsäga denna fysiska persons arbetsprestationer, ekonomiska situation, hälsa, personliga preferenser, intressen, pålitlighet, beteende, vistelseort eller förflyttningar.

Profilering är ett förfarande som bygger på statistisk analys, vilken kan användas för att göra förutsägelser om personer, genom att med hjälp av uppgifter från olika källor placera personen i en viss kategori och därigenom

⁹ Detta avsnitt bygger på Artikel-29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, antagna den 3 oktober 2017, senast reviderade den 6 februari 2018 (samtliga sidnummerhänvisningar avser den engelskspråkiga originalversionen).

sluta sig till något om vederbörandes förmågor, intressen och sannolika beteenden, grundat på statistiskt likartade kvaliteter hos andra personer.¹⁰

En enkel klassificering av enskilda utifrån kända egenskaper som ålder, kön och längd leder inte nödvändigtvis till profilering i GDPR:s mening. Det avgörande är syftet med klassificeringen, nämligen att bedöma egenskaper hos en fysisk person.

Profilering kan delas in i tre steg; datainsamling, automatiserad analys för att fastställa korrelationer samt tillämpning av korrelationerna på en enskild person för att fastställa vad som kännetecknar nuvarande eller framtida beteende.¹¹

Mänsklig inblandning undantar inte en given aktivitet från definitionen. Däremot måste förfarandet omfatta någon form av automatiserad behandling för att falla under definitionen.

Syftet med reglerna om profilering är bland annat att motverka följande.¹²

Profilering kan bevara befintliga stereotyper och leda till social segregation. Dessutom kan den låsa fast en person i en viss kategori och begränsa personer till deras föreslagna preferenser. ... I vissa fall kan profilering leda till felaktiga förutsägelser. I andra fall kan profileringen leda till att en person nekats tjänster eller varor och till omotiverad diskriminering.

Automatiserat beslutsfattande

Automatiserat beslutsfattande har en annan räckvidd och kan delvis överlappa eller följa av profilering.¹³ Enbart automatiserat beslutsfattande är möjligheten att fatta beslut på teknisk väg, utan mänsklig inblandning. Automatiserade beslut kan grundas på uppgifter som kommer direkt från de personer som berörs (t.ex. enkätsvar), uppgifter som observerats beträffande en person (t.ex. platsuppgifter som samlats in via en applikation) eller härledda eller avledda uppgifter såsom en profil för personen som redan skapats (t.ex. ett kreditbetyg).

¹⁰ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 8.

¹¹ Europarådets rekommendation CM/Rec(2010)132.

¹² Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 6.

¹³ Inom ramen för projektet utvecklingen av automatiserad databehandling med algoritmer (artificiell intelligens) och stordata och diskriminering eller risker för diskriminering, betecknar "automatiserat beslutsfattande" hela den process som granskas kritiskt inom projektet och inkluderar således i projektets interna definition bland annat profilering. Se LED 2018/387.

Automatiserade beslut kan fattas med eller utan profilering. Profilering kan ske utan att det fattas ett automatiserat beslut. Profilering och automatiserat beslutsfattande är dock inte nödvändigtvis separata aktiviteter.

Beslut som inte enbart grundar sig på automatiserat beslutsfattande kan också inbegripa profilering. Innan en bank beviljar ett lån kan den t.ex. göra en analys av en potentiell låntagarens kreditbetyg, och komplettera detta med att en människa också gör en bedömning innan ett slutligt beslut fattas om huruvida lån ska beviljas.¹⁴

Artikel 22 i GDPR – förfarandets tillåtlighet och ”säkerställande av rättigheter”

Är förfarandet överhuvudtaget tillåtet?

Varför är det intressant att diskutera frågan huruvida ett visst förfarande överhuvudtaget är tillåtet i en text som behandlar frågan om tillgång till information? Skälet är att en av förutsättningarna för att automatiserat beslutsfattande ska vara tillåtet enligt artikel 22 är, enligt bestämmelsen, att den personuppgiftsansvarige genomför ”lämpliga åtgärder för att säkerställa den registrerades rättigheter, friheter och rättsliga intressen”. En sådan lämplig åtgärd kan vara att underlätta den enskildes tillgång till information.

Av artikel 22 GDPR framgår att den enskilde som huvudregel har rätt att inte bli föremål för ett beslut som **enbart grundas** på någon form av automatiserat beslutsfattande, ”inbegripet” profilering, om beslutet kan ha ”rättsliga följder” för den enskilde eller ”på liknande sätt i betydande grad påverkar honom eller henne”.¹⁵

Förbudet gäller alltså bara helt automatiserade förfaranden. Ett förfarande som ger en rekommendation till en människa som sedan fattar beslutet träffas inte av förbudet. För att vara förbjudet enligt artikel 22 måste ett helt automatiserat beslut dessutom uppfylla två ytterligare kriterier, nämligen att beslutet som fattas genom det automatiserade förfarandet har ”**rättsliga följder** för honom eller henne eller **på liknande sätt i betydande grad påverkar** honom eller henne”. Om någon av dessa förutsättningar inte är uppfyllda, är förfarandet inte förbjudet. Ett förfarande som innehåller

¹⁴ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 5.

¹⁵ Det är otydligt vad som avses med ”inbegripet”. Ska det förstås som ”automatiserat beslutsfattande vare sig det kombineras med profilering eller inte” eller ”profilering, vare sig det kombineras med automatiskt beslutsfattande eller inte” eller ”automatiserat beslutsfattande, under förutsättning att det inbegriper profilering”?

automatiserat beslutsfattande är alltså tillåtet om någon av följande förutsättningar är för handen:

- det inte är helt automatiserat;
- beslutet som följer har inte rättsliga följder för den enskilde;
- beslutet påverkar inte i betydande grad den enskilde, eller
- något av undantagen i artikel 22 är tillämpligt och den enskildes rättigheter säkerställs enligt artikel 22.4.

Som vi ska se nedan, är det de tillåtna förfarandena som är av intresse i den här framställningen. Det är i de fallen som det kan vara aktuellt att försöka få ut information om förfarandet.

Så här lyder Artikel 22 i relevanta delar.

Automatiserat individuellt beslutsfattande, inbegripet profilering

1. Den registrerade ska ha rätt att inte bli föremål för ett beslut som **enbart** grundas på automatiserad behandling, inbegripet profilering, **vilket har rättsliga följder** för honom eller henne eller **på liknande sätt i betydande grad påverkar** honom eller henne.
2. Punkt 1 ska inte tillämpas om beslutet
 - a) är nödvändigt för **ingående eller fullgörande av ett avtal** mellan den registrerade och den personuppgiftsansvarige,
 - ...
 - c) grundar sig på den registrerades uttryckliga samtycke.
3. I fall som avses i punkt 2 a och c ska den personuppgiftsansvarige genomföra **lämpliga åtgärder för att säkerställa den registrerades rättigheter**, friheter och rättsliga intressen, **åtminstone rätten till personlig kontakt med den personuppgiftsansvarige för att kunna uttrycka sin åsikt och bestrida beslutet.**

Förbud enligt huvudregeln i artikel 22.1 GDPR

För att databehandling ska ha ”rättsliga följder” eller ”i betydande grad” påverka någon måste följderna av behandlingen vara ”tillräckligt

omfattande eller viktig för att förtjäna uppmärksamhet”.¹⁶ Beslutet måste enligt Artikel-29-gruppens riktlinjer kunna

- i betydande grad påverka de berörda personernas omständigheter, beteende eller valmöjligheter;
- ha långvariga eller permanenta konsekvenser för den registrerade, **eller**
- i värsta fall leda till att individer utestängs eller diskrimineras.¹⁷

Det får förmodas att de tre förutsättningarna är alternativa, snarare än kumulativa. Det är inte klart vad som avses med ”i värsta fall” i den tredje punkten.

Som exempel på vad som ska förstås med ”i betydande grad” har angivits bland annat beslut som påverkar någons finansiella situation, t.ex. deras kreditmöjligheter och beslut som nekar någon en anställningsmöjlighet.¹⁸

I skäl 71 i GDPR, som hör ihop med artikel 22, exemplifieras ”på liknande sätt i betydande grad påverkar” med automatiserat avslag på en kreditansökan online respektive rekrytering utan personlig kontakt.

Det verkar således som att fall av diskriminering i samband med rekrytering, kredit- och försäkringsgivning ”har rättsliga följder ... eller på liknande sätt i betydande grad påverkar honom eller henne” och således omfattas av förbudet mot helt automatiserat beslutsfattande i huvudregeln i artikel 22.1.

Undantaget i artikel 22.2 a GDPR

Automatiserat beslutsfattande kan dock vara tillåtet om det är nödvändigt för att ingå eller fullgöra ett avtal mellan den registrerade och den personuppgiftsansvarige eller om den enskilde har gett sitt uttryckliga samtycke. Särskilt ”fullgörande av avtal” har angivits som relevant i aktuellt hänseende och av Artikel-29-gruppen exemplifierats på följande sätt.¹⁹

Det automatiserade beslutsfattandet som beskrivs i artikel 22.1 kan även vara nödvändigt för behandling innan ett avtal ingås. Ett företag utlyser en ledig tjänst. Eftersom det är populärt att arbeta för företaget får

¹⁶ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 21.

¹⁷ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 21.

¹⁸ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 22.

¹⁹ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 23.

företaget in tiotusentals ansökningar. På grund av den exceptionellt stora mängden ansökningar är det kanske inte praktiskt möjligt för företaget att hitta lämpliga kandidater utan att först använda ett helt automatiserat system för att sortera bort irrelevanta ansökningar. I så fall kan automatiserat beslutsfattande vara nödvändigt för att upprätta en lista över tänkbara kandidater, i avsikt att ingå ett avtal med en registrerad.

I vart fall vad gäller vissa former av rekryteringsförfarande innebär artikel 22 i princip inte något hinder mot automatiserat beslutsfattande.

Lämpliga åtgärder för att säkerställa den enskildes rättigheter enligt artikel 22.3 GDPR

En förutsättning för att undantagen i artikel 22.2 ska vara tillämpliga och ett förfarande således tillåtligt, är enligt artikel 22.3 att ”lämpliga åtgärder vidtas för att säkerställa den enskildes rättigheter, friheter och rättsliga intressen”. Det är här artikel 22 knyter an till frågan om utfående av information. ”Lämpliga skyddsåtgärder” enligt artikel 22.3 har nämligen, enligt skäl 71 som är knutet till artikel 22, bland annat ansetts böra innefatta ”specifik information till den registrerade och rätt till mänskligt ingripande, att framföra sina synpunkter och **att erhålla en förklaring till det beslut som fattas efter sådan bedömning**”. Att erhålla en sådan förklaring är alltså i förlängningen en nödvändig förutsättning för det automatiserade beslutsfattandets tillåtlighet.²⁰

Så här lyder skäl 71.

Den registrerade bör ha rätt att inte bli föremål för ett beslut, vilket kan innebära en åtgärd, med bedömning av personliga aspekter rörande honom eller henne, vilket enbart grundas på automatiserad behandling och medför rättsverkan för honom eller henne eller på liknande sätt i betydande grad påverkar honom eller henne, **såsom ett automatiserat avslag på en kreditansökan online eller e-rekrytering utan personlig kontakt**. Sådan behandling omfattar ”profilering” i form av automatisk behandling av personuppgifter med bedömning av personliga aspekter rörande en fysisk person, särskilt för att analysera eller förutse aspekter avseende den registrerades arbetsprestation,

²⁰ Det bör noteras att förordningens skäl till skillnad från dess artiklar inte är bindande för de aktörer som har att följa förordningen. Se för analys av skälens status Sandra Wachter, Brent Mittelstadt och Luciano Floridi, ”Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation” i *International Data Privacy Law*, vol. 7, issue 2, sidan 82.

ekonomiska situation, hälsa, personliga preferenser eller intressen, pålitlighet eller beteende, vistelseort eller förflyttningar, i den mån dessa har rättsverkan rörande honom eller henne eller på liknande sätt i betydande grad påverkar honom eller henne. Beslutsfattande grundat på sådan behandling, inbegripet profilering, bör dock tillåtas... när det krävs för ingående eller genomförande av ett avtal mellan den registrerade och en personuppgiftsansvarig eller den registrerade har gett sitt uttryckliga samtycke. Denna form av uppgiftsbehandling bör under alla omständigheter omgärdas av lämpliga skyddsåtgärder, som bör inkludera specifik information till den registrerade och rätt till mänskligt ingripande, att framföra sina synpunkter, **att erhålla en förklaring till det beslut som fattas efter sådan bedömning** och att överklaga beslutet. Sådana åtgärder bör inte gälla barn.

Artikel 13 i GDPR – informationsskyldighet då underliggande data samlats in från den enskilde

Så här lyder artikel 13 i GDPR i relevanta delar.

Information som ska tillhandahållas om personuppgifterna samlas in från den registrerade

1. Om personuppgifter som rör en registrerad person samlas in från den registrerade, ska den personuppgiftsansvarige, **när personuppgifterna erhålls**, till den registrerade lämna information om följande:

...

c) **Ändamålen** med den behandling för vilken personuppgifterna är avsedda samt den rättsliga grunden för behandlingen.

e) **Mottagarna** eller de kategorier av mottagare som ska ta del av personuppgifterna, i förekommande fall.

...

2. Utöver den information som avses i punkt 1 ska den personuppgiftsansvarige **vid insamlingen** av personuppgifterna lämna den registrerade följande ytterligare information, **vilken krävs för att säkerställa rättvis och transparent behandling**:

...

f) Förekomsten av automatiserat beslutsfattande, inbegripet profilering enligt artikel 22.1 och 22.4, varvid det åtminstone i dessa fall ska lämnas meningsfull information om logiken bakom samt betydelsen och **de förutsedda följderna** av sådan behandling för den registrerade.

...

Artikel 13 ska läsas tillsammans med de icke-bindande skälen 60 och 62, vilka lyder som följer.

Skäl 60

Principerna om rättvis och öppen behandling fordrar att den registrerade informeras om att behandling sker och syftet med den. **Den personuppgiftsansvarige bör till den registrerade lämna all ytterligare information som krävs för att säkerställa en rättvis och öppen behandling, med beaktande av personuppgiftsbehandlingens specifika omständigheter och sammanhang. Dessutom bör den registrerade informeras om förekomsten av profilering samt om konsekvenserna av sådan profilering.** Om personuppgifterna samlas in från den registrerade, bör denne även informeras om huruvida han eller hon är skyldig att tillhandahålla personuppgifterna och om konsekvenserna om han eller hon inte lämnar dem. Denna information får tillhandahållas kombinerad med standardiserade symboler för att ge en **överskådlig, begriplig, lättläst och meningsfull överblick över den planerade behandlingen.** Om sådana symboler visas elektroniskt bör de vara maskinläsbara.

Skäl 62

Det är dock inte nödvändigt att införa någon skyldighet att tillhandahålla information, om den registrerade redan innehar denna information, om registreringen eller utlämnandet av personuppgifterna uttryckligen föreskrivs i lag eller om det visar sig vara omöjligt eller skulle medföra orimliga ansträngningar att tillhandahålla den registrerade informationen. Det sistnämnda skulle särskilt kunna vara fallet om behandlingen sker för arkivändamål av allmänt intresse, vetenskapliga eller historiska forskningsändamål eller statistiska ändamål. I detta avseende bör antalet registrerade, uppgifternas ålder och lämpliga skyddsåtgärder beaktas.

Artikel 14 – informationsskyldighet då underliggande data inte samlats in från den enskilde

Så här lyder artikel 14 i relevanta delar.

1. Om personuppgifterna **inte** har erhållits från den registrerade, ska den personuppgiftsansvarige förse den registrerade med följande information:

...

c) **Ändamålen** med den behandling för vilken personuppgifterna **är avsedda** samt den rättsliga grunden för behandlingen.

d) De **kategorier av personuppgifter som behandlingen gäller**.

e) **Mottagarna** eller de kategorier av mottagare som **ska ta del av** personuppgifterna, i förekommande fall.

...

2. Utöver den information som avses i punkt 1 ska den personuppgiftsansvarige lämna den registrerade följande information, vilken **krävs för att säkerställa rättvis och transparent behandling** när det gäller den registrerade:

a) Den period under vilken personuppgifterna **kommer att lagras** eller, om detta inte är möjligt, de kriterier som används för att fastställa denna period.

g) **Förekomsten av automatiserat beslutsfattande, inbegripet profilering enligt artikel 22.1 och 22.4**, varvid det åtminstone i dessa fall ska lämnas **meningsfull information om logiken bakom samt betydelsen och de förutsedda följderna** av sådan behandling för den registrerade.

3. Den personuppgiftsansvarige ska lämna den information som anges i punkterna 1 och 2

a) inom en rimlig period efter det att personuppgifterna har erhållits, dock senast inom en månad, med beaktande av de särskilda omständigheter under vilka personuppgifterna behandlas,

...

5. Punkterna 1–4 ska inte tillämpas i följande fall och i den mån

a) den registrerade redan förfogar över informationen,

...

d) personuppgifterna måste förbli konfidentiella till följd av tystnadsplikt enligt unionsrätten eller medlemsstaternas nationella rätt, inbegripet andra lagstadgade sekretessförpliktelser.

Artikel 15 i GDPR – ”rätten till tillgång”

I artikel 15 regleras den registrerades ”rätt till tillgång”. Bestämmelsen har följande lydelse i relevanta delar.

Den registrerades rätt till tillgång

1. Den registrerade ska ha rätt att av den personuppgiftsansvarige få bekräftelse på huruvida personuppgifter som rör honom eller henne **håller på att** behandlas och i så fall få tillgång till personuppgifterna och följande information:

a) Ändamålen med behandlingen.

...

h) **Förekomsten av automatiserat beslutsfattande, inbegripet profilering enligt artikel 22.1 och 22.4, varvid det åtminstone i dessa fall ska lämnas meningsfull information om logiken bakom samt betydelsen och de förutsedda följderna av sådan behandling för den registrerade.**

Bestämmelsen ska läsas tillsammans med det icke-bindande skäl 63, vilket lyder som följer.

Skäl 63

Den registrerade bör ha rätt att få tillgång till personuppgifter som insamlats om denne samt på enkelt sätt **och med rimliga intervall** kunna utöva denna rätt, för att vara medveten om att behandling sker och kunna kontrollera att den är laglig. Detta innefattar rätten för registrerade att få tillgång till uppgifter om sin hälsa, exempelvis uppgifter i läkarjournaler med t.ex. diagnoser, undersökningsresultat, bedömningar av behandlande läkare och eventuella vårdbehandlingar eller interventioner. Alla registrerade bör därför ha rätt att få kännedom och underrättelse om framför allt orsaken till att personuppgifterna

behandlas, om möjligt vilken tidsperiod behandlingen pågår, vilka som mottar personuppgifterna, **bakomliggande logik i samband med automatisk behandling av personuppgifter och, åtminstone när behandlingen bygger på profilering, konsekvenserna av sådan behandling.** Om möjligt bör den personuppgiftsansvarige kunna ge fjärråtkomst till ett säkert system genom vilket den registrerade kan få direkt åtkomst till sina personuppgifter. **Denna rätt bör inte inverka menligt på andras rättigheter eller friheter, t.ex. affärshemligheter eller immateriell äganderätt och särskilt inte på upphovsrätt som skyddar programvaran. Resultatet av dessa överväganden bör dock inte bli att den registrerade förvägras all information.** Om den personuppgiftsansvarige behandlar en stor mängd uppgifter om den registrerade, bör den personuppgiftsansvarige kunna begära att den registrerade lämnar uppgift om vilken information eller vilken behandling en framställan avser, innan informationen lämnas ut.

Sammanfattande analys

Tillgång till information under artikel 22

Artikel 22 innehåller i sig inte någon rätt till insyn i förfarande eller förklaring av beslut. Däremot följer det enligt artikel 22.3 en skyldighet för den ansvarige att med ”lämpliga åtgärder” ”säkerställa” att den enskildes rättigheter och ”berättigade intressen” för att förfarandet ska vara tillåtet under undantagen i artikel 22.2 (a) eller (c), dvs vid fullgörande av avtal eller vid samtycke.

I skäl 71 anges som exempel på ”lämpliga åtgärder” att den registrerade bör få icke närmare definierad specifik information och att vederbörande bör erhålla en förklaring till beslutet ”efter” sådan bedömning som ett led i skyldigheten att säkerställa den enskildes rättigheter och berättigade intressen. Skälen är inte rättsligt bindande utan utgör ledning vid tolkning av ett undantag till ett undantag (artikel 22.3). Nedan diskuteras om det verkligen finns en rätt att få ut information om det automatiska beslutsfattandets logik efter att ett beslut fattats.

En vidare fråga som uppstår är i vad mån det är möjligt att utfå information – som ett resultat av skyldigheten enligt artikel 22.3 att ”säkerställa den registrerades rättigheter” – om ett förfarande som är förbjudet enligt GDPR. Ett förfarande är förbjudet om rekvisiten i 22.1 är täckta och undantagen i 22.2 a eller c eller i 22.1 inte är tillämpliga. Å ena sidan framstår det som en anomali att den enskilde skulle nekats tillgång till information i ett fall där

hen lidit en större orätt (ett förfarande var eventuellt diskriminerande och dessutom i sig förbjudet), men i princip har möjlighet att få viss information när den lidna orätten varit mindre (ett förfarande var eventuellt diskriminerande men i sig tillåtligt).

Förfarandet kan även vara tillåtet eftersom något av de övriga rekvisiten i 22.1 ("rättsliga följder" eller "betydande påverkan") inte är uppfyllt. I sådana fall inträder inte skyldigheten enligt 22.4 att säkerställa den registrerades rättigheter. Emellertid kan det tänkas att den information som den enskilde önskar få ut är nödvändig just för att bedöma om ett visst beslut haft "rättsliga följder" eller "betydande påverkan".

Tillgång till information efter att beslut fattats

Artikel 15 om "rätt till tillgång" tar uttryckligen sikte på ett pågående förfarande och torde inte ge någon rätt till information efter det att ett eventuellt automatiserat beslut med implikationer för den enskilde fattats. I artikel 15.1 h anges att den personuppgiftsansvarige bör tillhandahålla den registrerade information om de förutsedda följderna av behandlingen, snarare än en förklaring av ett visst beslut. Detta förtydligas i skäl 63 där det anges att alla registrerade bör ha rätt att få "underrättelse" om automatisk behandling av personuppgifter, inbegripet den bakomliggande logiken och, åtminstone när behandlingen bygger på profilering, konsekvenserna av sådan behandling.

Det kan noteras att enligt 29 § PUL, som inte längre är i kraft, gällde följande.

Om ett beslut som har rättsliga följder för en fysisk person eller annars har märkbara verkningar för den fysiska personen, grundas enbart på automatiserad behandling av sådana personuppgifter som är avsedda att bedöma egenskaper hos personen, skall den som berörs av beslutet ha möjlighet att på begäran få beslutet omprövat av någon person.

Var och en som varit föremål för ett sådant beslut som avses i första stycket har rätt att på ansökan få information från den personuppgiftsansvarige om vad som har styrts av den automatiserade behandling som lett fram till beslutet.

Här fanns en uttrycklig rätt att få viss information efter att det aktuella beslutet fattades, även om "vad som styrts av den automatiserade

behandlingen”. Hur denna senare formulering skulle tolkas när den fortfarande var i kraft följer av bestämmelsens förarbeten enligt följande.²¹

Informationsskyldigheten avser bara vad som har styrt behandlingen, dvs. den tekniska processen, och inte t.ex. närmare information om bankers regler eller gränsvärden för kreditgivning. I punkt 41 i ingressen till direktivet framhålls att den aktuella rätten inte får inkräkta på några affärshemligheter eller på upphovsrätten till t.ex. programvaran.

I samtliga fyra artiklar – 13, 14, 15 och 22 – används alltså ett språk som är framåtsyftande vilket indikerar att inte någon av dessa tre kombinationer av bestämmelser ger rätt för den enskilde till förklaring av ett specifikt automatiserat beslut **efter** att beslutet fattats.

Det ska dock nämnas att medan notifikationsskyldigheten i artiklarna 13–14 gäller vid tidpunkten för insamlandet av uppgifter (men tar sikte såväl på systemfunktion, som på vilka uppgifter som samlats in), så finns det inte någon uttrycklig tidsbegränsning i artikel 15 vad gäller den enskildes möjlighet att åberopa bestämmelsen, även om rätten anges gälla i ett ”pågående” förfarande. I vart fall rent språkligt medger den formuleringen inte ett utfående av information efter att förfarandet avslutats genom beslut.

²¹ Prop. 1997/98:44, sidan 134.

Tabell: Sammanfattning av bestämmelserna i GDPR avseende tillgång till information

| Vilken typ av information kan enskild få ut i vilket skede enligt GDPR? | | |
|---|-----------------------|---|
| | Före specifikt beslut | Efter specifikt beslut |
| Underliggande uppgifter avseende den egna personen | Ja (art. 13, 14, 15) | Nej, inte uttryckligen |
| Underliggande uppgifter som inte avser den egna personen | Oklart | Oklart |
| Systemets funktion (algoritmer mm) | Ja (art. 14 & 15) | Nej, inte uttryckligen (art. 15) |
| Specifikt beslut | Inte aktuellt | Nej, inte uttryckligen men indikativt genom skäl 71 |

Meningsfull information om logiken bakom behandlingen enligt artiklarna 14–15

I artiklarna 14 och 15 åläggs den personuppgiftsansvarige att lämna ”meningsfull information om logiken bakom behandlingen”. Enligt Artikel-29-gruppen innebär det inte nödvändigtvis att en komplex förklaring av de algoritmer som används eller att den fullständiga algoritmen måste lämnas ut. Den information som tillhandahålls bör emellertid vara tillräckligt heltäckande för att den registrerade ska förstå skälen till beslutet. Artikel-29-gruppen ger följande exempel på vad detta kan innebära.²²

En personuppgiftsansvarig använder kreditbetyg för att bedöma och avslå en persons låneansökan. Kreditbetyget kan ha lämnats av ett

²² Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 26.

kreditvärderingsinstitut, eller direkt ha räknats fram på grundval av information som den personuppgiftsansvarige förfogar över. Oavsett källa (och information om källan måste tillhandahållas till den registrerade enligt artikel 14.2 f. om personuppgifterna inte har inhämtats från den registrerade) måste den personuppgiftsansvarige, om denne grundar sitt beslut på kreditbetyget, kunna förklara betyget och den bakomliggande logiken för den registrerade. Den personuppgiftsansvarige anger närmare detaljer om de egenskaper som beaktades för att komma fram till beslutet, källan till informationen och dess relevans. Detta kan bland annat innebära den information som den registrerade lämnade på ansökningsformuläret, information om tidigare kontobeteende, inbegripet utestående betalningar och annan information från offentliga register, t.ex. information om bedrägerier och insolvens.

För att göra informationen meningsfull och begriplig bör verkliga, greppbara exempel på typen av potentiella följder ges.²³

Ett försäkringsbolag använder en automatiserad beslutsprocess för att fastställa trafikförsäkringspremier grundat på de övervakade kundernas körbeteende. För att illustrera betydelsen och de förutsedda följderna förklarar bolaget att farligt körbeteende leder till högre försäkringskostnader och tillhandahåller en app som jämför olika fiktiva förare, inbegripet en med farliga körvanor som snabba accelerationer och sista minuten-inbromsningar. Bolaget använder diagram för att tipsa om hur man kan förbättra dessa vanor och på så sätt minska försäkringskostnaderna. Personuppgiftsansvariga kan använda liknande visuell teknik för att förklara hur ett tidigare beslut har fattats. Artikel 15.1 h ger registrerade rätt till samma information om enbart automatiserat beslutsfattande, inbegripet profilering, som i artiklarna 13.2 f och 14.2 g, nämligen förekomsten av automatiserat beslutsfattande, inbegripet profilering, meningsfull information om logiken bakom behandlingen, samt betydelsen och de förutsedda följderna av en sådan behandling för den registrerade.

²³ Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU) 2016/6, sidan 27.

Upphovsrätt

Hur förhåller sig skyldigheter enligt GDPR till skyldighetsbärarnas eventuella upphovsrätt i förhållande till ett automatiserat beslutsfattandes funktionssätt mm med tanke på den reservation som återfinns i skäl 63, vilket är en kommentar till artikel 15? Så här lyder relevanta delar av det skälet.

Alla registrerade bör därför ha rätt att få kännedom och underrättelse om framför allt orsaken till att personuppgifterna behandlas, om möjligt vilken tidsperiod behandlingen pågår, vilka som mottar personuppgifterna, bakomliggande logik i samband med automatisk behandling av personuppgifter och, åtminstone när behandlingen bygger på profilering, konsekvenserna av sådan behandling. ... Denna rätt bör inte inverka menligt på andras rättigheter eller friheter, t.ex. affärshemligheter eller **immateriell äganderätt och särskilt inte på upphovsrätt som skyddar programvaran**. Resultatet av dessa överväganden bör dock inte bli att den registrerade förvägras all information.

I skäl 63 ges visst skydd för personuppgiftsansvariga som är angelägna att inte röja affärshemligheter eller immateriell äganderätt, vilket kan vara särskilt relevant i samband med profilering. I skälet anges att rätten till tillgång ”inte [bör] inverka menligt på andras rättigheter eller friheter, t.ex. affärshemligheter eller immateriell äganderätt och särskilt inte på upphovsrätt som skyddar programvaran”. De personuppgiftsansvariga får emellertid inte använda skyddet av sina affärshemligheter som en ursäkt för att neka tillgång till eller vägra tillhandahålla information till den registrerade. Möjligheten att inskränka rätten förses med ett undantag i det att resultatet av inskränkningen ”bör dock inte bli att den registrerade förvägras all information”. Enligt vad som redan framgått ska ”meningsfull information” lämnas, utan att för den skull blottlägga de algoritmer som använts.

Frågan har behandlats under det tidigare gällande dataskyddsdirektivet. Internationellt har domstolar under tiden för direktivets giltighet övervägande ställt sig på den uppgiftsskyldiges sida och värnat dennes immaterialrätt. I tysk doktrin och rättspraxis har det som måste utlämnas anses omfatta beslutsträdets logik, medan mjukvarans funktionssätt, särskilt programkoden, och hur olika parametrar viktats i förfarandet, referens- och jämförelsegrupper, statistiska värden skyddas av

upphovsrätten och inte behöver lämnas ut.²⁴ Samtidigt har exempelvis österrikisk rättstillämpning funnit ett mer begränsat skydd för olika komponenter i den automatiska databehandlingen. Det ska dock beaktas att dessa slutsatser gällde annan rätt än svensk och under det tidigare gällandet direktivet.

I svensk rätt omfattas uttryckligen datorprogram av upphovsrättsskyddet enligt 1 § 2 punkten i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Offentlighet och sekretess

Om den personuppgiftsansvarige omfattas av bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen kan den enskildes möjlighet att utfå information påverkas av bestämmelserna i den lagen. I Inspektionens för socialförsäkringen rapport med avseende på Försäkringskassans användande av profilering för att ringa in grupper vilka med större sannolikhet än andra grupper anses kunna hemfalla åt bidragsbedrägeri analyseras bland annat frågan om i vad mån offentlighets- och sekretesslagen kan hindra utfående av uppgifter gällande sådan profilering.²⁵

Inte endast offentlighetsrättsliga, utan även privaträttsliga subjekt kan vägra utlämning av uppgifter med hänvisning till sekretess. Så här lyder 5 kap. 1 § andra stycket i lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning.

Vid tillämpningen av 3 kap. 3 § 2 och 4 § samt 4 kap. 1 § andra stycket ska andra organ än myndigheter jämföras med myndigheter, i den utsträckning bestämmelserna om allmänna handlingar och sekretess i tryckfrihetsförordningen och offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) gäller i organets verksamhet.

²⁴ Se en utförlig analys av hur upphovsrättens förhållande till möjligheten att utfå information under det tidigare Dataskyddsdirektivet i Frankrike, Storbritannien, Tyskland och Österrike i Sandra Wachter, Brent Mittelstadt och Luciano Floridi, "Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation" i *International Data Privacy Law*, vol. 7, issue 2, sidorna 76-99, särskilt fotnot 56. Se även Stephan Dreyer och Wolfgang Schulz, "Was bringt die Datenschutzverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?", BertelsmannStiftung, Impuls Algorithmenethik, Nr 5.

²⁵ Inspektionen för socialförsäkringen, Rapport 2018:5 Profilering som urvalsmetod för riktade kontroller, En granskning av träffsäkerheten, effektiviteten och rättssäkerheten i Försäkringskassans modeller för riskbaserade kontroller, sidan 81.

Så här skriver Dataskyddsutredningen om frågan om tystnadsplikt mm för privata subjekt.²⁶

I den privata sektorn gäller i stället som huvudregel att den som disponerar över information i princip själv bestämmer om utlämnande av den till andra, med de begränsningar som dataskyddsregleringen ställer upp. Inom flera olika verksamhetsområden i den privata sektorn gäller emellertid tystnadsplikt enligt lag, ofta reglerad som ett förbud mot att röja vissa uppgifter obehörigen. Det gäller bland annat verksamheter i välfärdssektorn såsom skola och hälso- och sjukvård. Men det finns också exempel på tystnadsplikt i privat verksamhet som inte har någon motsvarighet i det allmännas verksamhet, utan som skyddar information som lämnas till personer i olika slag av förtroendeställning, såsom exempelvis tystnadsplikt för revisorer och skyddsombud, eller den tystnadsplikt som följer av den så kallade banksekretessen. I dessa fall har obehörighetsrekvisitet sammanfattningsvis tolkats som att ett utlämnande av uppgifter får ske om den uppgiften rör har lämnat sitt samtycke, om uppgifter lämnas vidare till personer inom den berörda verksamheten som behöver dem för verksamheten eller om uppgifterna enligt lag eller annan författning ska lämnas ut, exempelvis till en tillsynsmyndighet.

Även följande konstaterande i betänkandet som föregick GDPR:s ikraftträdande är relevant.²⁷

Vidare finns det situationer då även en privaträttslig aktör, som inte omfattas av författningsreglerad sekretess eller tystnadsplikt, har berättigad anledning att hemlighålla uppgifter i förhållande till den registrerade. Det kan t.ex. röra sig om information som samlats in inför en domstolsprocess, om det kan antas att ett utlämnande av informationen skulle försämra den personuppgiftsansvariges ställning som part i rättegången.

Relevant information som inte tar sikte på den som berörs av beslutet

Den information som enskild kan få ut eller få förklarad avser dels systemets funktion, dels data gällande berörd enskild (såväl om data tillhandahållits av den enskilde själv, eller av någon annan). Däremot framgår det inte av GDPR om den enskilde även kan få tillgång till data som inte direkt gäller den egna personen, men som har haft stor betydelse för profileringen i form

²⁶ SOU 2017:39, sidan 262.

²⁷ SOU 2017:39, sidan 205.

av jämförelse- eller algoritmträningsmaterial eller på annat sätt är av betydelse för att kunna bedöma om diskriminering ägt rum. Det skulle kunna argumenteras för att även information om sådan data ska kunna fås ut av enskild i syfte att leva upp till öppenhetsprincipen.

Artikel 12 i GDPR – hur kan den enskilde förstå den erhållna informationen?

I artikel 12 föreskrivs vilka krav som ställs på den information som ges den enskilde med avseende på databehandlingen.

- Den måste vara i en koncis, klar och tydlig, begriplig och lätt tillgänglig form (artikel 12.1).
- Ett klart och tydligt språk måste användas (artikel 12.1).
- Informationen ska tillhandahållas skriftligt, ”eller i någon annan form, inbegripet, när så är lämpligt, i elektronisk form” (artikel 12.1).
- Om den registrerade begär det får informationen tillhandahållas muntligt (artikel 12.1).
- Generellt sett ska den tillhandahållas kostnadsfritt (artikel 12.5).

Särskilt om uppgiftsskyldigheten enligt DL

Enligt 4 kap 3 § DL gäller följande.

Den som omfattas av förbuden mot diskriminering och repressalier, av skyldigheten att utreda och vidta åtgärder mot trakasserier eller av bestämmelserna om aktiva åtgärder i denna lag är skyldig att på begäran av Diskrimineringsombudsmannen

1. lämna de uppgifter om förhållandena i verksamheten som kan ha betydelse för tillsynen,

2. lämna uppgifter om meriter när ombudsmannen biträder en begäran av en enskild enligt 2 kap. 4 eller 8 §,

...

Skyldigheten enligt 1–3 gäller inte om det i ett enskilt fall finns särskilda skäl som talar däremot.

”Uppgifter” i första stycket första punkten tar enligt propositionen till DL sikte på alla uppgifter som kan vara av betydelse för ombudsmannens tillsyn enligt lagen.

I de fall som avses med bestämmelsen i andra stycket finns, enligt propositionen, oavsett diskrimineringsgrund, ett undantag för uppgifter som gäller bland annat affärs- eller driftförhållanden eller andra uppgifter

där motstående intressen är så starka att uppgiften inte bör lämnas ut.²⁸ Bestämmelsen antas i praktiken komma att tillämpas vid prövning av begäran om vitesföreläggande av ombudsmannen. Inskränkningen av huvudregeln om insyn ska tillämpas restriktivt. Även i de fall den medför begränsningar i insynen bör sådana upplysningar kunna lämnas till ombudsmannen så att ett tillräckligt bakgrundsmaterial finns för behandlingen av ärendet. I 4 kap 4 § DL stadgas att en begäran enligt 4 kap 3 § kan förenas med vite. Det är således inte klart i vilken utsträckning bestämmelsen kan vara till nytta för DO vid tillsyn med syfte att få ut datakod eller andra relevanta uppgifter i ett misstänkt fall av diskriminering vid användande av automatiskt beslutsfattande.

Avgränsningar

Det finns ett flertal frågor som kan vara intressanta för DO att utreda vidare i syfte att generera relevant kunskap, men som inte ryms inom ramen för denna framställning.

- I denna PM analyseras inte hur själva bedömningen av om diskriminering ägt rum går till, utan fokus ligger på tillgången till själva materialet.
- I PM:n analyseras inte vilka förutsättningar som gäller ifråga om ansvarsfördelning och möjligheter att få ut information då olika aktörer är ansvariga för olika delar av ett potentiellt diskriminerande automatiskt beslutsfattande eller har olika former av rätt (äganderätt eller nyttjanderätt) till de dataprogram som används i förfarandet.²⁹
- En ytterligare fråga som inte behandlas är vad som gäller i fall då den aktör som genom automatiserat beslutsfattande utfört den potentiellt diskriminerande handlingen avtalsvis gentemot tredjeman har åtagit sig att inte lämna ut information – exempelvis om de algoritmer som styr verktyget.
- Informationsskyldigheten enligt GDPR gäller under förutsättning att berörd individs personuppgifter faktiskt hanterats i den aktuella processen. Det kan nämligen vara så att en algoritm producerat ett visst underlag som den enskilde sedan bedömts emot och att den enskildes personuppgifter överhuvudtaget inte ingått i jämförelseunderlaget
- Vidare diskuteras inte förfarandefrågor såsom hur den enskilde går till väga för att åberopa rättigheterna i GDPR, vilka sanktioner som

²⁸ Prop. 2007/08:95, sidan 368ff.

²⁹ En sådan situation kan exemplifieras med att ett visst företag utarbetat ett verktyg och de algoritmer som styr det, ett rekryteringsföretag köper verktyget och använder det för att rekrytera på uppdrag av ett tredje företag.

föreligger om skyldighetsbärare inte lever upp till sina skyldigheter eller vilka rättsmedel som står till den enskildes förfogande.

- Datainspektionens möjlighet att bedriva tillsyn som i något avseende också tar sikte på diskriminering och DO:s förhållande till sådan tillsyn behandlas inte här.
- Framställningen behandlar inte sådan ”konsekvensbedömning avseende dataskydd” som regleras i artikel 35.1 GDPR och i vad mån den kan vara av betydelse för öppenhet, utfående av information eller för möjligheten att bedöma om ett förfarande kan leda till eller har gett upphov till diskriminering.³⁰
- I framställningen analyseras inte den eventuella möjligheten att utfå information genom editionsföreläggande (38 kap 2 § RB).
- Lagen (2018:558) om företagshemligheter är enligt 4 § första stycket endast tillämplig på ”obehöriga angrepp på företagshemligheter” och behandlas därför inte i denna framställning.

³⁰ I artikel 35.1 GDPR stadgas följande. Om en typ av behandling, särskilt med användning av ny teknik och med beaktande av dess art, omfattning, sammanhang och ändamål, sannolikt leder till en hög risk för fysiska personers rättigheter och friheter ska den personuppgiftsansvarige före behandlingen utföra en bedömning av den planerade behandlingens konsekvenser för skyddet av personuppgifter. Se diskussion om konsekvensbeskrivning i European Union Fundamental Rights Agency, #BigData: Discrimination in data-supported decision making, sidan 8.