

Automatizované rozhodovanie a profilovanie v pracovnoprávných vzťahoch podľa Všeobecného nariadenia o ochrane údajov*

Automated Decision-making and Profiling in Employment Relationships under General Data Protection Regulation

Jakub Vojtko**

Abstrakt

Cieľom tohto článku je analyzovať dopad právnej úpravy Všeobecného nariadenia o ochrane údajov na pracovnoprávne vzťahy. Príspevok sa pritom prednostne zameriava na právnú úpravu reagujúcu na moderné technológie uplatňované pri spracúvaní osobných údajov. Hlavným predmetom príspevku je preto právna úprava rozhodovania na základe automatizovaného spracúvania vrátane profilovania a jej spôsobilosť vyrovnáť sa s osobitnými problémami, ktoré automatizované rozhodovanie v praxi v pracovnoprávných vzťahoch spôsobuje.

Výsledkom analýzy je záver, že právna úprava automatizovaného rozhodovania a profilovania podľa Všeobecného nariadenia o ochrane údajov môže, v závislosti od vyriešenia výkladových nejasností, významne posilniť ochranu práv a postavenie zamestnancov pri automatizovanom spracúvaní osobných údajov. Na druhej strane nová právna úprava predstavuje výzvu pre zamestnávateľov, aby prispôbili procesy rozhodovania náročným podmienkam, ale aj pre vývojárov profilovacích algoritmov, aby zabezpečili transparentnosť automatizovaného rozhodovania.

Klíčová slova

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov; automatizované rozhodovanie; profilovanie; právo nebyť subjektom rozhodnutia; právo na ľudský zásah; pracovnoprávne vzťahy.

Abstract

The goal of this article is to analyse the impact of a legal regulation of the General Data Protection Regulation on employment relationships. The scope of this contribution is preferentially on a regulation reacting to modern technologies applied to the processing of personal data. The main object of this article is therefore a regulation of decision-making based on automated processing including profiling and its suitability to cope with specific problems, which are caused in employment relationships in practice by the automated decision-making.

* Vedecký príspevok bol vypracovaný v rámci riešenia projektu č. APVV-15-0066 s názvom: „Nové technológie v pracovnom práve a ochrana zamestnanca“, zodpovedná riešiteľka: prof. JUDr. Helena Barancová, DrSc.

** Mgr. Jakub Vojtko, Katedra pracovného práva a práva sociálneho zabezpečenia, Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave / Department of Labour Law and Social Security Law, Faculty of Law, Trnava University in Trnava, Slovak Republic / E-mail: jakub.vojtko@tvu.sk; jakub.vojtko@gmail.com

The result of the analysis is a conclusion that regulation of the automated decision-making and profiling stated by General Data Protection Regulation could, depending on resolving of an interpretation unclarities, notably strengthen the protection of rights and position of employees subjected to the automated personal data processing. On the other hand, new regulation imposes a challenge for employers to adapt the decision-making processes to difficult conditions, but also for developers of profiling algorithms to ensure a transparency of the automated decision-making.

Keywords

General Data Protection Regulation; Automated Decision-making; Profiling; Right not to be a Subject to Decision; Right to Human Intervention; Employment Relationships.

Úvod

Pravidlá ochrany a používania osobných údajov v EÚ upravovala viac ako dve desaťročia Smernica o ochrane osobných údajov¹ a na jej základe prijaté vnútroštátne predpisy. Počas týchto dvoch desaťročí zaznamenali informačné technológie možno bezprecedentný pokrok. Začalo byť zjavným, že Smernica o ochrane osobných údajov už nemôže zmysluplne plniť svoju úlohu, pretože nereflektuje tento technologický pokrok. Preto bolo s účinnosťou od 24. 05. 2016 prijaté Všeobecné nariadenie o ochrane údajov.² V súlade s článkom 99 ods. 2 sa Všeobecné nariadenie o ochrane údajov bude uplatňovať od 25. 05. 2018.

V modernej technologicky vyspelej spoločnosti nie je nezvyčajné, že automatizované systémy sa aplikujú nie len vo sfére výroby, ale prenikajú aj do sféry rozhodovania. Počítačové algoritmy založené na schopnosti učiť sa a zdokonaľovať sa v podávaní želaného výsledku dokážu spracovať veľké množstvo vstupných premenných a vyvodit' medzi nimi v krátkom čase vzťahy a závislosti, ktoré sa vymykajú ľudskému chápaniu.³ Uplatnenie našli predovšetkým vo sfére burzových obchodov, poskytovania úverov, ale tiež pri prijímaní zamestnancov a hodnotení ich pracovného výkonu. Najmä v druhých dvoch prípadoch algoritmy pri profilovaní spracúvajú osobné údaje dotknutých osôb získané z rôznych zdrojov a snažia sa predpovedať či už bonitu klienta alebo kvalitu uchádzača o zamestnanie. Na základe výstupov týchto algoritmov potom nasleduje viac, či menej automatizované rozhodnutie.

- ¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 95/46/EHS z 24. 10. 1995 o ochrane fyzických osôb pri spracovaní osobných údajov a voľnom pohybe týchto údajov (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 13/zv. 15; Ú. v. ES L 281, 23. 11. 1995) v znení nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 1882/2003 z 29. 09. 2003 (Mimoriadne vydanie Ú. v. EÚ, kap. 1/zv. 4; Ú. v. EÚ L 284, 31. 10. 2003).
- ² Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2016/679 z 27. 04. 2016 o ochrane fyzických osôb pri spracúvaní osobných údajov a o voľnom pohybe takýchto údajov, ktorým sa zrušuje smernica 95/46/ES (všeobecné nariadenie o ochrane údajov) (Text s významom pre EHP) (Ú. V. EÚ L 119, 04. 05. 2016).
- ³ Porovnaj, vrátane literatúry uvedenej v poznámkach k textu: GOODMAN, B. a S. FLAXMAN. European Union Regulations on Algorithmic Decision-making and a „Right to Explanation“ In: *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning* [online]. In: *arXiv preprint arXiv:1606.08813*. 2016, s. 6 a nasl. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>

Automatizované rozhodovanie a profilovanie môže mať v praxi veľmi vážne následky a jeho používanie otvára celý rad viac či menej skrytých problémov. Zavádzanie automatizovaného rozhodovania do praxe je motivované okrem iného tým, že je spravidla objektívnejšie, rýchlejšie a menej náchylné na chyby v porovnaní s rozhodovaním ľudským. Na druhej strane pri pripomenutí si hesla „*summum ius, summa iniuria*“⁴ hrozí nie zanedbateľné riziko, že automatizované spracovanie založené na zvážení stanovených objektívnych skutočností, ktoré nezohľadní určité osobitosti konkrétneho prípadu, môže na výstupe ponúknuť výsledok, ktorý sa ukáže ako nespravodlivý alebo nesprávny. Nekritické spoliehanie sa na automatizované rozhodovanie tiež zvyšuje riziko nesprávneho výsledku zámerným alebo neúmyselným zadaním nepravdivých vstupných údajov. Automatizované rozhodovanie pritom môže predstavovať riziko nie len pre adresáta automatizovaného rozhodnutia, ale tiež pre používateľa využívajúceho informačné technológie. Ďalším z problémov automatizovaného rozhodovania vrátane profilovania je rozsah spracovávaných osobných údajov. V súčasnosti už pre profilovacie programy nepredstavuje problém zbierať a analyzovať dáta zo širokého spektra zdrojov zahŕňajúcich okrem interných databáz aj údaje z internetu, napr. zo sociálnych sietí.⁴ Ak predmetom takéhoto spracovania budú napríklad aj informácie o rase, sexuálnej orientácii, zdravotnom stave, politickej príslušnosti etc., existuje vážne riziko, že automatizovaným rozhodovaním bude dochádzať k diskriminácii. Navyše ani vylúčenie takýchto údajov zo spracovania v konečnom dôsledku neznamená, že automatizované rozhodnutie nebude obsahom týchto údajov ovplyvnené. Vedecké štúdie⁵ totiž naznačujú, že ani vylúčením takýchto osobných údajov zo spracovania nemusí byť diskriminácia vylúčená, pretože naďalej sa budú spracúvať dáta, ktoré s týmito osobnými údajmi sú v korelácii.⁶

Algoritmy automatizovaného rozhodovania majú často vlastnosti tzv. „čiernej skrinky“. Známe sú vstupné údaje a výstup, proces spracovania je však často mimoriadne

4 V pracovnoprávných vzťahoch je otázkou na samostatnú analýzu, či je spracovanie osobných údajov získaných o zamestnancovi alebo o uchádzačovi o zamestnanie zo sociálnych sietí legálne. K tomu pozri napr.: BARANCOVÁ, H. *Nové technológie pracovnom práve a ochrana zamestnanca (možnosti a riziká)*. Praha: Leges, 2016, s. 37 a nasl.; ŽULOVÁ, J. Používanie sociálnych sietí pri výbere zamestnancov (z pracovnoprávneho hľadiska). *Justičná revue*, roč. 68, 2016, č. 6–7, s. 729 a nasl.

5 Pozri: GOODMAN, B. a S. FLAXMAN. European Union Regulations on Algorithmic Decision-making and a „Right to Explanation“ In: *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning* [online]. In: *arXiv preprint arXiv:1606.08813*. 2016, s. 4 a nasl. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>, vrátane štúdií, na ktoré autori v texte odkazujú.

6 Uvedené môžeme zjednodušene ilustrovať napríklad takto: Distribúcia obyvateľov podľa národnosti a etnika nie je na území Slovenskej republiky homogénna. Výsledok automatizovaného rozhodnutia môže byť ovplyvnený etnickým pôvodom napríklad aj v prípade, ak jedna z posudzovaných premenných je bydlisko. Profilovací program preto napríklad neodmietne žiadateľa o prácu preto, že by z databáz tohto programu vyplývalo, že občania daného etnika majú slabé pracovné návyky, ale preto, že slabé pracovné návyky majú občania žijúci na území, kde žije aj žiadateľ.

komplexný a náročný na analýzu.⁷ Na rozdiel od ľudského rozhodovania, rozhodovanie profilovacieho algoritmu je často nemožné jasne, jednoznačne a zrozumiteľne odôvodniť.⁸

Cieľom tohto článku je analyzovať účinok Všeobecného nariadenia o ochrane údajov na pracovnoprávne vzťahy, a predovšetkým skúmať, či Všeobecné nariadenie o ochrane údajov je spôsobilé reagovať na vyššie naznačené problémy spojené s rozhodovaním založeným na automatizovanom spracúvaní osobných údajov vrátane profilovania.

1 Všeobecné nariadenie o ochrane údajov a pracovnoprávne vzťahy

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov ako sekundárny právny akt EÚ s priamou záväznosťou v členských štátoch je na rozdiel od Smernice o ochrane osobných údajov snahou nie o harmonizáciu ale o unifikáciu právnej úpravy. V tomto prípade celkom zámerne používame termín „*snaha*“, pretože na viacerých miestach Všeobecné nariadenie o ochrane údajov odkazuje na vnútroštátnu právnu úpravu alebo členské štáty vyzývajú na podrobnejšiu úpravu.⁹ K unifikácii pravidiel ochrany osobných údajov preto dôjde len v obmedzenom rozsahu.

Článok 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov dáva členským štátom možnosť¹⁰ „*stanoviť konkrétnejšie pravidlá na zabezpečenie ochrany práv a slobôd pri spracúvaní osobných údajov zamestnancov v súvislosti so zamestnaním*“. Všeobecné nariadenie o ochrane údajov pritom

⁷ Mnohé programy sú založené na princípe tzv. neurónových sietí. Každý vstup neurónovej siete je určitým spôsobom kvantifikovaný na tzv. vstupnej vrstve. Medzi jednotlivými vstupmi sú navzájom vytvorené vzťahy, pričom sa jednotlivým vstupom priradujú rôzne váhy. Spracovaním vstupov na základe ich vzťahov a váh algoritmus vypočíta ďalšie abstraktné dáta, ktoré uloží do vnútornej vrstvy neurónovej siete. Dátam vo vnútornej vrstve sú priradené nové vzťahy a váhy a podľa komplexnosti neurónovej siete je výsledok spracovania výstupom neurónovej siete alebo vstupom pre ďalšiu z jej vnútorných vrstiev.

⁸ Vzťahy a váhy medzi údajmi sú stanovené programátorom len na počiatku vývoja programu. Nasleduje proces tzv. strojového učenia, kedy sa váhy a vzťahy medzi údajmi priebežne upravujú, tak aby sa pri odlišných dátach na vstupe dosiahol s čoraz väčšou spoľahlivosťou očakávaný výsledok. Programátor pritom do tohto procesu často ani nemusí zasiahnuť. Preto môže viesť s akou spoľahlivosťou algoritmus podáva správny výsledok, nevie však akým hodnotiacim postupom algoritmus k tomuto výsledku dospeje. Pri vynaložení určitého úsilia ešte programátor môže sledovať, aké váhy sú priradené jednotlivým vstupom v jednotlivých vzťahoch na vstupnej vrstve a na čoraz abstraktnejších vnútorných vrstvách, nevie však prečo je práve takéto nastavenie váh dôležité pre správny výsledok. Náročným môže napríklad byť už len určiť, akým spôsobom, a ktoré vstupy zmeniť, aby sa dosiahol určitý výsledok.

⁹ Vo sfére pracovného práva sú odchýlky a upresnenia prípustné najmä podľa čl. 9 ods. 2 písm. b) a h), čl. 22 ods. 2 písm. b), ale predovšetkým podľa čl. 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

¹⁰ Nie povinnosť, na rozdiel od napr. čl. 85 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov, ktoré formuluje, že členské štáty „*zosúladia právo na ochranu osobných údajov podľa tohto nariadenia s právom na slobodu prejavu a právom na informácie vrátane spracúvania na žurnalistické účely a na účely akademickej, umeleckej alebo literárnej tvorby*“. Rovnako v druhom odseku citovaného článku sa používa formulácia „*členské štáty stanovia výnimky a odchýlky*“ z príslušných kapitol Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. V tomto prípade sme preto toho názoru, že členské štáty sú povinné prijať určité výnimky z ochrany osobných údajov, pokiaľ ide o konflikt so slobodou prejavu a s právom na informácie.

upravuje demonštratívny zoznam účelov spracovania osobných údajov, na ktoré sa konkrétnejšie pravidlá môžu vzťahovať.¹¹

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov neuvádza výslovne, čo sa myslí pojmom „*konkrétnejšie pravidlá*“. Tento termín možno interpretovať v zásade dvojako. Po prvé možno daný pojem a pravidlo stanovené v článku 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov vykladať tak, že členské štáty môžu právnu úpravu Všeobecného nariadenia ochrane údajov len spresniť a prispôbiť na špecifické situácie vyplývajúce z pracovnoprávných vzťahov, nesmú sa však od tejto právnej úpravy odchýliť, či prekročiť ňou stanovený rámec. Po druhé možno citované ustanovenie vykladať tak, že členský štát môže prijať za podmienok stanovených v článku 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov osobitnú právnu úpravu, ktorá bude mať povahu výnimiek z pravidiel stanovených Všeobecným nariadením o ochrane údajov.

V prospech prvého výkladu svedčí zaužívaný interpretačný postup, že odchýlky od pravidla je potrebné vykladať zužujúco. Všeobecné nariadenie o ochrane údajov pri tom vo svojich ustanoveniach stanovuje pravidlá spracovania osobných údajov, ktoré sa uplatnia ako pravidlo vo všeobecnosti. Článok 88 naproti tomu predstavuje výnimku v osobitnom prípade spracovania v súvislosti so zamestnaním. V tomto prípade sa výnimočne má použiť konkrétnejšia právna úprava stanovená členským štátom. Dikcia „*môžu stanoviť konkrétnejšie pravidlá*“ pri doslovnom až reštriktívnom výklade znamená spresnenie stanovených pravidiel, nie odchýlenie sa od nich.

Druhý výklad možno oprieť okrem iného o znenie čl. 88 ods. 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov, podľa ktorého konkrétnejšie pravidlá podľa ods. 1 zahŕňajú „*vhodné a osobitné opatrenia*“. Aj pri relatívne reštriktívnom výklade je stále možné uvedené ustanovenie chápať ako oprávnenie prijímať osobitnú – *lex specialis* právnu úpravu vo vzťahu k subsidiárnej úprave podľa Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. Takáto špeciálna úprava sa preto v určitom rozsahu bude od generálnej úpravy môcť odchýliť. Limitom odchýlenia sa pri tomto výklade bude v prvom rade účel ustanovení článku 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov, ktorým je zabezpečenie ochrany práv a slobôd pri spracúvaní osobných údajov zamestnancov (ods. 1) a zaistenie ľudskej dôstojnosti a oprávnených záujmov a základných práv dotknutej osoby (ods. 2). Pri tom bude rozhodujúce skúmať najmä proporcionalitu medzi zásahom do pravidiel spracúvania osobných údajov a práv, ktoré sa nimi chránia na jednej strane, a účinkom, ktorý sa týmto

¹¹ Ide o tieto účely spracovania:

- prijatie do zamestnania,
- plnenie pracovnej zmluvy vrátane plnenia povinností vyplývajúcich z právnych predpisov a kolektívnych zmlúv,
- riadenie, plánovanie a organizácia práce,
- rovnosť a rozmanitosť na pracovisku,
- ochrana zdravia a bezpečnosti pri práci,
- ochrana majetku zamestnávateľa alebo zákazníka,
- uplatňovanie a využívanie práv a výhod súvisiacich so zamestnaním a ukončenie pracovného pomeru.

zásahom v súlade so stanoveným účelom dosiahne. Zároveň by podľa nášho názoru SD EÚ nepripustil, ani ak by právna úprava Všeobecného nariadenia o ochrane údajov bola právnou úpravou prijatou na základe článku 88 zbavená svojho účelu a účinku.

Domnievame sa, že pri aplikovaní prvého výkladu článku 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov by použiteľnosť tohto ustanovenia v praxi bola značne limitovaná a zrejme by nemohla naplniť cieľ, ktorý sa od tejto úpravy očakáva – osobitne upraviť špecifiká, ktoré vznikajú v súvislosti so spracovaním osobných údajov v pracovnoprávných vzťahoch. Preto sa skôr a s prízvukovaním limitov uvedených vyššie prikláňame k druhej alternatíve výkladu. Každopádne, aj v prípade prvého výkladu je prijatie konkrétnych pravidiel na úrovni členských štátov pravdepodobné.

V súlade s bodom 155 Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov budú predmetom úpravy prijatej podľa čl. 88 najmä „*podmienky, za ktorých sa môžu na základe súhlasu zamestnanca spracúvať osobné údaje v súvislosti so zamestnaním, na účely prijatia do zamestnania, plnenia pracovnej zmluvy vrátane plnenia povinností vyplývajúcich z právnych predpisov alebo kolektívnych zmlúv, na účely riadenia, plánovania a organizácie práce, rovnosti a rozmanitosti na pracovisku, ochrany zdravia a bezpečnosti pri práci, ako aj na účely uplatňovania a využívania práv a výhod súvisiacich so zamestnaním na individuálnom alebo kolektívnom základe, a na účely ukončenia pracovného pomeru*“ Je veľmi pravdepodobné, že tieto konkrétne pravidlá sa budú štát od štátu líšiť, preto najmä vo sfére pracovnoprávných vzťahov budú musieť predovšetkým nadnárodní zamestnávateľia a ich personálne oddelenia investovať nemalé úsilie do zosúladovania interných postupov s konkrétnymi pravidlami prijatými v jednotlivých členských štátoch.¹² V tomto smere Všeobecné nariadenie o osobných údajov zlyháva v snahe o jednotnú úpravu vo všetkých členských štátoch.

1.1 Právny základ spracovania osobných údajov

Skúsenosti z praxe naznačujú, že najčastejším právnym základom, ktorý zamestnávateľia aplikujú pri spracovaní osobných údajov svojich zamestnancov je súhlas zamestnanca so spracovaním, najčastejšie vyjadrený v pracovnej zmluve.

Uvedený postup je kritizovaný, pretože v praxi zamestnanec často nemá možnosť zasiahnuť do znenia pracovnej zmluvy a do doložky o udelení súhlasu so spracovaním osobných údajov.¹³ Aj keby takúto možnosť mal, vzhľadom na faktickú nerovnováhu pozíciu pri uzavieraní pracovnej zmluvy, by si často nemohol dovoliť súhlas neudeliť. To isté obdobie platí pre odvolanie súhlasu počas trvania pracovnej zmluvy.

12 Porovnaj: NERINCKX, S., T. VAN CANNEYT a G. GOOSSENS. *The New EU Data Protection Regime from an HR Perspective* [online]. 2016. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <http://www.amcham.be/publications/amcham-connect/2016/march/fieldfisher-gdpr-data-protection-human-resources-hr-perspective>

13 Pozri: tamže.

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov reaguje na vyššie uvedenú prax tým, že výslovné zakotvuje, že súhlas dotknutej osoby je „akýkoľvek slobodne daný, konkrétny, informovaný a jednoznačný prejav vôle dotknutej osoby, ktorým formou vyhlásenia alebo jednoznačného potvrdzujúceho úkonu vyjadruje súhlas so spracúvaním osobných údajov, ktoré sa jej týka“.¹⁴ Uvedená definícia predovšetkým zahŕňa, že súhlas musí byť slobodný. Súhlas nie je preto daný, ak dotknutá osoba nemá skutočnú alebo slobodnú vôľu alebo nemôže odmietnuť či odvolať súhlas bez obavy z nepriaznivých následkov. Preto za okolností, keď medzi postavením dotknutej osoby a prevádzkovateľom je jednoznačný nepomer, a preto nie je pravdepodobné, že sa súhlas poskytol slobodne, nemal by byť takýto súhlas platným právnym dôvodom na spracovanie.¹⁵ Článok 7 ods. 4 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov ďalej stanovuje, že pri posudzovaní slobodnej vôle pri poskytnutí súhlasu sa má zohľadniť, či sa plnenie zmluvy a poskytnutie služby podmieňuje súhlasom so spracúvaním údajov, ktorý nie je na plnenie zmluvy nevyhnutný.

V zmysle vyššie uvedeného preto v súlade so Všeobecným nariadením o ochrane údajov zamestnávateľ nebude môcť podmieňovať uzatvorenie ani trvanie pracovnej zmluvy udelením alebo neodvolaním súhlasu na spracovanie osobných údajov, ak takýto súhlas nie je na plnenie pracovnej zmluvy nevyhnutný. Na druhej strane, ak je spracúvanie osobných údajov nevyhnutné na plnenie pracovnej zmluvy, zamestnávateľ nemusí¹⁶ vyžadovať udelenie súhlasu, pretože takáto okolnosť je sama o sebe zákonným dôvodom na spracovanie osobných údajov.¹⁷

V praxi preto možno predpokladať, že zamestnávatelia prehodnotia zaužívanú prax a pokúsia sa spracúvané osobné údaje naviazať na niektorý z iných právnych základov podľa čl. 6 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov, predovšetkým podľa písm. b)¹⁸ vo vzťahu k spracúvaniu na účely platenia mzdy, rozvrhu pracovných zmien, dovolení, etc. a písm. f)¹⁹ najmä na účely ochrany majetku a záujmov zamestnávateľa, informovania klientov o zamestnancoch etc.

14 Pozri čl. 4 bod 11 a bod 32 a 42 preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

15 Pozri body 42 a 43 preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

16 Podľa čl. 6 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov je spracúvanie „zákonné iba vtedy a iba v tom rozsahu, keď je splnená aspoň jedna“ z podmienok – právnych základov spracovania vymenovaných v tomto ustanovení. Potvrdzuje sa tak možnosť kumulácie týchto právnych základov a nie je vylúčený ani postup, keď si spracovateľ potvrdí spracovanie údajov, ktoré môže spracovať bez súhlasu, aj súhlasom dotknutej osoby. Táto skutočnosť nebola z pôvodného znenia čl. 7 Smernice o ochrane osobných údajov zrejímá.

17 Pozri čl. 6 ods. 1 písm. b) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

18 Spracúvanie nevyhnutné na „plnenie zmluvy, ktorej zmluvnou stranou je dotknutá osoba, alebo aby sa na základe žiadosti dotknutej osoby vykonali opatrenia pred uzatvorením zmluvy“.

19 Spracúvanie je nevyhnutné „na účely oprávnených záujmov, ktoré sleduje prevádzkovateľ alebo tretia strana, s výnimkou prípadov, keď nad takýmito záujmami prevažujú záujmy alebo základné práva a slobody dotknutej osoby, ktoré si vyžadujú ochranu osobných údajov, najmä ak je dotknutou osobou dieťa“.

Prvý z uvedených právnych základov je relatívne úzko vymedzený na okolnosti týkajúce sa zmluvného vzťahu medzi zamestnancom a zamestnávateľom. Druhý právny základ je vymedzený všeobecnejšie oprávneným záujmom, je však limitovaný prípadmi, keď záujmy alebo základné práva zamestnanca ako dotknutej osoby prevažujú. Zamestnávateľ tak musí vykonať test proporcionality, pričom najmä v prípade jurisdikcií s nie príliš ustálenou rozhodovacou činnosťou súdov a iných orgánovej verejnej moci je jeho právna pozícia neistá.

V prípadoch keď zamestnávateľ bude musieť na spracovanie osobných údajov zamestnanca vyžiadať jeho súhlas alebo ak si vyslovením súhlasu chce potvrdiť neistú právnu pozíciu, bude musieť postupovať obozretne. Ideálne by súhlas so spracovaním osobných údajov mal byť naformulovaný na samostatnej listine popri pracovnej zmluve.²⁰ Súhlas by okrem ďalších náležitostí²¹ mal tiež nevyhnutne obsahovať informáciu o možnosti jeho odvolania ideálne s uistením, že odmietnutie alebo odvolanie súhlasu nebude zamestnávateľom postihnuté.²²

2 Automatizované rozhodovanie a profilovanie v pracovnoprávných vzťahoch

Ako bolo naznačené v úvode, aj v pracovnoprávných vzťahoch sa na vyhodnocovanie súborov dát, často vo forme osobných údajov používajú informačné technológie – algoritmy založené napríklad na neurónových sieťach a strojovom učení.

V zmysle čl. 4 bod 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov spracúvanie údajov je operáciou alebo súborom operácií s osobnými údajmi, „*bez ohľadu na to, či sa vykonávajú automatizovanými alebo neautomatizovanými prostriedkami*“. Automatizované spracúvanie preto podlieha pravidlám stanoveným vo Všeobecnom nariadení o ochrane údajov.

Vyššie uvedené algoritmy vykonávajú na účely Všeobecného nariadenia o ochrane údajov tzv. „*profilovanie*“, ktorým v zmysle čl. 4 bod 4. je „*akákoľvek forma automatizovaného spracúvania osobných údajov, ktoré pozostáva z použitia týchto osobných údajov na vyhodnotenie určitých osobných aspektov týkajúcich sa fyzickej osoby, predovšetkým analýzy alebo predvídania aspektov dotknutej fyzickej osoby súvisiacich s výkonnosťou v práci, majetkovými pomermi, zdravím, osobnými preferenciami, záujmami, spoľahlivosťou, správaním, polohou alebo pohybov*“. Ide teda o akési

20 S cieľom vyhnúť sa sporu o to, či zamestnanec mohol pred podpisom pracovnej zmluvy vypracovanej zamestnávateľom zasiahnuť do jej textu a hlavne do textu súhlasu a s cieľom dodržať požiadavky podľa čl. 7 ods. 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. Pozri tiež: MERRELL, L. *EU General Data Protection Regulation – The impact on employers* [online]. 2016. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: http://www.clarkslegal.com/Blog/Post/EU_General_Data_Protection_Regulation_The_impact_on_employers

21 Súhlas musí byť podľa čl. 4 bod 11 a čl. 7 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov slobodný, konkrétny, preukázateľný, jednoznačný, odvolateľný a informovaný na základe zrozumiteľnej jasne a jednoducho formulovanej a odlišiteľnej žiadosti o vyjadrenie súhlasu.

22 S cieľom preukázať možnosť slobodnej voľby zamestnancom.

predpovedanie určitých skutočností o dotknutej osobe na základe počítačového spracovania získaných osobných údajov.

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov sa snaží svojimi ustanoveniami reagovať na a kompenzovať problémy spojené s automatizovaným spracovaním vrátane profilovania naznačené v úvode – náchylnosť nezohľadňovať osobitne významné okolnosti konkrétneho prípadu, riziko diskriminácie a náročnosť pochopenia a odôvodnenia výsledku automatického spracovania. Práva dotknutej osoby a povinnosti prevádzkovateľa vo vzťahu k automatizovanému individuálnemu rozhodovaniu a profilovaniu sú upravené v článku 13 ods. 2 písm. f), článku 14 ods. 2 písm. g), článku 15 ods. 1 písm. h), článok 21 ods. 1 a predovšetkým v článku 22 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.²³

Dotknutá osoba má v zmysle vyššie uvedených ustanovení tieto práva:

1. Právo, aby sa na dotknutú osobu nevzťahovalo rozhodnutie založené výlučne na automatizovanom spracúvaní vrátane profilovania.
2. Ak sa neuplatní vyššie uvedené právo, má dotknutá osoba právo na prijatie vhodných opatrení na ochranu jej práv, slobôd a oprávnených záujmov; toto právo zahŕňa minimálne právo na ľudský zásah, právo na vyjadrenie stanoviska a právo napadnúť automatizované rozhodnutie.
3. Právo na informáciu o existencii automatizovaného rozhodovania vrátane profilovania, ktoré zahŕňa najmenej zmysluplné informácie o použitom postupe a o význame a dôsledkoch spracúvania pre dotknutú osobu.
4. Právo namietat' profilovanie založené na čl. 6 ods. 1 písm. e) alebo f)²⁴ Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

2.1 Právo, aby sa na dotknutú osobu nevzťahovalo automatizované rozhodnutie

Podľa článku 22 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov má dotknutá osoba právo, aby sa na ňu nevzťahovalo automatizované rozhodnutie. Automatizovaným rozhodnutím sa pritom má namysli rozhodnutie, ktoré „je založené výlučne na automatizovanom spracúvaní, vrátane profilovania, a ktoré má právne účinky, ktoré sa jej týkajú alebo ju podobne významne ovplyvňujú“. Možno identifikovať dva pojmové znaky automatizovaného rozhodovania:

1. rozhodnutie je založené výlučne na automatizovanom spracúvaní;
2. rozhodnutie má právne účinky, ktoré sa týkajú dotknutej osoby alebo ju významne ovplyvňujú.

²³ Pozri tiež bod 71 Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

²⁴ Ide o zákonné dôvody na spracúvanie, ktoré je nevyhnutné na splnenie úlohy realizovanej vo verejnom záujme alebo pri výkone verejnej moci, a ktoré je nevyhnutné na účely oprávnených záujmov, ktoré sleduje prevádzkovateľ, ak nad týmito záujmami neprevažujú práva, slobody a záujmy dotknutej osoby.

2.1.1 Rozhodnutie založené výlučne na automatizovanom spracúvaní

V praxi môžu vzniknúť nejasnosti ohľadom výkladu definičného znaku založenia rozhodnutia výlučne na automatizovanom spracúvaní. Má sa toto ustanovenia vykladať tak, že automatizované rozhodnutie je výlučne rozhodnutie, ktoré bolo prijaté úplne bez ľudskej intervencie?²⁵ Alebo je automatizovaným rozhodnutím aj rozhodnutie, ktoré schválila príslušná fyzická osoba, ale výhradne na základe automatizovaného spracovania?²⁶ Je automatizovaným rozhodnutie založené na počítačovom spracovaní, pričom však príslušná osoba zadáva vstupné parametre?²⁷

Bod 71 Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov uvádza ako príklady automatizovaného rozhodovania „automatické zamietnutie online žiadosti o úver alebo elektronické postupy prijímania pracovníkov bez akéhokoľvek ľudskeho zásahu“. V kontexte tohto bodu pri aplikácii gramatického výkladu sa zdá, že akákoľvek ľudská intervencia, hoci len v podobe formálneho potvrdenia výsledku počítačového spracovania bez akejkoľvek kontroly alebo ďalšieho skúmania, stačí na to, aby rozhodnutie nebolo považované za automatizované.

Odišný výsledok prichádza do úvahy pri aplikácii teleologického výkladu. Účelom ustanovenia čl. 22 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov je zabezpečiť, aby súčasťou rozhodovacieho procesu bol ľudský vôľový prvok. Ak je ľudský zásah redukovaný len na formálne potvrdenie hodnotiaceho procesu uskutočneného algoritmom alebo len na stanovenie vstupných premenných tohto hodnotiaceho procesu, nie je tento účel riadne naplnený. Medzi rozhodnutím úplne bez ľudského zásahu a rozhodnutím, pri ktorom človek neaplikuje na spracúvané osobné údaje žiadny myšlienkový alebo hodnotiaci postup nie je podstatný rozdiel. Ľudský zásah je v tomto zmysle aktívna vôľová a hodnotiacia činnosť aspoň nad časťou spracúvaných osobných údajov, na ktorej je rozhodnutie založené. Preto v zmysle tejto interpretácie bude automatizovaným rozhodnutím aj rozhodnutie, v procese ktorého prijímania je ľudský prvok v rozhodovaní zastúpený len formálne.

Konečný výklad citovaného ustanovenia bude musieť poskytnúť zrejme až Európsky výbor pre ochranu údajov na základe čl. 70 ods. 1 písm. f)²⁸ Všeobecného nariadenia

²⁵ Ako príklad uvádzame nasledujúcu situáciu: Algoritmus na základe vstupných dát spočíta výšku odmeny za dobrý pracovný výkon, zadá ju do mzdového systému, na základe čoho bude bez ľudského zásahu táto odmena zahrnutá do mzdy zamestnanca.

²⁶ Algoritmom vypočítaná odmena sa nezadá do mzdového systému automaticky, ale najprv ju formálne potvrdí na to určená osoba, bez toho aby vykonávala vlastné hodnotenie veci, a zadá ju na spracovanie na mzdovom oddelení.

²⁷ Príslušná osoba zadá algoritmu, ktoré vstupy má pri výpočte výšky odmeny zohľadňovať. Analýza vstupných dát je však ako v predchádzajúcich prípadoch zverená výhradne algoritmu.

²⁸ „Výbor zaisťuje konzistentné uplatňovanie tohto nariadenia. Na tento účel výbor z vlastnej iniciatívy, alebo prípadne na žiadosť Komisie, najmä [...] vydáva usmernenia, odporúčania a najlepšie postupy v súlade s písmenom e) tohto odseku s cieľom podrobnejšie určiť kritériá a podmienky pre rozhodnutia založené na profilovaní podľa článku 22 ods. 2“.

o ochrane údajov a Súdny dvor EÚ, pre vylúčenie neistoty však možno odporučiť, aby prevádzkovatelia dôsledne zhodnotili z hľadiska účasti ľudského prvku všetky rozhodovacie procesy s právnymi účinkami na dotknuté osoby alebo na ich právom chránené záujmy. Napríklad ak zamestnanec agentúry dočasného zamestnávania bude chcieť z databázy vybrať vhodných zamestnancov na dočasné pridelenie ku klientovi, môže aj nemusí ísť o automatizované rozhodovanie. Ak na výber zamestnancov použije filtre, ktorými výber postupne zúži len na zamestnancov spĺňajúcich určité konkrétne stanovene požiadavky, nepôjde o automatizované rozhodnutie.²⁹ Ak si však z databázy nechá vybrať vhodných zamestnancov napríklad filtrovaním podľa relevancie, pričom výhradne na základe tohto výberu kladne alebo zamietavo rozhodne o dočasnom pridelení, môže už ísť o automatizované rozhodnutie.³⁰

2.1.2 Rozhodnutie s právnymi účinkami, ktoré sa týkajú dotknutej osoby alebo ju podobne významne ovplyvňujú

Ustanovenie čl. 22 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov sa vzťahuje na automatizované rozhodnutia, ktoré majú právne účinky, teda spôsobujú vznik, zmenu alebo zánik práv a povinností dotknutej osoby. Predmetom uvedeného ustanovenia preto nie sú všetky rozhodnutia založené na automatizovanom spracovaní. Typicky napríklad automatizované rozhodnutie o tom, aká cieľená reklama sa používateľovi internetového e-mailového klienta zobrazí, samo o sebe nemá právne účinky. Na druhej strane automatizované stanovenie výšky variabilnej zložky mzdy bude rozhodnutím v pôsobnosti citovaného ustanovenia, pretože má účinok na obsah práva zamestnanca na mzdu za vykonanú prácu, a to aj napriek tomu, že môže byť sporné posúdiť, či má takéto rozhodnutie povahu právneho úkonu, alebo len výkonu práva zamestnávateľa.

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov rozširuje pôsobnosť práva uplatniť neúčinnosť automatizovaného rozhodovania aj na také rozhodnutia, ktorého právne účinky dotknutú osobu významne ovplyvňujú. Pri zohľadnení textu bodu 71 Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov pôjde napríklad o automatizované rozhodnutie o vyradení uchádzača z výberového konania. Uchádzačovi v tomto prípade nevznikajú, nemenia sa ani nezaničujú práva uchádzača ako dotknutej osoby, napriek tomu je dotknutý dôležitý záujem tejto osoby – záujem zamestnať sa, a Všeobecné nariadenie o ochrane údajov poskytuje dotknutej osobe ochranu.

2.1.3 Obsah práva dotknutej osoby

V odbornej literatúre je sporné, či analyzované ustanovenie predstavuje zákaz automatizovaného rozhodovania s výnimkou podľa ods. 2 citovaného článku, alebo či sa ním

²⁹ Výber konkrétnych filtrov vykonáva zamestnanec na základe svojho uváženia.

³⁰ Zoradenie databázy podľa relevancie prenecháva algoritmu časovo náročné zhodnotenie vstupných údajov vo vzájomných súvislostiach. Rozhodovací proces sa tak prenáša z človeka na počítač.

konštruuje právo dotknutej osoby domáhať sa, aby automatizované rozhodnutie proti nej bolo neúčinné.³¹ V kontexte dikcie prvej vety bodu 71 Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov: „*Dotknutá osoba by mala mať právo nepodliehať rozhodnutiu*“ sa potvrdzuje druhá možnosť. Z tohto dôvodu bude preto rozhodnutie založené na automatizovanom spracúvaní vyvolávať právne účinky, kým dotknutá osoba neuplatní svoje právo, aby sa na ňu toto rozhodnutie nevzťahovalo.

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov neupravuje spôsob uplatnenia práva dotknutej osoby podľa čl. 22 ods. 1. Ako najprirodzenejšie riešenie sa javí prejav vôle – jednostranný adresovaný právny úkon, doručený prevádzkovateľovi. Forma tohto právneho úkonu nie je stanovená, je preto prípustná aj ústna alebo iná forma. Dikcia vyššie citovaných ustanovení vyjadruje, že dotknutá osoba sa môže domáhať, aby nepodliehala rozhodnutiu resp. aby sa na ňu nevzťahovalo. Uvedené naznačuje, že účinky rozhodnutia založeného na automatizovanom spracúvaní uplatnením tohto práva zanikajú *ex tunc*.

Ak bude mať prevádzkovateľ záujem na tom, aby nastúpili právne účinky, ktoré predpokladal pri vydaní rozhodnutia založeného na automatizovanom spracúvaní, bude musieť rozhodnúť znovu, tentokrát inak ako automatizovane. Pri tom možno odporučiť, aby prevádzkovateľ svoje rozhodnutie náležite odôvodnil, aby vylúčil akékoľvek pochybnosti o tom, že išlo len o potvrdenie pôvodného rozhodnutia alebo o nové automatizované rozhodnutie s fiktívnym ľudským zásahom.

2.1.4 Výnimky z práva na neúčinnosť automatizovaného rozhodnutia

Článok 22 ods. 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov upravuje nasledujúce situácie, kedy sa právo dotknutej osoby na neúčinnosť automatizovaného rozhodnutia neuplatní, ak rozhodnutie je:

- a) nevyhnutné na uzavretie alebo plnenie zmluvy medzi dotknutou osobou a prevádzkovateľom; Príkladmi automatizovaného spracovania nevyhnutného na uzavretie zmluvy alebo na plnenie zmluvy v pracovnoprávných vzťahoch môže byť automatizovaný proces prijímania zamestnancov, automatizované rozvrhovanie pracovných zmien, výpočet variabilnej zložky mzdy atď. Do tohto rozsahu podľa nášho názoru nebude patriť napríklad hodnotenie pracovnej výkonnosti zamestnanca alebo uspokojivého plnenia pracovných úloh, pretože v tomto prípade nepôjde o rozhodovanie nevyhnutné pre plnenie pracovnej zmluvy, ale o rozhodovanie nevyhnutné na ochranu záujmov zamestnávateľa.
- b) povolené právom EÚ alebo právom členského štátu, ak toto právo zároveň stanovuje vhodné opatrenia na ochranu práv, slobôd a oprávnených záujmov dotknutej osoby;

³¹ Porovnaj: BOARDMAN, R., J. MULLOCK a A. MOLE. Bird & Bird & guide to the General Data Protection Regulation. *Bird & Bird* [online], 2016, s. 30. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <https://www.twobirds.com/~media/pdfs/gdpr-pdfs/bird—bird—guide-to-the-general-data-protection-regulation.pdf?la=en>

V zmysle bodu 71 Preambuly sa táto výnimka má vzťahovať napríklad na situácie monitorovania podvodov a daňových únikov.

- c) založené na výslovnom súhlase dotknutej osoby; Profilovanie a automatizované rozhodovanie je formou spracovania osobných údajov. Na uvedený súhlas sa preto budú vzťahovať pravidlá vyjadrené v čl. 7 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. Súhlas preto musí byť preukázateľný, daný na základe zrozumiteľnej žiadosti, odvolateľný a slobodný.

V prípadoch uvedených pod písmenom a) a c) vyššie poskytuje Všeobecné nariadenie o ochrane údajov namiesto práva na neúčinnosť alternatívnu formu ochrany dotknutej osoby. Prevádzkovateľ má podľa čl. 22 ods. 3 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov vykonať vhodné opatrenia na ochranu práv, slobôd a chránených záujmov dotknutej osoby. Minimálny rozsah týchto opatrení zahŕňa právo vyjadriť svoje stanovisko, právo napadnúť rozhodnutie a právo na ľudský zásah zo strany prevádzkovateľa.

Vo vzájomnom účinku vyššie uvedené práva znamenajú, že automatizované rozhodnutie prevádzkovateľa nemá konečný charakter, pretože na základe prejavu vôle dotknutej osoby musí prevádzkovateľ rozhodnutie preskúmať. V prípade preskúmania nemôže opäť aplikovať výlučne automatizované spracovanie osobných údajov a do rozhodovacieho procesu musí vstúpiť myšlienkový a hodnotiaci proces fyzickej osoby. Prevádzkovatelia sa z týchto dôvodov musia pripraviť na to, že efektívnosť automatizovaných rozhodovacích procesov sa môže existenciou týchto práv znížiť.

Domnievame sa, že rozdiel medzi právom na neúčinnosť rozhodnutia podľa ods. 1 a právom napadnúť rozhodnutie podľa ods. 3 skúmaného ustanovenia spočíva hlavne v tom, že v prípade uplatnenia prvého práva musí prevádzkovateľ vydať nové rozhodnutie, ktorého účinky nastanú až jeho vydaním a prípadne oznámením dotknutej osobe, zatiaľ čo v prípade druhého práva, ak prevádzkovateľ napadnuté rozhodnutie potvrdí, jeho účinky na dotknutú osobu zostanú zachované.³²

2.1.5 Zákaz automatizovaného rozhodovania na základe osobitných kategórií osobných údajov

Výnimka podľa čl. 22 ods. 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov sa podľa ods. 4 neuplatní na rozhodnutia založené na osobitných kategóriách osobných údajov.³³ Preto, aj v prípade, že by prevádzkovateľ mohol uplatniť niektorú z výnimiek zákazu spracovania osobitných kategórií osobných údajov podľa čl. 9 ods. 2 Všeobecného nariadenia

³² Ak by napadnutie rozhodnutia podľa čl. 22 ods. 3 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov malo za následok, že účinky voči dotknutej osobe bude mať až rozhodnutie založené na ľudskom zásahu, nebol by medzi analyzovanými právami v zásade rozdiel a odlišná právna úprava by ods. 1 a ods. 2 a 3 citovaného článku by stratila opodstatnenie.

³³ Tými sa majú podľa čl. 9 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov namysliť údaje o rasovom alebo etnickom pôvode, politických názoroch, náboženskom alebo filozofickom presvedčení alebo členstve v odborových organizáciách, genetické údaje, biometrické identifikačné údaje a údaje o zdraví, sexuálnom živote a sexuálnej orientácii.

o ochrane údajov, dotknutá osoba by mohla uplatniť neúčinnosť automatizovaného rozhodnutia založeného na spracovaní takýchto osobných údajov.

Vyššie uvedené sa v zmysle čl. 22 ods. 4 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov neuplatní, ak:

1. spracovanie osobitných kategórií osobných údajov je odôvodnené:
 - a) výslovným súhlasom so spracúvaním týchto osobných údajov na stanovený účel, ak nie je v práve EÚ alebo v práve členského štátu stanovené, že zákaz spracovania nemožno zrušiť; alebo
 - b) nevyhnutnosťou z dôvodov významného verejného záujmu;³⁴
2. prevádzkovateľ zaviedol vhodné opatrenia na zaručenie práv a slobôd a oprávnených záujmov dotknutej osoby. Predovšetkým by malo byť zaručené súkromie a dôstojnosť dotknutej osoby, a keďže ide o rozhodovací proces, právo na rovnaké zaobchádzanie.

Na tomto mieste si dovoľíme upozorniť na nedostatky, na ktoré vo vzťahu k automatizovanému spracovaniu osobitných kategórií osobných údajov upozorňuje odborná literatúra: Vylúčenie osobitných kategórií osobných údajov z automatizovaného spracovania neznamená, že výsledok tohto spracovania nebude týmito osobnými údajmi ovplyvnený. Tieto osobné údaje totiž môžu mať vzťah k iným spracúvaným osobným údajom. S cieľom zabezpečiť spracovanie osobných údajov bez diskriminácie, tak ako to požaduje bod 71 druhý pododsek Preambuly Všeobecného nariadenia o ochrane údajov by sa tak mohol čl. 22 ods. 4 interpretovať rozširujúco aj na osobné údaje v korelácii s osobitnými kategóriami osobných údajov. Vzhľadom na komplexnosť vzťahov medzi množstvom jednotlivých údajov, ktoré obvykle podliehajú profilovacím algoritmom by bola takáto požiadavka prakticky nerealizovateľná. Jeden výklad ustanovenia Všeobecného nariadenia o ochrane údajov tak neposkytuje očakávanú úroveň ochrany a druhý zase je nemožné alebo aspoň mimoriadne náročné v praxi realizovať.³⁵

Na druhej strane vyššie uvedený problém do určitej miery moderuje v prvom rade právo dotknutej osoby namietat' rozhodnutie a požadovať ľudský zásah a v druhom rade práva na úpravu zákazu diskriminácie. Rozhodnutie založené na spracovaní osobných údajov, ktoré sú navonok napríklad rasovo a etnicky neutrálne, ale sú s rasou a etnikom dotknutej osoby v silnej korelácii, môže podľa nášho názoru založiť nepriamu diskrimináciu. Či sú tieto právne garancie dostatočné na ochranu práv, slobôd a oprávnených záujmov dotknutých osôb ukáže až čas, je však potrebné byť si uvedených rizík vedomý.

³⁴ Pre podrobnosti pozri čl. 9 ods. 2 písm. g) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

³⁵ Porovnaj: GOODMAN, B. a S. FLAXMAN. European Union Regulations on Algorithmic Decision-making and a „Right to Explanation“ In: *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning* [online]. In: *arXiv preprint arXiv:1606.08813*. 2016, s. 4. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>

2.2 Právo namietat' profilovanie

Profilovanie ako osobitnú formu spracúvania je za splnenia určitých podmienok možné uskutočňovať aj bez súhlasu dotknutej osoby. Vzhľadom na to, že takéto spracúvanie hoci na základe zákonných dôvodov, by mohlo predstavovať vážny zásah do práv, slobôd a oprávnených záujmov dotknutej osoby, upravuje čl. 21 ods. 1 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov právo dotknutej osoby namietat' profilovanie.

Právo namietat' profilovanie je citovaným ustanovením limitované len na profilovanie na základe čl. 6 ods. 1 písm. e)³⁶ alebo f)³⁷ Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. Právo namietat' profilovanie sa, na rozdiel od práv vzťahujúcich sa k automatizovanému rozhodovaniu, uplatní aj v prípade ak výsledkom profilovania nie je rozhodnutie s právnymi účinkami voči dotknutej osobe.

Účinok uplatnenia námietky profilovania spočíva v tom, že prevádzkovateľ nesmie ďalej spracúvať osobné údaje. Tento zákaz môže prekonať, len ak alternatívne preukáže že:

1. dôvody, ktoré viedli k spracúvaniu bez súhlasu dotknutej osoby sú nevyhnutné a prevažujú nad záujmami, právami a slobodami dotknutej osoby. Prevádzkovateľ tak musí preukázať, že zásah do práv dotknutej osoby absolvuje test nevyhnutnosti a primeranosti;
2. spracúvanie je odôvodnené preukazovaním, uplatňovaním alebo obhajovaním právnych nárokov. V tomto prípade má európsky zákonodarca za to, že spracúvanie na tento účel automaticky spĺňa test nevyhnutnosti a primeranosti automaticky.

2.3 Informačné právo

Podľa článku 13 ods. 2 písm. f) a článku 14 ods. 2 písm. g) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov má prevádzkovateľ povinnosť poskytnúť dotknutej osobe informáciu o existencii „*automatizovaného rozhodovania vrátane profilovania uvedené v článku 22 ods. 1 a 4 a aspoň v týchto prípadoch zmysluplné informácie o použitom postupe, ako aj význame a predpokladaných dôsledkoch takeéhoto spracúvania pre dotknutú osobu*“. Uvedeným povinnostiam prevádzkovateľa zodpovedá právo dotknutej osoby na prístup k informáciám podľa čl. 15 ods. 1 písm. h) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

Článok 13 ods. 2 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov ustanovuje, že informácie uvedené vyššie sa dotknutej osobe poskytnú pri získavaní osobných údajov. V prípade,

³⁶ „Spracúvanie je nevyhnutné na splnenie úlohy realizovanej vo verejnom záujme alebo pri výkone verejnej moci zverenej prevádzkovateľovi“.

³⁷ „Spracúvanie je nevyhnutné na účely oprávnených záujmov, ktoré sleduje prevádzkovateľ alebo tretia strana, s výnimkou prípadov, keď nad takýmito záujmami prevažujú záujmy alebo základné práva a slobody dotknutej osoby, ktoré si vyžadujú ochranu osobných údajov, najmä ak je dotknutou osobou dieťa“.

že spracúvané osobné údaje sa získali z iných zdrojov ako od dotknutej osoby, má sa informácia poskytnúť:

- a) v primeranej lehote, najneskôr však do jedného mesiaca od získania osobných údajov;
- b) v čase prvej komunikácie s dotknutou osobou, ak sa osobné údaje majú použiť na komunikáciu s dotknutou osobou;
- c) ak sa predpokladá poskytnutie osobných údajov ďalšiemu príjemcovi, tak najneskôr v čase prvého takéhoto poskytnutia osobných údajov.

Domnievame sa, že v prípade automatizovaného rozhodovania a profilovania nebude možné uplatniť čl. 14 ods. 5 písm. b) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov, ktorý upravuje výnimku z povinnosti informovať o spracúvaní osobných údajov získaných inak ako od dotknutej osoby z dôvodu neprimeraného úsilia spojeného s informovaním alebo pre pravdepodobnosť znemožnenia alebo závažného sťaženia dosiahnutia výsledkov spracúvania. Automatizované rozhodovanie a profilovanie vyvoláva vo vzťahu k dotknutej osobe právne účinky alebo ju inak významne ovplyvňuje. Ak prevádzkovateľ má k dispozícii kontaktné údaje dotknutej osoby, úsilie na informovanie dotknutej osoby o automatizovanom rozhodnutí nemôže byť neprimerané.³⁸ Navyše, v bežnom obchodnom alebo pracovnom styku spravidla splnenie informačnej povinnosti o spracúvaní osobných údajov neznesie dosiahnutie výsledkov spracúvania.

Všeobecné nariadenie o ochrane údajov neupravuje, ako postupovať v prípade, že prevádzkovateľ zavádza systém automatizovaného rozhodovania až potom, čo už osobné údaje získal. Domnievame sa, že v tomto prípade bude vhodné uplatniť obdobný postup ako v prípade zmeny účelu spracovania už získaných osobných údajov³⁹, a teda že informáciu o zavedení automatizovaného rozhodovania prevádzkovateľ oznámi pred začatím spracúvania osobných údajov týmto spôsobom.

V praxi na základe vyššie uvedeného v prípade automatizovaného rozhodovania o prijatí do zamestnania bude musieť zamestnávateľ oznámiť uchádzačovi o zamestnanie, že používa systém automatizovaného rozhodovania už v inzercii voľného pracovného miesta napríklad pri vyplňaní online formulára žiadosti o zaradenie do výberu. Zamestnávateľ tiež musí uchádzačovi o zamestnanie oznámiť, že predmetom automatizovaného rozhodovania sú aj osobné údaje z iných zdrojov, napríklad zo sociálnych sietí, rôznych registrov etc., s uvedeným tohto zdroja.⁴⁰ Oznámenie musí uskutočniť pri prvej komunikácii

³⁸ O to viac to platí v prípade, že takéto informovanie je pri súčasnom stave technológií tiež možné uskutočniť automatizovaným spôsobom.

³⁹ Pozri článok 13 ods. 3 a čl. 14 ods. 4 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov.

⁴⁰ Informovanie o spracúvaní takýchto osobných údajov sa nevzťahuje len na automatizované rozhodnutie, ale na akékoľvek spracovanie. Pozri čl. 14 ods. 2 písm. f) Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. K právnym aspektom získavania osobných údajov o zamestnancovi resp. uchádzačovi o zamestnanie s iných zdrojov pozri literatúru uvedenú v poznámke č. 5.

s uchádzačom⁴¹ alebo do jedného mesiaca od získania takýchto údajov, a to aj v prípade neprijatia uchádzača.

Súčasťou povinnosti informovať o zavedenom postupe automatizovaného rozhodovania vrátane profilovania je poskytnutie zmysluplných informácií o použitom postupe a o význame a predpokladaných dôsledkoch automatizovaného spracúvania. V tejto súvislosti pripomíname poznatky naznačené v úvode, že rozhodovací proces profilovacieho algoritmu založeného na neurónovej sieti trénovanej strojovým učením je mimoriadne náročný na analýzu a zdôvodnenie. Preto bude pre prevádzkovateľov osobitne zložité splniť požiadavku zmysluplnosti informácií o použitom postupe.

Ťažkosti možno v praxi predpokladať už pri výklade obsahu požiadavky zmysluplnosti informovania. Do akej miery má dotknutá osoba pochopiť automatizovaný proces rozhodovania? Stačí, ak sa jej oznámi, že sa za účelom rozhodnutia spracúvajú vo vzájomných súvislostiach jej osobné údaje, a o ktoré osobné údaje ide? Stačí ak pochopí, akým spôsobom algoritmus pracuje, ale bez toho, aby poznala aké váhy sú priradené jednotlivým jej osobným údajom vo vzťahoch s ostatnými osobnými údajmi? Alebo naopak má dotknutá osoba poznať akú relevanciu majú jednotlivé vstupné dáta – osobné údaje vo vzťahu k stanoveniu výsledku – rozhodnutia? Domnievame sa, že zmysluplná informácia má dotknutej osobe:

- a) umožniť informovane uplatniť svoje právo podľa čl. 22 ods. 3 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov – t. j. právo vyjadriť svoje stanovisko a právo napadnúť rozhodnutie; Dotknutá osoba nemôže v plnosti uplatniť toto právo, ak nevie vhodne odôvodniť jeho nesprávnosť alebo nespravodlivosť. Dotknutá osoba nemôže riadne odôvodniť svoju námietku, ak nie je primerane informovaná o skutočnostiach, ktoré sú rozhodujúce pre prijatie rozhodnutia.
- b) poskytnúť v čo najprístupnejšej podobe a čo možno najpresnejšie vedomosť o tom, aké požiadavky musí splniť, aby výsledok rozhodnutia bol kladný, resp. aké okolnosti majú za následok negatívne rozhodnutie. Automatizované rozhodovanie sa zavádza s cieľom dosahovať objektívne výsledky. Na druhej strane implementácia rozhodovacieho algoritmu je často spojená s veľkou mierou netransparentnosti a neistoty. Považujeme za legitímne, aby bola dotknutá osoba informovaná o požiadavkách a predpokladoch podmieňujúcich kladné rozhodnutie, pretože inak by nemala možnosť prispôbiť svoje správanie a iné okolnosti tak, aby mohla takéto kladné rozhodnutie dosiahnuť. V opačnom dôsledku môže byť celkom vylúčená z účinkov, ktoré by dosiahla kladným rozhodnutím.

Z vyššie uvedených dôvodov uzatvárame, že požiadavka zmysluplnnej informácie bude naplnená, ak bude dotknutá osoba v čo najzrozumiteľnejšie forme poznať význam jednotlivých vstupných premenných – osobných údajov, vo vzťahu k výsledku. Vzhľadom

⁴¹ Napríklad pri rozhodnutí o postúpení do ďalšieho kola pohovoru, pri rozhodnutí o prijatí alebo neprijatí na pracovnú pozíciu.

na komplexnosť profilovacích algoritmov môže byť vysvetlenie rozhodovania vo všetkých súvislostiach nemožné, nevhodné alebo v rozpore s požiadavkou na zrozumiteľnosť. Preto zrejme bude postačovať vysvetlenie najdôležitejších premenných a vzťahov ovplyvňujúcich výsledok rozhodnutia.

Vo vyššie naznačených súvislostiach Všeobecné nariadenie o ochrane údajov predstavuje veľkú výzvu pre vývojárov profilovacích algoritmov, ktorí by svoju pozornosť nemali zameriavať len na vývoj pokročilejších analytických systémov, ale tiež na vývoj algoritmov, ktoré budú analyzovať práve rozhodovací proces profilovacieho algoritmu, tak aby ako výstup poskytli človeku zrozumiteľné dáta o „myšlienkovom procese“ profilovacieho algoritmu.⁴²

Informačné právo zahŕňa okrem práva na informácie o existencii a použitom postupe automatizovaného rozhodovania aj právo na informácie o význame a predpokladaných dôsledkoch takéhoto spracovania pre dotknutú osobu. S cieľom umožniť uplatnenie práv podľa čl. 22 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov je podľa nášho názoru toto právo potrebné vykladať tak, že prevádzkovateľ je povinný informovať dotknutú osobu aj o práve na neúčinnosť, práve na ľudský zásah, práve na vyjadrenie stanoviska a práve napadnúť automatizované rozhodnutie.

Záver

K najpodstatnejším zmenám v právnej úprave spracúvania osobných údajov v pracovnoprávných vzťahoch, ktoré sa zavedú Všeobecným nariadením o ochrane údajov patrí unifikácia právnej úpravy a podrobná právna úprava reagujúca na profilovanie a rozhodovanie založené na automatizovanom spracúvaní osobných údajov. V tomto príspevku sme analyzovali dopad, ktorý nová právna úprava v pracovnoprávných vzťahoch prinesie.

Unifikáciu spracúvania vo sfére pracovnoprávných vzťahov sa zrejme nepodarí v plnej miere dosiahnuť, pretože čl. 88 Všeobecného nariadenia o ochrane údajov dovoľuje členským štátom prijať osobitnú právnu úpravu rozvíjajúcu pravidlá spracúvania osobných údajov s cieľom ochrany práv a záujmov účastníkov pracovnoprávných vzťahov. Dá sa pritom predpokladať, že tieto osobitné opatrenia sa budú štát od štátu líšiť. Prispôbenie procesov spracúvania osobných údajov zamestnancov v nadnárodných spoločnostiach na vnútroštátne pomery zrejme naďalej zostane náročnou úlohou.

Nová právna úprava vo viacerých smeroch posilňuje ochranu práv zamestnanca. Za osobitne dôležité považujeme spresnenie požiadaviek na súhlas so spracovaním osobných

⁴² Porovnaj: GOODMAN, B. a S. FLAXMAN. European Union Regulations on Algorithmic Decision-making and a „Right to Explanation“ In: *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning* [online]. In: *arXiv preprint arXiv:1606.08813*. 2016, s. 7. [cit. 2016-12-23]. Dostupné z: <https://arxiv.org/pdf/1606.08813.pdf>

údajov. Akonáhle sa začne Všeobecné nariadenie o ochrane údajov uplatňovať, nebude možné podmieňovať uzatvorenie alebo trvanie pracovnej zmluvy poskytnutím a neodvolaním súhlasu na spracovanie osobných údajov, ak takéto spracovanie nebude pre zamestnávateľa ako prevádzkovateľa nevyhnutné. Ak spracovanie bude nevyhnutné, zrejme si nebude musieť súhlas žiadať, pretože v týchto prípadoch prichádzajú do úvahy zákonné dôvody na spracovanie osobných údajov. Preto predpokladáme, že zamestnávateľa prehodnotia v budúcnosti právny základ, o ktorý budú opierať spracúvanie osobných údajov zamestnancov.

Ochrana práv zamestnancov sa posilňuje aj v prípade rozhodovania založeného na automatizovanom spracúvaní osobných údajov zamestnancov vrátane profilovania. Určitým nedostatkom v tejto právnej úprave je, že nie je dostatočne zrejмый pojem automatizovaného rozhodovania. Aplikovaním príslušných výkladových metód sme uzavreli, že automatizovaným rozhodnutím je najpravdepodobnejšie rozhodnutie, pri ktorom absentuje ľudský zásah. Ľudským zásahom pri tom nie je akékoľvek zapojenie fyzickej osoby do rozhodovacieho procesu, ale len také, pri ktorom je výsledok rozhodnutia priamo ovplyvnený ľudským hodnotiacim myšlienkovým procesom.

Zamestnanci budú mať vo vzťahu k automatizovanému rozhodovaniu právo, aby sa takéto rozhodnutie na nich nevzťahovalo alebo alternatívne, aby sa mohli k takémuto právu vyjadriť a napadnúť ho, pričom majú tiež právo na ľudský zásah. Zamestnanci tiež budú mať právo namietať profilovanie vykonávané z určitých dôvodov, ktoré je potrebné podrobiť testu primeranosti a nevyhnutnosti vo vzťahu k zásahu do práv zamestnanca. Výsledkom bude právny stav, že automatizované rozhodnutie bude voči zamestnancovi na jeho námietku buď od počiatku neúčinné, alebo budú jeho účinky musieť byť potvrdené rozhodnutím s ľudským zásahom.

Vyššie uvedené práva podporuje právo zamestnancov byť informovaní o tom, že sa o nich rozhoduje na základe automatizovaného spracúvania, a aké to môže mať pre nich dôsledky. Tiež budú mať právo byť poučení o použitom postupe rozhodovania, ktoré podľa nášho názoru zahŕňa aspoň informácie o tom, ktoré skutočnosti majú najväčší význam a aký je ich význam pri stanovení výsledku procesu automatizovaného rozhodovania. Len tak môže byť v plnosti uskutočniteľné právo zamestnanca vyjadriť sa k a namietať automatizované rozhodnutie.

Uzatvárame, že nová právna úprava spracúvania osobných údajov môže mať po odstránení výkladových ťažkostí výrazne pozitívny vplyv na ochranu práv zamestnancov, pretože reaguje na problémy, ktoré sa objavili v praxi. Na možnú nekompetentnosť profilovacích algoritmov zohľadniť dôležité osobitné skutočnosti prípadu reaguje právna úprava právom na neúčinnosť automatizovaného rozhodnutia a právom na ľudský zásah. Otázku netransparentnosti rozhodovania založeného na komplexných algoritmoch kompenzuje právom na informácie. Právo na neúčinnosť a právo na ľudský zásah a zákaz spracúvať osobitné kategórie osobných údajov sú spolu so zákazom nepriamej

diskriminácie zároveň nástrojom na vylúčenie diskriminácie, a to do určitej miery dokonca aj v prípade, ak osobné údaje, ktoré môžu založiť diskrimináciu nie sú predmetom spracovania, ale napriek tomu majú na výsledok vplyv kvôli korelácii s inými dátami.

Na druhej strane Všeobecné nariadenie o ochrane osobných údajov otvára v prípade automatizovaných rozhodnutí a profilovania nové výzvy pre prevádzkovateľov. Bude potrebné, aby zamestnávatelia vyhodnotili všetky procesy pri ktorých sú súčasťou spracúvania osobných údajov informačné technológie a vyhodnotili, či ide o automatizované rozhodnutie alebo nie. V konkrétnych prípadoch to môže byť náročná úloha. Ďalej budú musieť mať pripravený personál, ktorý bude rozhodovať v prípade, že bude uplatnené právo na neúčinnosť alebo právo na ľudský zásah. V súvislosti s právom na informácie budú musieť zamestnávatelia od vývojárov profilovacích algoritmov požadovať, aby vytvorili softvérové riešenia, ktoré zamestnávateľom umožní zamestnancov a uchádzačov o zamestnanie komplexne informovať o automatizovanom rozhodovacom procese.

Vzhľadom na to, že Všeobecné nariadenie o ochrane údajov sa bude uplatňovať až od 25. 05. 2018, je možné, že v praxi nastanú pri uplatňovaní novej právnej úpravy ďalšie problémy, ktoré v tomto čase ešte nemožno predpokladať.