

TARTU ÜLIKOOL
ÕIGUSTEADUSKOND

Eraõiguse osakond

Helen Tammela

TÖÖTAJATE ÕIGUSTE KAITSE ALGORITMILISE JUHTIMISE KORRAL

Magistritöö

Juhendaja: Prof. Merle Erikson

Tartu

2022

SISUKORD

SISSEJUHATUS	4
1. Töötaja diskrimineerimise keeld algoritmilise juhtimise korral.....	10
1.1. Otsene või kaudne diskrimineerimine?	10
1.2. Kaudse diskrimineerimise õigustatus.....	15
1.3. Diskrimineerimise tuvastamine ja tõendamine	19
1.3.1. Diskrimineerimise tuvastamine	19
1.3.2. Diskrimineerimise tõendamine.....	20
1.4. Diskrimineerimise ärahoidmine läbi andmetöötuse põhimõtete.....	22
1.5. Diskrimineerimise ärahoidmine läbi tehisintellektisüsteemide kasutamise erinõuete	26
2. Töötaja isikuandmete töötlemise alused ja põhimõtted algoritmilise juhtimise korral	30
2.1. Isikuandmete töötlemise õiguslik alus	30
2.1.1. Töötaja nõusolek	30
2.1.2. Lepingu sõlmimine või täitmine.....	32
2.1.3. Tööandja õigustatud huvi	33
2.2. Isikuandmete töötlemise eesmärgipärasus	38
2.3. Isikuandmete töötlemise läbipaistvus.....	41
3. Töötaja isikuandmete töötlemine automatiseeritud otsuse tegemisel algoritmilise juhtimise korral	46
3.1. Osaliselt ja täielikult automatiseeritud juhtimisotsuse eristamine	46
3.2. Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva juhtimisotsuse tegemine	49
3.3. Otsuse tegemisel kasutatavad isikuandmed	55
3.4. Töölepingu automatiseeritud ülesütlemine	58
KOKKUVÕTE	60
PROTECTION OF EMPLOYEES' RIGHTS IN THE CASE OF ALGORITHMIC MANAGEMENT	67

KASUTATUD KIRJANDUS	75
KAUSTATUD ÕIGUSAKTID	80
KASUTATUD KOHTULAHENDID	81

SISSEJUHATUS

Algoritmilise juhtimise mõiste sõnastasid esmakordselt M. K. Lee, D. Kusbit, E. Metsky ja L. Dabbish. Nende definitsiooni järgi hõlmab algoritmiline juhtimine tarkvaraalgoritme, mis võtavad üle juhtimisfunktsioone, ja ümbritsevaid institutsionaalseid mehhanisme, mis algoritme toetavad.¹ Hiljem on algoritmilist juhtimist defineeritud ka kui tööjõu juhtimise, koordineerimise ja administreerimise osalist või täieliku automatiseerimist² ning kui tarkvaraalgoritmide kasutamist eesmärgiga automatiseerida organisatsioonilisi funktsioone, mida traditsiooniliselt täidavad inimjuhid.³ Seejuures kasutatakse mõistet „algoritm“ infotehnoloogilises tähenduses ehk silmas peetakse arvutiprogrammeeritud protseduure sisendandmete teisendamiseks soovitud väljundiks.⁴

Käesolev magistritöö lähtub A. Mateescu ja A. Nguyeni pakutud definitsioonist, mis töö autori hinnangul annab kõige parema pildi algoritmilise juhtimise erinevatest aspektidest. A. Mateescu ja A. Nguyen defineerivad algoritmilist juhtimist kui kogumit mitmesugustest tehnoloogilistest vahenditest ja meetoditest töötajate kaugjuhtimiseks, kasutades andmete kogumist ja töötajate järelevalvet, et võimaldada automatiseeritud ja pool-automatiseeritud otsuste tegemist.⁵

Personalitöös kasutatavad algoritmilise juhtimise süsteemid suudavad teha otsuseid või anda soovitusi üksikisikute kohta statistiliste andmete või tarkvara kasutaja esitatud tingimuste põhjal. Algoritmilise juhtimise abil saab näiteks lihtsustada või täielikult automatiseerida töökohale kandideerijate elulookirjeldustest ja motivatsioonikirjadest parimate valimist⁶,

¹ Lee, M.K. jt. Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers. – 33rd Annual ACM SIGCHI Conference. New York: ACM Press 2015.

² Jarrahi, M. H. jt. Algorithmic management in a work context. – Big Data & Society July–December 2021, lk 1.

³ Wood, A. J. Algorithmic Management. Consequences for Work Organisation and Working Conditions. – JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology 2021/7, lk 1.

⁴ Kellogg, K.C., Valentine, M., Christin, A. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. – Academy of Management Annals 2020/1, lk 341.

⁵ Mateescu, A., Nguyen, A. Explainer Algorithmic Management in the Workplace. New York: Data & Society 2019, lk 3.

⁶ Dastin, J. Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. Reuters 11.10.2018. – <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (13.04.2021).

töötaja töökohale sobivuse hindamist⁷, töötaja produktiivsuse jälgimist⁸, aga ka ennustada, kui kauaks töötaja töökohale jääda soovib⁹.

Algoritmilise juhtimisega kaasneb diskrimineerimise ja töötaja suhtes ebaõiglase otsuse tegemise risk, sest andmed, mida algoritm otsuse tegemisel kasutab, võivad olla kallutatud. Masinõppe algoritm võib käituda diskrimineerivalt ka andmete põhjal, mis vaid viitavad kaudselt, et tegemist on mõnda kaitstud gruppi kuuluva isikuga.¹⁰ Masinõppe algoritm, on tarkvara, mis on võimeline omandama teadmisi, leides mustreid talle esitatud algandmetes.¹¹ Näiteks võib selline algoritm teha järelduse, et tegemist on naiskandidaadiga, sest elulookirjeldus sisaldab sõnu „naiste malemeister“, ja anda kandidaadile halvema hinnangu, sest enamus selle valdkonna töötajatest on mehed.¹² Seejuures võib otsuse põhjus jääda arusaamatuks algoritmi keerukuse ja läbipaistmatuse tõttu.¹³ Selliste algoritmide massiline kasutamine võib piirata teatud ühiskonnagruppide juurdepääsu tööle ja töötajate võimalusi oma õiguste kaitsmiseks.

Jälgimise automatiseerimine lubab jälgida töötajate käitumist ja produktiivsust täpsemalt.¹⁴ Näiteks on Itaalias kasutusel algoritmilise juhtimise süsteem, mille abil saavad laotöötajad juhiseid läbi individuaalse vöötkoodilugeja. Tarkvara jälgib töötajate ja laos olevate esemete asukohti ning määrab ladustamist vajava eseme töötajale, lähtudes töötaja asukohast.¹⁵ Vöötkoodilugeja annab töötajale ka ülesannete täitmise täpse järjekorra, kindla teekonna, mida mööda liikuma peab ning aja, mille jooksul ülesanne tuleb täita.¹⁶ Samuti on võimalik kasutada

⁷ Bogen, M. All the Ways Hiring Algorithms Can Introduce Bias. Harvard Business Review 6.05.2019. – <https://hbr.org/2019/05/all-the-ways-hiring-algorithms-can-introduce-bias> (13.04.2021).

⁸ Wood, A. J., lk 6.

⁹ Holtom, B., Allen, D. Better Ways to Predict Who's Going to Quit. Harvard Business Review 16.08.2019. – <https://hbr.org/2019/08/better-ways-to-predict-whos-going-to-quit> (21.11.2021).

¹⁰ Orwat, C. Risks of Discrimination through the Use of Algorithms. A study compiled with a grant from the Federal Anti-Discrimination Agency. 2020, lk 54.

¹¹ Xenidis, R., Senden, L. EU Non-Discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination. – Bernitz, U jt (toim). General Principles of EU law and the EU Digital Order. Kluwer Law International 2020, lk 3.

¹² Dastin, J.

¹³ World Economic Forum Global Future Council on Human Rights 2016-2018. White paper: How to Prevent Discriminatory Outcomes in Machine Learning. World Economic Forum 2018. – <https://www.weforum.org/whitepapers/how-to-prevent-discriminatory-outcomes-in-machine-learning> (25.04.2022), lk 7.

¹⁴ Gaudio, G. Algorithmic Bosses Can't Lie! How to Foster Transparency and Limit Abuses of the New Algorithmic Managers. 2021. – https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3927954# (21.11.2021).

¹⁵ Delfanti, A. Machinic dispossession and augmented despotism: Digital work in an Amazon warehouse. – New Media & Society 2021/1, lk 46.

¹⁶ Delfanti, A., lk 47.

tööandja autodes tarkvara, mis jälgib nii juhti kui ka teed ning juhendab juhti näiteks mitte tegema planeerimata peatusi.¹⁷ Sellised programmid koguvad töötajate kohta andmeid, mille põhjal jälgitakse ülesannete täitmise kiirust ja võrreldakse töötajate produktiivsust.¹⁸ Vähemalt ühes Amazoni laos Ameerika Ühendriikides on ka töölepingu ülesütlemine töötaja madala produktiivsuse tõttu täielikult automatiseeritud – algoritmilise juhtimise süsteem jälgib, kui kiiresti töötaja tööülesandeid täidab ning kui töötaja ei täida korduvalt töönormi, ütleb süsteem töölepingu üles ilma inimese sekkumiseta.¹⁹ Samuti on Ühendkuningriigis kasutusel programm, mis kas kinnitab või tühistab töötaja töögraafiku sõltuvalt tema produktiivsusest.²⁰

Töötajate automatiseeritud kontroll suurendab tööandja mõjuvõimu töötajate üle. Vähene otsustusvabadus tööülesannete täitmisel vähendab aga töötajate heaolu.²¹ Uuringutes on ka leitud, et töötajate juhtimise automatiseerimine suurendab töötempot, pikendab tööpäevi ja muudab töö pingelisemaks.²²

Euroopa Komisjoni hinnangul on tehisintellektirakenduste kasutamise puhul värbamisprotsessides ja töötajate õigusi mõjutavates olukordades tegemist kõrge riskitasemega tegevusega.²³ Mõiste tehisintellekt hõlmab tehnoloogilisi lahendusi, mille eesmärgiks on inimese arule iseloomulike tegevuste (näiteks iseseisev otsuste vastu võtmine) jälgendamine.²⁴ Tehisintellektirakendused võivad olla osaks algoritmilise juhtimise süsteemist.

Seega on magistritöö teema aktuaalne, sest tehnoloogia arenguga muutuvad algoritmilise juhtimise süsteemid aina levinumaks ning seavad seejuures ohtu töötajate õiguse privaatsusele ja võrdsele kohtlemisele.

¹⁷ Palmer, A. Amazon is using AI-equipped cameras in delivery vans and some drivers are concerned about privacy. CNBC, 3.02.2021. – <https://www.cnn.com/2021/02/03/amazon-using-ai-equipped-cameras-in-delivery-vans.html> (17.01.2022).

¹⁸ A. Delfanti, lk 48, 50.

¹⁹ Lecher, C. How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for 'productivity'. 25.04.2019. – The Verge. <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> (25.04.2022).

²⁰ Gent, C. The Politics of Algorithmic Management. PhD Thesis. Warwick: University of Warwick 2018, lk 122.

²¹ Felstead, A. jt. The determinants of skills use and work pressure: A longitudinal analysis. – Economic and Industrial Democracy 40/3, lk 743.

²² Samas, lk 745.

²³ Euroopa Komisjon. Valge raamat. Tehisintellekt: Euroopa käsitus tipptasemel ja usaldusväärsest tehnoloogiast. Brüssel 19.2.2020 – https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_et.pdf (21.11.2021), lk 20.

²⁴ Xenidis, R., Senden, L., lk 3.

Kuivõrd algoritmilise juhtimisega töösuhetes kaasnevad töötajale täiendavad riskid, on töö õiguslikuks probleemiks see, et õigusaktid, mis üldjuhul töösuhetele kohalduvad, ei pruugi hoida ära töötajate diskrimineerimist, ning tagada töötajate privaatsust. Algoritmide keerukuse ja läbipaistmatuse tõttu on raskendatud töötaja ja tööle kandideerija õiguste rikkumise tuvastamine ja tõendamine. Kuna paljude töötajate toimetulek sõltub töö olemasolust, on tõenäoline, et töötaja nõustumine isikuandmete töötlemisega ei ole vaba ja informeeritud. Eesmärgid, milleks töötaja isikuandmeid koguda saab ning kogutavad andmed, on aga laialdased ning andmete põhjal tehtavate algoritmiliste otsuste mõju ei pruugi töötajale ettenähtav olla.

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kuidas on kaitstud töötaja isikuandmed, privaatsus ja õigus võrdsele kohtlemisele, kui töötaja suhtes rakendatakse algoritmilist juhtimist ning kas ja kuidas tuleb töötaja kaitset parandada.

Magistritööga otsitakse vastust järgmistele küsimustele:

- 1) Kuidas hoiab kehtiv õigus ära diskrimineerimist algoritmilise juhtimise rakendamisel töösuhetes ning kas ja kuidas tuleb töötajate kaitset parandada?
- 2) Kuidas kaitsevad isikuandmete töötlemise põhimõtted töötaja privaatsust ja isikuandmeid algoritmilise juhtimise kasutamisel töösuhetes ning kas ja kuidas tuleb töötajate kaitset parandada?
- 3) Kuidas on töötaja õigused tagatud, kui nende isikuandmeid töödeldakse automatiseeritud otsuse tegemisel ning kas ja kuidas tuleb töötaja kaitset parandada?

Töö koosneb kolmest peatükist. Esimeses peatükis käsitletakse diskrimineerimist algoritmilise juhtimise kasutamisel töösuhetes. Peatükk käsitleb otsese ja kaudse diskrimineerimise mõistete sobivust algoritmilisele juhtimisele omase diskrimineerimise korral. Algoritmilisel juhtimisel on enamasti mingi õigustatud eesmärk, näiteks töötaja tööle sobivuse hindamine või töö tulemuslikkuse prognoosimine. Kaudse diskrimineerimise puhul ei loeta aga sätet, kriteeriumi või tava diskrimineerivaks, kui sellel on objektiivne õiguspärane eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud. Seega analüüsitakse peatükis, kuidas saaks automatiseeritud otsustusprotsess täita objektiivse õiguspärase eesmärgi kriteeriumi ning seeläbi takistada töötaja võimalust oma õigusi kaitsta. Peatükis käsitletakse samuti algoritmilise juhtimise tarkvara põhjustatud diskrimineerimise tuvastamise ja tõendamise erisusi,

isikuandmete kaitse üldmäärusest²⁵ (edaspidi IKÜM) tuleneva kaitse kohaldamist algoritmilisel juhtimisel tekkinud diskrimineerimise korral ning võimalusi töötajate kaitse parandamiseks.

Teises peatükis analüüsitakse tööandja isikuandmete ja privaatsuse kaitset läbi isikuandmete töötlemise aluse ja põhimõtete. Peatükis analüüsitakse, millised isikuandmete töötlemise alused on algoritmilise juhtimise korral asjakohased ning kas alused tagavad töötaja isikuandmete ja privaatsuse kaitse. Analüüsitakse, millisel määral kaitseb isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse põhimõte töötajate õigusi arvestades, et automatiseeritud analüüs võib ulatuda esialgsest eesmärgist kaugemale. Algoritmi keerukuse tõttu on läbipaistvuse saavutamine raske ning teave, mis tuleb isikuandmete kaitse üldmääruse alusel andmesubjektile esitada on pigem üldine. Sellest lähtudes analüüsitakse isikuandmete kaitse üldmääruses sätestatud isikuandmete töötlemise läbipaistvuse nõude efektiivsust algoritmilisel juhtimisel töösuhetes. Lisaks käsitletakse töötaja võimalusi õigustamata isikuandmete töötlemise vaidlustamiseks.

Kolmandas peatükis analüüsitakse töötaja isikuandmete töötlemist automatiseeritud otsuse tegemise eesmärgil. Peatükis käsitletakse õiguslikke võimalusi töösuhetes automatiseeritud juhtimisotsuse tegemiseks ning otsuse tegemisele seatud tingimusi. Samuti analüüsitakse, milliseid andmeid algoritmi abil otsuse tegemiseks kasutada tohib ning kas mingite andmete kasutust töösuhetes tuleks piirata. Peatükis käsitletakse ka töötaja võimalusi õigusvastase otsuse vaidlustamiseks ning otsuse kohta teabe saamiseks.

Magistritöö eesmärgi saavutamiseks kasutatakse kvalitatiivset meetodit – viiakse läbi Eesti ja Euroopa Liidu õigusaktide ja kohtupraktika sisuline teoreetiline analüüs eesmärgiga selgitada välja töötajate õiguste kaitse meetodid ja ulatus algoritmilise juhtimise rakendamisel töösuhetes. Eesmärgi saavutamiseks vajalike andmete kogumiseks töötatakse läbi töösuhteid ja automatiseeritud otsuseid puudutavad õigusaktid, kohtupraktika ja õiguskirjandus. Eelkõige analüüsitakse IKÜM-i, töölepingu seadust²⁶ (edaspidi TLS), soolise võrdõiguslikkuse seadust²⁷ (edaspidi SoVS), võrdse kohtlemise seadust²⁸ (edaspidi VõrdKS) ja isikuandmete kaitse

²⁵ Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) 2016/679, 27. aprill 2016, füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). – EL T L 119, 4.5.2016, lk 1-88.

²⁶ Töölepingu seadus. – RT I, 12.11.2021, 3.

²⁷ Soolise võrdõiguslikkuse seadus. – RT I, 10.01.2019, 19.

²⁸ Võrdse kohtlemise seadus. – RT I, 26.04.2017, 9.

seadust²⁹ (edaspidi IKS). Olulisimaks teoreetiliseks materjaliks on P. Hackeri artikkel „Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law“³⁰, S. Wachteri, B. Mittelstadti ja L. Floridi artikkel „Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation“³¹ ning B. Custersi ja H. U. Vrabec'i artikkel „Worker Privacy in a Digitalized World Under European Law“³². Samuti tuginetakse töös Artikli 29 alusel asutatud andmekaitse töörühma, Andmekaitse Inspektsiooni ja Euroopa Andmekaitsekojale suunistele ja arvamustele isikuandmete töötlemise kohta.

Magistritööd iseloomustavateks märksõnadeks on töösuhted, diskrimineerimine, andmekaitse, isikuandmed, automatiseerimine.

²⁹ Isikuandmete kaitse seadus. – RT I, 04.01.2019, 11.

³⁰ Hacker, P. Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law. – Common Market Law Review 2018/4.

³¹ Wachter, S. jt. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. – International Data Privacy Law 2017/7.

³² Custers, B., Vrabec, H. U. Worker Privacy in a Digitalized World Under European Law. – Comparative Labor Law & Policy Journal, 2018/2.

1. Töötaja diskrimineerimise keeld algoritmilise juhtimise korral

1.1. Otsene või kaudne diskrimineerimine?

Algoritmilise juhtimise eeliseks peetakse sageli selle protsessi erapooletust.³³ Otsustamise arvutile üle andmisega on võimalik välistada inimese eelarvamuste mõju. Siiski ei ole arvutiprogrammid otsast lõpuni iseseisvad ning inimese eelarvamused võivad neile üle kanduda. Algoritmilisel juhtimisel kasutatav tarkvara võib peegeldada ühiskonnas levivaid eelarvamusi ka siis, kui seda ei ole tahtlikult nii programmeeritud.³⁴

Diskrimineerimine võib tekkida mitmel erineval viisil. Algoritmilise juhtimise puhul on kõige aktuaalsemaks probleemiks diskrimineerimine, mis tekib masinõppe algoritmis kallutatud andmete kasutamisel. Masinõppe algoritm leiab seoseid talle esitatud andmetes ning teeb nendest seostest lähtudes otsuseid üksikisikute kohta.³⁵ Et õpetada sellist programmi mingi ülesande täitmiseks vajalikke seoseid leidma, antakse programmile analüüsimiseks andmeid.³⁶ Näiteks võib masinõppe algoritmi kasutada tööle kandideerijatest sobivaimate välja valimiseks. Sellise programmi välja õpetamiseks saab kasutada andmeid kandidaatide kohta, keda on varem tööintervjuule kutsutud või töökohale valitud. Kui need andmed sisaldavad eelarvamusi, võib ka tarkvara teha diskrimineerivaid otsuseid.³⁷

Andmete erapoolikusel on kaks peamist põhjust: andmete vale käitlemine ja ajalooliste eelarvamuste sisaldumine andmetes.³⁸ Esimese olukorraga on tegemist siis, kui andmed peegeldavad reaalsust valesti, näiteks tehakse järeldusi valedest või mittetäielikest andmetest.³⁹ Teisel juhul peegeldavad andmed pikaajalist diskrimineerimisest ühiskonnas.⁴⁰

³³ Houser, K. A. Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making. – Stanford Technology Law Review 2019/22, lk 351.

³⁴ Barocas, S., Selbst, A. D. Big Data's Disparate Impact. California Law Review 2016/3, lk 674.

³⁵ Xenidis, R., Senden, L., lk 3.

³⁶ Ebers, M. Regulating AI and Robotics. Ethical and Legal Challenges. – Ebers, M., Navas Navarro, S. (toim). Algorithms and Law. Cambridge: Cambridge University Press 2019, lk 43.

³⁷ Houser, K. A., lk 333.

³⁸ Hacker, P., lk 5-6.

³⁹ Samas, lk 6.

⁴⁰ Houser, K. A., lk 333.

Üldjuhul on erapoolikud andmed, mis on kogutud internetist või ostetud isikuandmete müügiga tegelevalt ettevõttelt.⁴¹ Lisaks võivad andmed olla kallutatud mingi isikute grupi kasuks, näiteks kui enamus mingi valdkonna töötajaid on ühest soost.⁴² Erapooletute andmete kogumine on seetõttu raske. Lisaks on paljud algoritmides kasutatavad sisendid vähemalt kaudselt seotud mõne kaitstud tunnusega⁴³ (näiteks isiku keelekasutus tema sooga). Seega võib algoritmilise juhtimise laialdane kasutamine viia diskrimineerimise juhtumite olulise kasvuni.

Kui andmed on valitud hoolikalt, võib diskrimineerimine siiski tekkida juhul, kui eesmärgi saavutamiseks valitakse vale mudel.⁴⁴ Sellise olukorraga on tegemist näiteks siis, kui tööintervjuul kasutatakse isiku käitumise analüüsimiseks näotuvastuse tehnoloogiat, mille asjakohasuse kohta ei ole piisavalt tõendeid.⁴⁵ Samuti võib otsustusportsessil puududa kohane järelevalve inimeste poolt.⁴⁶ Näiteks võib järelevalve puududa olukorras, kus teostatakse täielikult automatiseeritud töötlust. Lisaks võib süsteem oma keerukuse tõttu olla ettearvamatu ja arusaamatu. Selline olukord tekib juhu, kui ei ole võimalik selgitada, miks mingi tulemuseni jõuti.⁴⁷ Viimaks võib diskrimineerimine tekkida, kui protsessi sekkub inimene tahtlikult diskrimineerivate otsustega.⁴⁸

VõrdKS § 3 lg 2 ja 4 ning SoVS § 3 lg 1 p-de 3 ja 4 järgi jaguneb diskrimineerimine otseseks ja kaudseks diskrimineerimiseks. Diskrimineerimine on keelatud SoVS § 5 lg 1 ja VõrdKS § 2 lg-te 1 ja 2 alusel. Diskrimineerimise korral võib isik nõuda diskrimineerimisega põhjustatud kahju hüvitamist SoVS § 13 lg 1 ja VõrdKS § 24 lg 1 alusel.

Otsese diskrimineerimisega on SoVS § 3 lg 1 p 3 ja VõrdKS § 3 lg 2 alusel tegemist, kui seadusega diskrimineerimise eest kaitstud tunnuse alusel koheldakse ühte isikut halvemini kui on koheldud, koheldakse või võidakse kohelda teist isikut samalaadses olukorras. Kaitstud tunnusteks on VõrdKS § 1 lg 1 alusel rahvus, rass, nahavärvus, usutunnistus ja veendumused, vanus, puue ja seksuaalne sättumus ning SoVS § 3 lg 1 p 3 alusel sugu. Lisaks on kaitstud ka osalise tööajaga ja tähtajalise lepingu alusel töötavad töötajad, keda ei või kohelda

⁴¹ Houser, K. A., lk 332-333.

⁴² Samas, lk 333.

⁴³ Hacker, P., lk 17.

⁴⁴ World Economic Forum Global Future Council on Human Rights 2016-2018, lk 4.

⁴⁵ Briône, P. My boss the algorithm: An ethical look at algorithms in the workplace. London: ACAS 2020, lk 21.

⁴⁶ World Economic Forum Global Future Council on Human Rights 2016-2018, lk 4.

⁴⁷ Briône, P., lk 21.

⁴⁸ World Economic Forum Global Future Council on Human Rights 2016-2018, lk 4.

ebasoodsamalt vastavalt täistööajaga töötajast või tähtajatu töölepinguga töötajast (VõrdKS § 11¹).

Töösuhetes ei välista võrdse kohtlemise seadus võrdse kohtlemise nõudeid seaduses nimetatata alusel (VõrdKS § 2 lg 3). Eelkõige võib selliseks tunnuseks olla perekondlike kohustuste täitmine, sotsiaalne seisund, töötajate huvide esindamine, töötajate ühingusse kuulumine, keeleoskus või kaitseväeteenistuse kohustus (VõrdKS § 2 lg 3).

SoVS § 3 lg 1 p 4 ja VõrdKS § 3 lg 4 alusel on diskrimineerimine kaudne, kui väliselt neutraalne säte, kriteerium või tava seab isikud diskrimineerimise eest kaitstud tunnuse alusel teistega võrreldes ebasoodsamasse olukorda, välja arvatud juhul, kui sättel, kriteeriumil või taval on objektiivne õiguspärane eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud. Seaduses nimetatud kaudse soolise diskrimineerimise allikad (säte, kriteerium, tava või tegevus) on esitatud võimalike diskrimineerimise olukordade näitlikustamiseks ning tegemist ei ole kinnise loeteluga kõigist võimalikest diskrimineerimise avaldumise vormidest.⁴⁹ Seega võib kaudse diskrimineerimise allikaks olla ka igasugune algoritmilise juhtimise süsteem.

Soolist diskrimineerimist töösuhetes on täpsustatud SoVS § 6. Lisaks on diskrimineerimise keeld sätestatud TLS-is. TLS § 3 alusel peab tööandja tagama töötajate kaitse diskrimineerimise eest, järgima võrdse kohtlemise põhimõtet ning edendama võrdõiguslikkust vastavalt võrdse kohtlemise seadusele ja soolise võrdõiguslikkuse seadusele. TLS § 89 lg 4 alusel peab tööandja töölepingu ülesütlemisel arvestama võrdse kohtlemise põhimõtet.

Riigikohtu praktikas on selgitatud, et nii otsese kui kaudse diskrimineerimise tuvastamisel ei ole oluline tahtlus.⁵⁰ Piisab sellest, et meetme tagajärg on diskrimineeriv.⁵¹ Seega ei ole vajalik näidata, et tööandjal oli diskrimineerimise eesmärk või et ta oli diskrimineerimisest teadlik. See lihtsustab mõnevõrra diskrimineerimise tuvastamist algoritmilise juhtimise olukorras. Nimelt võib masinõppe algoritm õppida vastu võtma otsuseid, lähtudes näiteks isiku soost isegi siis, kui soo kasutamist otsustamisel on püütud välistada. Sellest lähtudes saab otseseks diskrimineerimiseks pidada selliseid juhtumeid, kus tööandja ilma eesmärgita diskrimineerida

⁴⁹ Albi, K. jt. § 3/11. – Soolise võrdõiguslikkuse seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.

⁵⁰ RKTsKo 3-2-1-135-11, p 11.

⁵¹ Samas.

ja teadmata diskrimineerivast tagajärjest disainis või kasutas algoritmilise juhtimise süsteemi, mis kohtleb isikuid erinevalt, lähtudes mingist kaitstud tunnusest.

Otsene diskrimineerimine hõlmab situatsioone, kus otsus võetakse vastu mõne kaitstud tunnuse põhjal. Seega hõlmab otsese diskrimineerimise definitsioon suure osa inimese põhjustatud ebavõrdse kohtlemise juhtumitest. On pigem ebatõenäoline, et algoritmilisel juhtimisel kasutatakse tarkvara, mis võtab sihilikult arvesse kaitstud tunnuseid ning teeb otsuseid nende põhjal. Algoritmilise juhtimise tarkvara puhul on enamasti oluline otsuse täpsus ning diskrimineerimise sihilik sisestamine rikub tarkvara tehtavate prognooside täpsuse.⁵²

Muul viisi algoritmilisel juhtimisel tekkinud ebavõrdse kohtlemise nimetamine otseseks diskrimineerimiseks tekitab mitmeid probleeme.

Masinõppe algoritmid kasutavad enamasti otsustamisel kombinatsiooni erinevatest muutujatest, mis ei pruugi olla seotud mõne kaitstud kategooriaga, kuid annavad ühiselt diskrimineeriva väljundi.⁵³ Samuti on võimalik, et mingeid algoritmi neutraalseid sisendeid kasutatakse diskrimineerimistunnuse asendajana.⁵⁴ Näiteks võib kooli lõpetamise aastast järeldada isiku ligikaudse vanuse, elukoha postiindeks võib aga olla vastastikuses seoses isiku rahvusega, kui enamus mõne piirkonna elanikest on ühe rahvuse esindajad. Tegemist võib olla nii tarkvara soovimatu omadusega, kui ka tahtliku diskrimineerimise varjamisega. Igal juhul tehakse otsus mingi kaitstud tunnuse tõttu, kuid kuna seda tunnust otseselt sisendina ei kasutata, vaid kasutatakse mingit neutraalset kriteeriumi, tuleks seda pidada kaudseks diskrimineerimiseks. Ilmselt on sellisel juhul ka praktiliselt võimatu tõendada, et tegemist on otsese diskrimineerimise varjamisega.

Samuti võib masinõppe algoritmi andmetöötlus olla inimesele arusaamatu⁵⁵ või muutuv⁵⁶, mistõttu on keeruline välja selgitada, milliste andmete põhjal kindel otsus kindlal ajahetkel

⁵² Xenidis, R., Senden, L., lk 19.

⁵³ Samas, lk 69.

⁵⁴ Hacker, P., lk 7.

⁵⁵ Anring, B. jt. The Role of Algorithms in Profiling. – Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (toim). Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives. Dordrecht: Springer 2008, lk 78.

⁵⁶ Gerards, J., Xenidis, R. Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law. A special report. Luksemburg: Publications Office of the European Union 2021, lk 69.

vastu võeti. Paljud masinõppe tehnoloogiad ei võimalda otsuse vastu võtmisel arvesse võetavate faktorite tuvastamist.⁵⁷

Olukorras, kus otsuse täpset põhjust ei ole võimalik välja selgitada, tuleb pöörduda kaudse diskrimineerimise poole. Erinevalt otsesest diskrimineerimisest, koheldakse kaudse diskrimineerimise puhul isikuid näiliselt võrdselt (VõrdKS § 3 lg 4, SoVS § 3 lg 1 p 4). Kaudne diskrimineerimine hõlmab seega varjatud otsese diskrimineerimise, kus otsus võetakse vastu kasutades pealtnäha neutraalseid andmeid, mis viitavad isiku kuulumisele mõnda kaitstud gruppi. Samuti saab kaudsele diskrimineerimisele tugineda olukorras, kus ei ole võimalik kindlaks teha, kas otsus võeti vastu kaitstud tunnuse põhjal või ei. Seega sobib kaudse diskrimineerimise mõiste paremini algoritmilisel juhtimisel tekkida võiva diskrimineerimise probleemide lahendamiseks, sest see keskendub otsuse põhjuse asemel otsuse diskrimineerivale tulemusele. Kaudse diskrimineerimise tuvastamiseks ei ole vajalik algoritmi sisu avamine ja otsuse põhjuste välja selgitamine. Samas on SoVS § 3 lg 1 p 4 ja VõrdKS § 3 lg 4 alusel kaudse diskrimineerimise tuvastamist võimalik välistada, tõendades, et ebavõrdset kohtlemist põhjustaval meetmel on õiguspärane eesmärk ja selle saavutamiseks kasutatavad vahendid on proportsionaalsed.

Ebavõrdse kohtlemise võib liigitada kaudseks või otseseks diskrimineerimiseks ka sõltuvalt sellest, kas vaadeldakse algoritmilist protsessi ja selle sisu või selle kasutust inimese poolt otsuse tegemisel. Kogu algoritmilise juhtimise protsessi tervikuna saab pidada pealtnäha neutraalseks meetmeks, mis annab esmapilgul neutraalse väljundi, mida siis kasutatakse otsuse vastu võtmiseks. Selline käsitus tingib kaudse diskrimineerimise sätete kohaldamise. Erandiks on olukord, kus diskrimineerimistunnuseid kasutatakse otseselt algoritmi otsustuskriteeriumitena, sest sellisel juhul ei ole tegemist enam näiliselt neutraalse meetmega.

Algoritmiliste otsustussüsteemides on levinud probleemiks ka diskrimineerimine mitme diskrimineerimistunnuse koostoime tõttu, sest süsteem tugineb sageli otsustamisel mitmele tunnusele koostoimes.⁵⁸ Näiteks võib otsustussüsteem ebasoodsalt kohelda töötajat, kes on naine ja välismaalane, koheldes seejuures meessoost välismaalasi ja naissoost mittevälismaalasi teistega võrdselt. Sellisel juhul võib töötajat olla diskrimineeritud just kahe

⁵⁷ Hacker, P., lk 11.

⁵⁸ Gerards, J., Xenidis, R., lk 142.

diskrimineerimistunnuse koostoime tõttu ning kohaldada tuleb soolise võrdõiguslikkuse seadust ja võrdse kohtlemise seadust koos.

Järelikult on algoritmilise juhtimise põhjustatud ebavõrdse kohtlemise otseseks diskrimineerimiseks liigitamine keeruline, sest otsuse põhjus võib olla ebaselge. Paremini sobib sellises olukorras kaudse diskrimineerimise mõiste, sest selle puhul ei ole vajalik algoritmi avamine ja otsuse põhjuste välja selgitamine. Algoritmilise juhtimise põhjustatud ebavõrdne kohtlemine võib liigituda kaudseks diskrimineerimiseks ka siis, kui ei vaadelda mitte tarkvara sisu, vaid kogu tarkvara tervikuna ning käsitletakse seda pealtnäha neutraalse meetmena, mis diskrimineerimist põhjustab. Autori hinnangul on siiski nii otsese kui ka kaudse diskrimineerimise mõisted sobivad ka algoritmilise juhtimise puhul, sest mõistete kohaldamine automatiseeritud otsustele ei ole välistatud ning kaudse diskrimineerimise mõiste hõlmab algoritmilise juhtimise tarkvara põhjustatud diskrimineerimist.

1.2. Kaudse diskrimineerimise õigustatus

Eelnevast alapeatükist nähtub, et suur osa algoritmilise juhtimise põhjustatud diskrimineerimise juhtumitest on kaudse diskrimineerimise juhtumid. See viib laialdaste ebavõrdse kohtlemise õigustamise võimalusteni, mis vähendab õiguskindlust nii tarkvara kasutajal kui ka isikul, kelle suhtes seda kasutatakse, sest ebavõrdse kohtlemise õigustamise võimalikkus sõltub suures osas konkreetse juhtumi asjaoludest.

Võimalus ebavõrdse kohtlemise õigustamiseks sisaldub juba kaudse diskrimineerimise definitsioonis. VõrdKS § 3 lg 4 ja SoVS § 3 lg 1 p 4 alusel ei ole tegemist kaudse diskrimineerimisega, kui kaitsealusesse gruppi kuuluvat isikut teistega võrreldes ebasoodsamasse olukorda asetaval näiliselt neutraalsel sätel, kriteeriumil või taval on objektiivne õiguspärane eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud.

Objektiivse õigustatuse test sarnaneb põhiõiguse riive seaduspärasuse hindamisel kasutatavale proportsionaalsuse põhimõttele. Kaudse diskrimineerimise definitsioon ei nõua küll otsesõnu meetme proportsionaalsuse kitsamas mõttes ehk mõõdukuse hindamist, kuid soolise võrdõiguslikkuse seaduse kommenteeritud väljaandes on asutud seisukohale, et tuleks lähtuda kolmeastmelisest proportsionaalsuse kontrollskeemist, sest põhiõiguse rikkumine ilmneb sageli

alles meetme mõõdukuse kontrollimisel.⁵⁹ Seega on ebavõrdset kohtlemist võimalik õigustada, kui seda põhjustav meede vastab neljale tingimusele: sellel on objektiivne õiguspärane eesmärk, eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased, vajalikud ja mõõdukad.

Eestis puudub kohtupraktika, mis sisutaks töösuhetes objektiivse õiguspärase eesmärgi kriteeriumi. SoVS § 3 põhineb aga direktiivil 2006/54/EÜ⁶⁰.⁶¹ Võrdse kohtlemise seaduses esitatud otsese ja kaudse diskrimineerimise definitsioonid põhinevad direktiivil 2000/78/EÜ⁶², ja direktiivil 2000/43/EÜ⁶³.⁶⁴ Seega on oluline ka vastav Euroopa Kohtu praktika.

Ebavõrdse kohtlemise õigustamist on põhjalikult käsitlenud Euroopa Kohus kohtuasjas C-170/84. Kohtuasjas arutati selle üle, kas olukorras, kus tööandja jätab osalise töökoormusega töötajad ilma tööandja pakutud pensioniskeemist, on tegemist kaudse diskrimineerimisega, sest enamus osalise töökoormusega töötajatest on naised. Kohus leidis, et töötajate ebavõrdset kohtlemist põhjustava meetme õigustamiseks tuleb näidata, et meede vastab ettevõtte reaalsele vajadusele, on asjakohane taotletava eesmärgi saavutamiseks ning eesmärgi saavutamiseks vajalik.⁶⁵ Kohtuotsusest järeldub samuti, et õiguspäraseks eesmärgiks täis- ja osakoormusega töötajate erinevaks kohtlemiseks võib olla töötajate täiskoormusega töötamiseks motiveerimine.⁶⁶

Objektiivne õiguspärane eesmärk on määratlemata mõiste ning seetõttu on võimalikke sobivaid aluseid palju.⁶⁷ Euroopa Kohtu praktika kohaselt saab objektiivseks õiguspäraseks eesmärgiks pidada ka tööandja majanduslikke vajadusi.⁶⁸ Objektiivne õiguspärane eesmärk ei saa aga

⁵⁹ Albi, K. jt, § 3/12.3.

⁶⁰ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivil 2006/54/EÜ, 5. juuli 2006, meeste ja naiste võrdsete võimaluste ja võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta tööhõive ja elukutse küsimustes. – ELT L 204, 26.7.2006, lk 23-36.

⁶¹ Albi, K. jt, § 3/10.

⁶² Nõukogu direktiivil 2000/78/EÜ, 27. november 2000, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel. – EÜT L 303, 2.12.2000, lk 16-22.

⁶³ Nõukogu direktiivil 2000/43/EÜ, 29. juuni 2000, millega rakendatakse võrdse kohtlemise põhimõtte sõltumata isikute rassilisest või etnilisest päritolust. – EÜT L 180, 19.7.2000, lk 22-26.

⁶⁴ Võrdse kohtlemise seadus 384 SE. Seletuskiri. 2008. Kättesaadav [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/cc5e0cc0-2620-3f44-e381-071e238b4195/V%C3%B5rdse%20kohtlemise%20seadus%20\(384%20SE\)/](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/cc5e0cc0-2620-3f44-e381-071e238b4195/V%C3%B5rdse%20kohtlemise%20seadus%20(384%20SE)/) (25.03.2022), lk 4.

⁶⁵ EK 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204, p 36.

⁶⁶ Samas, p 37.

⁶⁷ Tobler, C. Limits and potential of the concept of indirect discrimination. Luksemburg: Office for Official Publications of the European Communities 2008, lk 33.

⁶⁸ EK C-322/98, *Bärbel Kachelmann vs. Bankhaus Hermann Lampe KG*, ECLI:EU:C:2000:495, p 35.

lähtuda puhtalt eelarvelisest vajadusest.⁶⁹ Erinevalt liikmesriikidest, ei saa tööandja tugineda sotsiaal- või tööhõivepoliitilistele eesmärkidele.⁷⁰ Samuti ei tohi eesmärk olla diskrimineerimisega seotud ehk ei saa tugineda sellele samale faktorile, mis erinevat kohtlemist põhjustab.⁷¹ Ei sobi ka eesmärk, mis on üldistatud ning ei tõenda seetõttu, et meetme eesmärk ei ole diskrimineerimisega seotud.⁷²

Töösuhetes on veel peetud õigustatud eesmärkideks tööandja eesmärki kaitsta koondatavate töötajate huve, arvestades seejuures ettevõtte tegevusalaseid ja majanduslikke vajadusi⁷³ ning tööandja eesmärki suurendada tööjõupuuduse olukorras huvi vaba töökoha vastu, tõstes selle töökoha töötasu.⁷⁴

Algoritmilise juhtimisel tehtavatel automatiseeritud otsustel on enamasti eesmärk, milleks ei ole diskrimineerimine. Näiteks võib eesmärgiks olla töötaja töökohale sobivuse hindamine või töötajatele automaatselt tööülesannete määramine. Arvestades võimalike sobivate eesmärkide paljusust, ei teki algoritmilise juhtimise õigustamisega sellel etapil takistusi. Isegi, kui tegelikult eesmärgiks on diskrimineerimise maskeerimine, on seda raske tuvastada, sest kasutada on võimalik kombinatsiooni pealtnäha neutraalsetest meetmetest, mis koos ennustavad kaitstud gruppi kuulumist.⁷⁵

Ebavõrdset kohtlemist põhjustav meede peab olema asjakohane õiguspärase eesmärgi saavutamiseks. Tööandja peab näitama, et meede sobib eesmärgi saavutamiseks, kuid ei pea selgitama, millised faktorid algoritmilise juhtimise väljundini viisid.⁷⁶ Euroopa Kohtu praktikast tulenevalt tuleb meetme sobivust ka tõendada.⁷⁷ Otsustamisel andmetöötlusest lähtuvad algoritmilise juhtimise süsteemid on võimalised mõõtma ka otsuse või prognoosi täpsust.⁷⁸ Otsuse või prognoosi täpsust näitavate andmete põhjal on võimalik tõendada, et

⁶⁹ EK C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi vs. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, ECLI:EU:C:2005:141, p 53.

⁷⁰ EK C-281/97, *Andrea Krüger vs. Kreiskrankenhaus Ebersberg*, ECLI:EU:C:1999:396, p 29.

⁷¹ C-196/02, *Nikoloudi*, p 47, 51.

⁷² C-196/02, *Nikoloudi*, p 52.

⁷³ EK C-322/98, *Kachelmann*, p 31, 35.

⁷⁴ EK C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, p 26.

⁷⁵ Barocas, S., Selbst, A. D., lk 712.

⁷⁶ Hacker, P., lk 18.

⁷⁷ EK C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, ECLI:EU:C:1999:60, p 76.

⁷⁸ Hacker, P., lk 18.

meede soodustab eesmärgi saavutamist. Seetõttu ei ole automatiseeritud otsuse puhul sobivuse näitamine üldjuhul probleemiks.

Samuti tuleb hinnata meetme vajalikkust. Lähtudes proportsionaalsuse põhimõttest on meede vajalik, kui ei ole muud vahendit, mille abil saab eesmärgi saavutada sama efektiivselt, kuid mis põhjustaks vähem ebavõrdset kohtlemist.⁷⁹ Kui algoritmilisel juhtimisel kasutatav tarkvara on võimeline hindama töötaja produktiivsust või prognoosima töötaja töökohale sobivust väga täpselt, siis on ka selle efektiivsus kõrgem teiste meetmete omast. Kindlasti on automatiseeritud otsustusprotsess efektiivsem, kui inimese poolt vastu võetavad otsused. Seega on algoritmilise juhtimise puhul võimalik veenvalt põhjendada meetme vajalikkust. Masinõppe algoritmi kasutamist ei saaks pidada vajalikuks, kui selle õppefaasis kasutati kallutatud andmeid ning oli võimalik kasutada ka andmeid, mis ei olnud kallutatud. Samuti ei saa meedet pidada vajalikuks siis, kui oli võimalik kasutada muud sama efektiivset tarkvara, mis oleks seejuures vähem kallutatud. Kallutatud andmete või tarkvara kasutamine olukorras, kus kättesaadavad on ka erapooletud andmed või tarkvara, on siiski pigem ebatõenäoline, sest õiglaste andmete kasutamine tagab algoritmi suurema täpsuse.⁸⁰

Meetme mõõdukuse hindamiseks tuleb kaaluda eesmärgi tähtsust ja võrdse kohtlemise õiguse rikkumise olulisust. Kui ei ole võimalik kasutada teist automatiseeritud otsustussüsteemi, mis ei põhjustaks ebavõrdset kohtlemist, võib diskrimineeriva süsteemi kasutaja tõendada, et süsteem vähendab diskrimineerimist võrreldes mittealgoritmiliste otsustusviisidega.⁸¹ Sellisel juhul tuleks meedet pidada proportsionaalseks, sest see tagab marginaliseeritud grupi huvid maksimaalselt.⁸²

Kuigi algoritmilise juhtimise süsteemi põhjustatud diskrimineerimine liigitub sageli kaudseks diskrimineerimiseks, on eelnevast lähtudes paljudel juhtudel tööandjal võimalik ebavõrdset kohtlemist õigustada. Seda selle pärast, et algoritmilise juhtimise meetmetel on üldjuhul õiguspärane eesmärk ning nad soodustavad selle eesmärgi saavutamist, nad on efektiivsemad kui teised meetmed ning võivad olla ka mõõdukad isegi siis, kui põhjustavad diskrimineerimist. Seega võib väita, et kaudse diskrimineerimise õigustamise võimalus pärsib töötajate kaitset

⁷⁹ RKPJKo 3-4-1-7-12, p 43.

⁸⁰ Grimmelmann, J., Westreich, D. Incomprehensible Discrimination. – California Law Review Online 2017/7, lk 168.

⁸¹ Hacker, P., lk 19.

⁸² Samas.

algoritmilise juhtimise süsteemi põhjustatud diskrimineerimise korral. Siiski on kaudse diskrimineerimise õigustamise regulatsioon vajalik ega vaja muutmist, sest olukord, kus neutraalne meede põhjustab kaitsealusesse gruppi kuuluva isiku ebasoodsamat kohtlemist, ei ole alati ebaõiglane, isegi kui esmapilgul on tegemist kaudse diskrimineerimisega.

1.3. Diskrimineerimise tuvastamine ja tõendamine

1.3.1. Diskrimineerimise tuvastamine

Diskrimineerimise tuvastamine ja tõendamine on raske ka olukordades, kus algoritmilist juhtimist ei kasutata. Nagu eelnevalt mainitud, võib algoritmilisel juhtimisel kasutatav tarkvara olla läbipaistmatu ja inimesele arusaamatu, mis süvendab probleemi veelgi.

Algoritmilisel juhtimisel ei ole töötajal, kelle suhtes automatiseeritud otsuseid tehakse, üldjuhul juurdepääsu otsustamisel kasutatavale tarkvarale. Tööandja ei ole kohustatud võimaldama juurdepääsu enda kasutuses olevatele algoritmilise juhtimise süsteemidele, ega avaldama nende süsteemide omadusi.⁸³ Ka juurdepääsu olemasolul võib eriteadmisteta isikule olla arusaamatu, milliste kriteeriumide põhjal automatiseeritud otsus vastu on võetud. Masinõppe algoritmide puhul ei pruugi isegi süsteemi loojale olla ettenähtav, kuidas süsteem kontrollimatus keskkonnas toimib.⁸⁴ Seega võib töötajal olla raske hinnata, kas tema suhtes tehtud otsus oli diskrimineeriv. Lisaks on masinõppe algoritmide pidevas muutuses ning diskrimineerimise põhjus võib aja jooksul muutuda või kaduda.⁸⁵ See takistab ka tõendite kogumist, isegi kui töötajal oleks tarkvarale juurdepääs. Näiteks võib hiljem olla võimatu välja selgitada, kuidas algoritm oleks võinud kohelda mõnda teist isikut, mistõttu ei saa kasutada otsese diskrimineerimise tõendamiseks hüpoteetilist võrdlusisikut.

Olukorras, kus tööandja valib tööle või ametikohale, võtab tööle või tööpraktikale, edutab, valib väljaõppele või ülesande täitmiseks või saadab koolitusele ühest soost isiku, jättes kõrvale kõrgema kvalifikatsiooniga vastassoost isiku, võib SoVS § 7 lg 1 alusel isik enda suhtes diskrimineeriva käitumise kahtlustamise korral taotleda otsuse kohta seletuste andmist. Tööandjal on sellisel juhul kohustus oma valikut põhjendada ja esitada teave soodsamalt

⁸³ Gerards, J., Xenidis, R., lk 74.

⁸⁴ Zuiderveen Borgesius, F. J. Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence. – The International Journal of Human 24/10, lk 6.

⁸⁵ Gerards, J., Xenidis, R., lk 74.

koheldud isiku tööstaaži, hariduse ja töökogemuste kohta, samuti muud selgeid eeliseid andvad oskused ja põhjendused. Kui kaebaja tugineb mõnele diskrimineerimise alusele, mis on sätestatud SoVS § 6 lg 2, on tööandjal üldine kohustus anda seletusi oma tegevuse kohta. SoVS § 7 lg 3 alusel on tööandjal ka kohustus anda selgitusi palga arvutamise kohta. VõrdKS § 7 tuleneb samuti diskrimineerimises kahtlustatavale isikule üldistatud kohustus anda kirjalikke selgitusi oma tegevuse kohta. Selliste selgituste andmine peaks tagama, et töötajal on võimalus diskrimineerimisest teada saada. SoVS § 11 lg 2 tagab, et tööandjal on andmed, mis võimaldavad väidetava diskrimineerimise asjaolude välja selgitamist ja SoVS § 7 alusel selgituste andmist taotlevale isikule selgituste andmist.⁸⁶ SoVS § 11 lg 2 alusel on tööandja kohustatud koguma soopõhiseid tööalaseid statistilisi andmeid. Selliste andmete kogumine võimaldab mõnel juhul diskrimineerimist tuvastada.

Algoritmilise juhtimise süsteemi põhjustatud diskrimineerimise korral ei pruugi tööandja SoVS § 7 lg 1 alusel esitatud andmetest siiski diskrimineerimine välja tulla. Näiteks võib mees- ja naiskandidaadil olla sarnane tööstaaž ja haridustase, kuid parima kandidaadi valimiseks kasutatav tarkvara eelistab sarnaste kandidaatide vahel valides järjepidevalt ühest soost kandidaate. Ka tööandja ei pruugi sellisest toimest teadlik olla. Sellisel juhul võib diskrimineerimine ilmneda statistilistest andmetest. Kui tööandja keeldub teabe esitamisest, ei saa seda veel pidada diskrimineerimise omaksvõtuks – omaksvõtuga saab võrdsustada vaid võrdse kohtlemise põhimõtte järgimise tõendamisest keeldumist (SoVS § 4 lg 2, VõrdKS § 8 lg 2). Euroopa Kohtu praktika kohaselt võib tööandja keeldumine andmete esitamisest siiski olla üheks asjaoludest, millest nähtub diskrimineerimine.⁸⁷

1.3.2. Diskrimineerimise tõendamine

Diskrimineerimise tõendamise probleemi kergendamiseks on tõendamiskoormis osaliselt ümber pööratud. VõrdKS § 8 lg 1 ning SoVS § 4 lg 1 alusel peab kohtu, töövaidluskomisjoni või soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise voliniku poole pöörduv isik esitama faktilised asjaolud, mille alusel võib eeldada, et toimunud on diskrimineerimine. Isik, kelle vastu avaldus esitatakse peab aga VõrdKS § 8 lg 2 ning SoVS § 4 lg 2 järgi tõendama, et ta ei ole rikkunud võrdse kohtlemise põhimõtet.

⁸⁶ Albi, K. jt, § 11/42.

⁸⁷ EK C-415/10, *Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217, p 47.

Seega kui on tuvastatud ebavõrdne kohtlemine ning diskrimineerimine on esmapilgul ilmne, siis eeldatakse võrdse kohtlemise põhimõtte rikkumist. Otsese diskrimineerimise tuvastamiseks on vajalik, et ühte isikut oleks koheldud halvemini kui on koheldud, koheldakse või võidakse kohelda teist isikut samalaadses olukorras (VõrdKS § 3 lg 2 ja SoVS § 3 lg 1 p 3). Väidetavalt diskrimineeritud töötaja peab järelikult esitama võrreldava isiku, keda on koheldud temast erinevalt. Lähtudes sätte sõnastusest („võidakse kohelda“) võib võrreldav isik olla ka hüpoteetiline. Diskrimineerimises kahtlustatav isik peab aga tõendama, et ebavõrdseks kohtlemiseks oli mõni põhjus, mis ei ole seotud sooga või VõrdKS § 1 lg-s 1 nimetatud tunnustega.⁸⁸ Samuti võib diskrimineerimises kahtlustatav tugineda sellele, et võrdlusaluste isikute olukorrad ei olnud samalaadsed ning võrdluseks valitud isik ei ole seega sobiv.

Kaudse diskrimineerimise korral peab töötaja välja tooma näiliselt neutraalse sätte, tava või kriteeriumi, mis paneb isikud grupiti erinevasse olukorda.⁸⁹ Seejärel tuleb näidata, et grupis, mida koheldakse halvemini, on protsentuaalselt rohkem mõne kaitstud tunnusega isikuid.⁹⁰ Kaudse diskrimineerimise tuvastamise välistamiseks peab tööandja näitama, et asjassepuutuval sättel, kriteeriumil, taval või tegevusel on objektiivselt põhjendatav õigustatud eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on asjakohased ja vajalikud (VõrdKS § 3 lg 4 ja SoVS § 3 lg 1 p 4).

Kui siiski õnnestub tuvastada kaudne diskrimineerimine, aga tööandja väidab veenvalt, et tal on objektiivselt õiguspärane eesmärk ebavõrdset kohtlemist põhjustava algoritmilise juhtimise süsteemi kasutamiseks, on töötajal keeruline tööandja väiteid ümber lükata. Näiteks oleks kaudse diskrimineerimise korral töötajal võimalik väita, et näiliselt neutraalse meetme tegelikuks eesmärgiks on diskrimineerimise varjamine. Nagu eelnevalt analüüsitud, ei oleks sellisel juhul võimalik ebavõrdset kohtlemist põhjendada. Ilma juurdepääsuta tarkvara kasutatavatele andmete või tarkvarale on aga sellise väite tõendamine praktiliselt võimatu.

Järelikult süvendab algoritmilise juhtimise kasutamine diskrimineerimise tuvastamise ja tõendamise probleemi. Tarkvara läbipaistmatuse ja muutumise tõttu võib olla võimatu kindlaks teha, mille põhjal otsus vastu võeti. Diskrimineerimine ei pruugi avalduda üksikjuhtumil, vaid selle tuvastamine võib nõuda statistiliste andmete analüüsi. Samuti on töötajal keeruline tööandja vastuväiteid ümber lükata. Algoritmilise juhtimise süsteemide läbipaistmatus ja

⁸⁸ Albi, K. jt, § 4/7.1; Võrdse kohtlemise seadus. Seletuskiri, lk 6.

⁸⁹ Albi, K. jt, § 4/5.2.

⁹⁰ Samas.

keerukus ning juurdepääsu puudumine võib samuti sundida töötajat oma õiguste kaitsest loobuma. Lahenduseks sellele probleemile võib olla diskrimineerimise üle teostatava riikliku järelevalve laiendamine sarnaselt järelevalvele isikuandmete töötlemise üle. Diskrimineerimise üle järelevalvet teostaval asutusel peaks sellisel juhul olema võimalik teostada auditeid võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise kontrollimiseks ja teha ettekirjutusi. Järelevalve teostamiseks on vajalik ka nõue, et algoritmilised süsteemid oleks ehitatud viisil, mis võimaldab auditeerimist ja suurendab süsteemi selgust. A. Rieke, M. Bogen ja D. G. Robinson leiavad, et sellise süsteemi auditeerimise viisiks võib olla tarkvara lähtekoodi analüüs, kuid vähegi keerukamate masinõppe algoritmide hindamiseks on üldjuhul vajalik näha selle toimimist kontrollimata keskkonnas päris kasutajate ja andmetega.⁹¹ Üheks viisiks selliste meetmete rakendamiseks on laiendada VõrdKS ja SoVS nõuete täitmist jälgiva soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise voliniku pädevusi, mis tulenevad VõrdKS § 16, ning VõrdKS § 17 lg-st 4 tulenevat õigust saada diskrimineerimisjuhtumi asjaolude selgitamiseks vajalikku teavet. VõrdKS § 16 alusel peaks soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinikul olema pädevus anda siduv arvamus võimaliku diskrimineerimise asetleidmise kohta nii isiku avalduse alusel kui ka omal algatusel. Õigus saada arvamuse andmiseks vajalikku teavet peaks võimaldama juurdepääsu algoritmilise juhtimise süsteemile nii, et oleks võimalik testida selle kallutatust.

1.4. Diskrimineerimise ärahoidmine läbi andmetöötluste põhimõtete

Algoritmiline juhtimine nõuab andmetöötlust. Seetõttu on asjakohased ka isikuandmete töötlemist puudutavate õigusaktide sätted, mis on suunatud võrdse kohtlemise tagamisele. Töösuhetes on selliseks õigusaktiks IKÜM.

IKÜM-i kohaldatakse isikuandmete täielikult või osaliselt automatiseeritud töötlemise suhtes ja kogumisse kuuluvate või kantavate andmete automatiseerimata töötlemise suhtes (IKÜM art 2 lg 1). Isikuandmete töötlemiseks on sellised isikuandmetega tehtavad automatiseeritud või automatiseerimata toimingud nagu kogumine, dokumenteerimine, korrastamine, struktureerimine, säilitamine, kohandamine ja muutmine, päringute tegemine, lugemine,

⁹¹ Rieke, A. jt. Public Scrutiny of Automated Decisions: Early Lessons and Emerging Methods. An Upturn and Omidyar Network Report. 2018. – <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2018-02/apo-nid210086.pdf> (25.03.2022), lk 19.

kasutamine, edastamine, avalikustamine, ühitamine või ühendamine, piiramine, kustutamine või hävitamine (IKÜM art 4 p 2).

IKÜM-i kohaldamisel tuleb arvestada sellega, et määrus puudutab üldjuhul ainult isikuandmete töötlemist. IKÜM art 4 p 1 järgi on isikuandmeteks igasugune teave füüsilise isiku kohta, keda saab otseselt või kaudselt tuvastada. Isikuandmete töötlemiseks ei ole seega anonüümitud andmete töötlemine näiteks mõnes prognoosivas tarkvaras. IKÜM põhjenduspunktis 26 on lisaks selgitatud, et isikuandmetega ei ole tegemist vaid siis, kui andmed on anonüümitud nii, et mõistlike pingutustega ei ole võimalik neid füüsilise isikuga seostada. Seejuures tuleb arvesse võtta, milliseid vahendeid andmetöötleva töötlemisel kasutada saab ning ka objektiivseid tegureid nagu näiteks isiku tuvastamise maksumus ja selleks kuluv aeg. Kui anonüümitud andmetega prognoosivat tarkvara rakendatakse üksiksiku suhtes, kohaldub siiski isikuandmete kaitse üldmäärus, sest töödeldakse ka selle isiku isikuandmeid, kelle suhtes tarkvara rakendatakse.⁹² On asutud ka seisukohale, et tehnoloogiliste innovatsioonide tõttu muutub ebamääraseks, mida saab pidada isikuandmeteks ja mida mitte.⁹³ Samuti leitakse, et eristus isikuandmete ja mitte isikuandmete vahel tuleks kaotada.⁹⁴

IKÜM art-s 5 on sätestatud isikuandmete töötlemise põhimõtted. Algoritmilisel diskrimineerimisel võivad asjakohased olla isikandmete töötlemise õiglus (IKÜM art 5 lg 1 p a) ja õigsus (IKÜM art 5 lg 1 p d). Isikuandmete töötlemise õigluse põhimõte võib olla asjakohane, sest õiglane otsus peaks järgima ka õigust võrdsele kohtlemisele. Isikuandmete õigsuse põhimõte võib aga olla asjakohane, sest nagu eelnevalt selgitatud, võib algoritmilisel juhtimisel tekkida diskrimineerimine, kui tarkvara kasutab andmeid, mis on valed, mittetäielikud või kallutatud.

IKÜM art 5 lg 1 p a kohaselt tuleb isikuandmete töötlemisel tagada, et töötlemine on seaduslik, õiglane ja andmesubjektile läbipaistev. Säte on diskrimineerimise puhul asjakohane, sest diskrimineerimist võib pidada isikuandmete kaitse õiglase töötlemise põhimõtte vastaseks. Ka IKÜM preambuli põhjenduspunkti 71 kohaselt tuleb andmesubjekti suhtes õiglase andmetöötluse tagamiseks muuhulgas ennetada diskrimineerivat mõju. IKÜM art 5 lg 1 p d

⁹² Zuiderveen Borgesius, F. J. Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making. Strasbourg: Directorate General of Democracy 2018, lk 25.

⁹³ Koops, B.-J. The Trouble with European Data Protection Law. – International Data Privacy Law 2014/4, lk 13.

⁹⁴ Putrova, N. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. – Law, Innovation and Technology 2018/1, lk 78.

alusel tuleb tagada, et isikuandmed on õiged ja vajaduse korral ajakohastatud ning et võetakse kõik mõistlikud meetmed, et töötlemise eesmärgi seisukohast ebaõiged isikuandmed kustutaks või parandataks viivitamata. Kui algoritmilisel juhtimisel kasutatakse ebatäielikke või valesid andmeid, mis põhjustab diskrimineerimise, on tegemist õigsuse põhimõtte rikkumisega.

IKÜM art 15 lg 1 sätestab andmesubjekti⁹⁵ õiguse andmetega tutvumiseks. Lisaks õigusele andmetega tutvumiseks, on automatiseeritud otsuse tegemisel isikul art 15 lg 1 p h alusel ka õigus saada vastutavalt töötlejalt teavet otsuse tegemisel kasutatava loogika ja selle kohta, millised on sellise töötlemise tähtsus ja prognoositavad tagajärjed andmesubjekti jaoks. Isikuandmete vastutavaks töötlejaks on IKÜM art 4 p 7 kohaselt füüsiline või juriidiline isik, avaliku sektori asutus, amet või muu organ, kes üksi või koos teistega määrab kindlaks isikuandmete töötlemise eesmärgid ja vahendid. Lisaks võib isikuandmeid töödelda ka volitatud töötleja, kelleks on füüsiline või juriidiline isik, avaliku sektori asutus, amet või muu organ, kes töötleb isikuandmeid vastutava töötleja nimel (IKÜM art 28, art 4 p 8). Füüsiline või juriidiline isik, avaliku sektori asutus, amet või muu organ, kellele isikuandmed avaldatakse, olenemata sellest, kas tegemist on kolmanda isikuga või mitte, on isikuandmete vastuvõtjaks (IKÜM art 4 p 9). Töösuhtes on vastutavaks töötlejaks üldjuhul tööandja, sest tööandja määrab töötlemise eesmärgid ja vahendid (näiteks määrab tööandja isikuandmete töötlemise eesmärgiks uue töötaja leidmise).

Algoritmiline juhtimine nõuab andmetöötlust, seega peab tööandja vastutava töötlejana informeerima töötajaid nende suhtes algoritmilise juhtimise rakendamisest. Uuringutes on leitud, et enamus inimesi ei loe neile isikuandmete töötlemise kohta esitatud informatsiooni.⁹⁶ Avalik informatsioon ettevõtte andmetöötluse korra kohta võimaldab siiski kontrollida selle ettevõtte tegevust ning annab vähemalt võimaluse teada saada, miks ja milliseid isiku andmeid töödeldakse. Samuti võib informeerimise kohustus motiveerida ettevõtteid töötleva andmeid isikuandmete kaitse sätetele vastavalt.

IKÜM art 35 lg 1 sätestab isikuandmete vastutavale töötlejale andmekaitsealase mõjuhinnangu läbiviimise kohustuse olukorras, kus isikuandmete töötlemise laadi, ulatust, konteksti ja eesmärgi arvesse võttes tekib tõenäoliselt füüsiliste isikute õigustele ja vabadustele suur oht.

⁹⁵ IKÜM art 4 p-st 1 tulenevalt on andmesubjekt tuvastatud või tuvastatav füüsiline isik, kelle kohta käivat teavet töödeldakse.

⁹⁶ Marotta-Wurgler, F. Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's "Principles of the Law of Software Contracts". – The University of Chicago Law Review 2011/1, lk 182.

Arvestades diskrimineerimise riski suurust ja inimeste majandusliku olukorra sõltuvust tööst, võib väita, et isikuandmete töötlemisega algoritmilise juhtimise raames töösuhetes võib kaasneda suur oht isiku õigustele. Mõjuhinnang peab muuhulgas hõlmama andmesubjektide õigusi ja vabadusi puudutavate ohtude hinnangut (IKÜM art 35 lg 7 p c) ja ohtude käsitlemiseks kavandatud meetmed (IKÜM art 35 lg 7 p d). Mõjuhinnangu läbi viimine võimaldab seega avastada algoritmilise juhtimise süsteemi kallutatust.

IKÜM art 58 annab ka andmekaitse järelevalveasutustele mitmesuguseid uurimisvolitusi. Järelevalveasutus on IKÜM art 4 p 22 ja art 51 lg 1 järgi liikmesriigi sõltumatu riigiasutus, mis vastutavad käesoleva määruse kohaldamise järelevalve eest, et kaitsta füüsiliste isikute põhiõigusi ja -vabadusi seoses nende isikuandmete töötlemisega ning hõlbustada isikuandmete vaba liikumist liidus. IKÜM art 58 kohaselt saab järelevalveasutus muuhulgas viia läbi andmekaitseauditi (IKÜM art 58 lg 1 p b), nõuda teavet enda ülesannete täitmiseks (IKÜM art 58 lg 1 p a) ja juurdepääsu isikuandmetele (IKÜM art 58 lg 1 p e). Andmekaitseauditi käigus oleks võimalik tuvastada diskrimineerivaid andmekasutusi. Isikuandmete kaitse sätete rikkumise tuvastamisel on järelevalveasutusel võimalik kasutada parandusvolitusi (IKÜM art 58 lg 2). Seega täiendab isikuandmete kaitse üldmäärus võrdset kohtlemist puudutavaid seadusi, lisades võimaluse algoritmilise juhtimise üle järelevalve teostamiseks.

Andmekaitseõigus ja võrdset kohtlemist reguleerivad seadused sisaldavad aga mõneti ka vastuolulisi huvisid. IKÜM art 5 lg 1 p f kohaselt tuleb isikuandmete töötlemisel tagada konfidentsiaalsus. Sättest tulenevalt tuleb isikuandmeid kaitsta loata või ebaseadusliku töötlemise eest. Seega ei saa diskrimineeritavaga jagada andmeid, mis viitavad diskrimineerimisele, kui andmed on seotud teise isikuga. Võimalik on siiski jagada anonüümitud andmeid või koondatud statistilisi andmeid, millest ei saa tuvastada üksikisikuid.

Õigust võrdsele kohtlemisele kaitseb ka IKÜM art 9, mille 1. lõike kohaselt on üldjuhul keelatud töödelda isikuandmeid, millest ilmneb rassiline või etniline päritolu, poliitilised vaated, usulised või filosoofilised veendumused või ametiühingusse kuulumine, geneetilisi andmeid, füüsilise isiku kordumatuks tuvastamiseks kasutatavaid biomeetrilisi andmeid, terviseandmeid või andmeid füüsilise isiku seksuaalelu ja seksuaalse sättumuse kohta. IKÜM art 22 lg 4 järgi on ka üldjuhul keelatud selliste andmete alusel üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva üksikotsuse tegemine.

Automatiseeritud töötlusel ei pruugi selliste andmete kasutamata jätmine diskrimineerimist ära hoida.⁹⁷ Teisest küljest võib selliste andmete töötlemine isegi olla vajalik diskrimineerimise ära hoidmiseks. Algoritmilisel juhtimise kasutatavad masinõppe süsteemid võivad järeldada, et isikul on mõni diskrimineerimistunnus ka pealtnäha neutraalsete tunnuste põhjal⁹⁸, seega ei piisa diskrimineerimise ära hoidmiseks lihtsalt andmekogumist tundlike andmete kustutamisest. Selleks, et analüüsida, kas näiteks isiku elukoht on seotud isiku rahvusega või keelekasutus elulookirjelduses on seotud sooga, on vajalik, et andmetöötlejal oleks informatsioon isiku rahvuse või soo kohta. Sellise seose leidmisel on võimalik süsteemi kohandada kaudse diskrimineerimise ära hoidmiseks. I. Žliobaitė ja B. Custers uurimus näitab, et seejuures ei ole vajalik isikuandmete eriliikide kasutamine otsustussüsteemi sisendina iga otsuse tegemisel, vaid piisab selliste andmete kasutamisest süsteemi ehitamisel.⁹⁹

Eelnevast tuleneb, et isikuandmete kaitset puudutavad reeglid toetavad mõneti diskrimineerimist puudutavaid sätteid, soodustades isikute võrdset kohtlemist. Näiteks saab diskrimineerimist pidada isikuandmete kaitse määruses sätestatud isikuandmete töötlemise õigluse ja õigsuse põhimõtete rikkumiseks. Autori hinnangul on IKÜM-is sätestatud isikuandmete töötlemise põhimõtted, andmesubjekti õigused ja andmetöötleja kohustused asjakohased algoritmilisel juhtimisel tekkida võiva töötaja diskrimineerimise ära hoidmiseks. Teisest küljest piirab IKÜM art 9 isikuandmete töötleja võimalust kasutada isiku kaitstud gruppi kuulumisele viitavaid andmeid ka diskrimineerimise ära hoidmise eesmärgil. Parema kaitse tagamiseks tuleks täiendada IKÜM art 9 lg-s 2 sätestatud erandeid isikuandmete eriliikide töötlemise keelust. Diskrimineerimise ära hoidmiseks peab säte võimaldama isikuandmete eriliikide kasutamist andmetöötlust läbi viivate süsteemide loomisel. Seejuures peab isikuandmete eriliikide töötlemise eesmärgiks selgelt olema diskrimineerimise ärahoidmine.

1.5. Diskrimineerimise ärahoidmine läbi tehisintellektisüsteemide kasutamise erinõuete

Vastutustundlik ja riske teadvustav algoritmilise juhtimise kasutamine vähendab inimese eelarvamuste mõju¹⁰⁰ ning võimaldab tööandjal efektiivsemalt töötajaid juhtida ja tööd korraldada. Siiski ei tohiks lähtuda eeldusest, et algoritmilise juhtimise tarkvara on alati

⁹⁷ Custers, B., Vrabec, H. U., lk 343.

⁹⁸ Orwat, C., lk 54.

⁹⁹ Žliobaitė, I., Custers, B. Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models. – Artificial Intelligence and Law 2016/2, lk 16.

¹⁰⁰ Houser, K. A., lk 332.

objektiivne. Usaldusväärsete tulemuste saavutamiseks on vajalik, et automatiseeritud otsuse tegemiseks kasutatavad andmed oleks tasakaalustatud ega sisaldaks eelarvamusi.¹⁰¹ Samuti peab tarkvara olema sobiv taotletava eesmärgi saavutamiseks. Osade läbipaistmatute algoritmide puhul on võimalik ka mõõta erinevate sisendite mõju väljundile.¹⁰² Seega tuleb töötajate kaitse parandamiseks soodustada vastutustundlikku algoritmilise juhtimise rakendamist.

Euroopa Liidu tasandil on tehtud täiendavaid samme isikute õiguste kaitseks tehisintellekti kasutamisel. 2021. aastal tegi Euroopa Komisjon ettepaneku võtta vastu tehisintellekti käsitlev määrus.¹⁰³ Komisjoni ettepanekus on tehisintellektisüsteemi mõiste sõnastatud laialt. Ettepaneku art 3 p 1 ja I lisa alusel on tehisintellektisüsteem tarkvara, mille arendamiseks on kasutatud masinõpet, loogika ja teadmispõhiseid lähenemisviise või statistilisi lähenemisviise ja mis võib teatavate inimeste kindlaks määratud eesmärkide jaoks luua väljundeid, mis mõjutavad keskkondi, millega nad suhtlevad. Selline mõiste hõlmab suure osa algoritmilisel juhtimisel kasutatavatest süsteemidest.

Tehisintellektisüsteemidest toob Komisjoni ettepanek välja keelatud ja suure riskiga tehisintellektisüsteemid. Töösuhetes on relevantssed ettepaneku art-s 6 sätestatud suure riskiga tehisintellektisüsteemid. Ettepaneku art 6 lg 2 ja III lisa p 4 alusel on suure riskiga tehisintellektisüsteemideks süsteemid, mis on mõeldud kasutamiseks selleks, et inimesi tööle võtta või välja valida, eeskätt seoses töökuulutuste avaldamise, avalduste sõelumise või filtreerimise ning vestluste või testide käigus kandidaatide hindamisega (punkt a) ja süsteemid, mis on mõeldud kasutamiseks selleks, et teha edutamise ja töösuhte lõpetamise otsuseid, jagada ülesandeid ning tegeleda selliste suhete kontekstis inimeste töötulemuste ja käitumise seire ja hindamisega (punkt b).

Suure riskiga tehisintellektisüsteemidele on ettepaneku 2. peatükis kehtestatud erinõuded. Näiteks nõuab ettepaneku art 9 riskijuhtimise süsteemi loomist, mis võimaldab teadaolevate ja prognoositavate riskide kindlakstegemist ja analüüsimist ning sobivate riskijuhtimismeetmete vastuvõtmist. Kallutatud ja ebakvaliteetsete andmete kasutamise piiramiseks on art-s 10

¹⁰¹ Samas, lk 334.

¹⁰² Lehr, D., Ohm, P. Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning. – University of California, Davis Law Review 2017/2, lk 710.

¹⁰³ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus, millega nähakse ette tehisintellekti käsitlevad ühtlustatud õigusnormid (tehisintellekti käsitlev õigusakt) ja muudetakse teatavaid liidu õigusakte. COM/2021/206 final. Brüssel 21.04.2021.

sätestatud nõuded andmehaldusele. Näiteks peavad süsteemi välja õpetamisel kasutatavad andmed olema asjakohased, vigadeta ja täielikud (ettepaneku art 10 lg 3). Samuti tuleb art 12 alusel tehisintellektisüsteeme arendada nii, et süsteemis toimuvaid sündmusi oleks võimalik registreerida ning art 13 alusel tagada süsteemi läbipaistvus selliselt, et kasutaja saaks süsteemi väljundit tõlgendada ja asjakohaselt kasutada. Sellised nõuded võimaldavad märgata süsteemi kallutatust ning ka hiljem tuvastada, mille alusel süsteem mingi otsuse vastu võttis.

Üheks võimaluseks algoritmilise süsteemi vastutustundliku arendamise soodustamiseks on ka luua sellise tarkvara sertifitseerimise süsteem. Sertifitseerimise nõue oleks eelkõige kasulik valdkondades, kus algoritmilised süsteemid mõjutavad oluliselt isikute õigusi. Ilmselgelt ei ole mõistlik nõuda igasuguste automatiseeritud otsuste tegemist võimaldava tarkvara (näiteks e-posti rämpsposti filter) testimist, kuid töötajate suhtes kasutatavate algoritmilise juhtimise süsteemide puhul võiks seda kaaluda. Sertifitseerimisasutused võiksid testida algoritmilise juhtimise süsteemide vastavust diskrimineerimise keelule ning väljastada litsentse testimise läbinud tarkvarale.

Vastavushindamise nõue sisaldub ka Euroopa Komisjoni ettepanekus. Ettepaneku art 19 on ette nähtud suure riskiga tehisintellektisüsteemi pakkuja kohustus tagada, et süsteem läbib vastavushindamise. Töösuhetes kasutatavate tehisintellektisüsteemide puhul on tegemist aga sisekontrollil põhineva vastavushindamisega (ettepaneku art 43 lg 2) ehk tehisintellektisüsteemi pakkujad hindavad ise enda süsteemi nõuetekohasust. Ettepaneku kohaselt peaksid tehisintellekti pakkujad seega hindama näiteks, kas süsteem on oma sihtotstarbe seisukohast asjakohase täpsusega (ettepaneku art 15 lg 1) või kas treenimis-, valideerimis- ja testimisandmestikud on representatiivsed (ettepaneku art 10 lg 4). N. Smuha leiab, et sellise laia kaalutlusõiguse ja ebaselgete juhtiste andmine tehisintellekti pakkujale ei taga piisavalt õiguskindlust.¹⁰⁴

Euroopa Liidu tasandil on juba olemas määrus, mis reguleerib kauplemisalgoritmide vastavuskontrolli ja tõlgendatavust – määrus (EL) 2017/589.¹⁰⁵ Määruse art 1 lg 1 alusel tuleb

¹⁰⁴ Smuha, N. A. How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act. – Artificial Intelligence – Law, Policy, & Ethics eJournal 5.08.2021, lk 39.

¹⁰⁵ Komisjoni delegeeritud määrus (EL) 2017/589, 19. juuli 2016, millega täiendatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/65/EL seoses regulatiivsete tehniliste standarditega, milles määratakse kindlaks algoritmkauplemisega tegelevate investeerimisühingute organisatsioonilised nõuded. – ELT L 87, 31.3.2017, lk 417-448.

investeeringisühingul kontrollida kauplemissüsteeme ja kauplemisalgoritme selge ja vormikohase juhtimiskorra alusel. Art 2 lg 1 alusel peab investeeringisühing tagama, et tema vastavuskontrolli üksuse töötajatel on vähemalt üldine arusaam algoritmkauplemise süsteemide ja investeeringisühingu kauplemisalgoritmide toimimisest. Töötaja üldise arusaama tagamise nõuet võiks rakendada ka töösuhetes töötaja suhtes, kes käitleb algoritmilise juhtimise süsteeme ja teeb nende abil otsuseid. Selline nõue soodustaks süsteemide korrektset ja töötajate õigusi minimaalselt ohustavat kasutamist.

Kokkuvõtlikult öeldes parandab Euroopa Komisjon pakutud tehisintellektisüsteeme puudutav määrus töötaja kaitset diskrimineerimise eest seeläbi, et näeb töösuhetes kasutatavate tehisintellektisüsteemide pakkujale ette kohustuse riskijuhtimise süsteemi loomiseks, tehisintellektisüsteemis toimuvate sündmuste registreerimiseks ja süsteemi väljundi tõlgendatavuse tagamiseks. Samuti sätestatakse nõuded süsteemi välja õpetamisel kasutatavate andmete haldusele ning kohustus hinnata süsteemi vastavust nõuetele. Autori hinnangul on sellised meetmed sobivad algoritmilisel juhtimisel töötajate diskrimineerimise ära hoidmiseks, sest nendega tagatakse tehisintellektisüsteemide vastutustundlik välja töötamine. Täiendavalt on võimalik luua tarkvara sõltumatu sertifitseerimise süsteem, kontrollimaks, kas eelkõige üksikisikute õigusi oluliselt mõjutavad süsteemid vastavad diskrimineerimise keelule. Samuti leiab autor, et tuleb kaaluda ka sellise nõude sätestamist, mis kohustab isikuandmete töötlejat tagama, et algoritmilise juhtimise süsteemi abil otsuseid tegeval töötajal on vähemalt üldine arusaam süsteemi toimimisest. Vastavad sätted peavad autori hinnangul sisalduma Euroopa Komisjoni esitatud tehisintellektisüsteeme käsitlevas määruses, sest nad on eelkõige seotud tehisintellektisüsteemide kasutamisega.

2. Töötaja isikuandmete töötlemise alused ja põhimõtted algoritmilise juhtimise korral

2.1. Isikuandmete töötlemise õiguslik alus

2.1.1. Töötaja nõusolek

Algoritmilise juhtimise rakendamiseks on esmatähtis töötajate isikuandmete töötlemine. Eelkõige võib vajalik olla koguda ja kasutada andmeid töötajate asukoha ja tööülesannete täitmise kohta. Töökohtade digitaliseerimine laiendab märkimisväärselt tööandja kontrolli töötaja andmete üle. Võimalik on koguda andmeid selle kohta, millega töötajad tegelevad, kui palju puhkepause nad teevad ning kuidas nad teistega koostööd teevad.¹⁰⁶

Töötajate isikuandmete töötlemisel tuleb arvestada IKÜM-ist tulenevate isikuandmete töötlemise põhimõtetega. Isikuandmete töötlemise põhimõtete täitmise eest vastutab isikuandmete vastutav töötleja (IKÜM art 5 lg 2).

Eelkõige peab IKÜM art 5 lg 1 p a kohaselt andmetöötlus olema seaduslik. Isikuandmete töötlemise seaduslikkus on täpsemalt sätestatud IKÜM art-is 6. IKÜM art 6 lg-s 1 nimetatud töötlemise alustest on töösuhetes tavapärasemad isikuandmete töötlemine andmesubjekti nõusoleku alusel (IKÜM art 6 lg 1 p a), töötlemine, mis on vajalik andmesubjekti osalusel sõlmitud lepingu täitmiseks või lepingu sõlmimisele eelnevate meetmete võtmiseks vastavalt andmesubjekti taotlusele (IKÜM art 6 lg 1 p b) ja töötlemine, mis on vajalik vastutava töötleja või kolmanda isiku õigustatud huvi korral (IKÜM art 6 lg 1 p f).

Esiteks võib töötaja isikuandmeid töödelda töötaja nõusoleku alusel. IKÜM art 4 p-s 11 on nõusolek defineeritud kui vabatahtlik, konkreetne, teadlik ja ühemõtteline tahteavaldus, millega andmesubjekt kas avalduse vormis või selge nõusolekut väljendava tegevusega nõustub tema kohta käivate isikuandmete töötlemisega. Andmetöötlus nõusoleku põhjal on töösuhetes problemaatiline.¹⁰⁷ Selleks, et valik oleks vabatahtlik, peab töötajal olema tõeline valikuvõimalus. IKÜM põhjenduspunktis 42 on selgitatud, et nõusolekut ei tohiks pidada

¹⁰⁶ Custers, B., Vrabec, H. U., lk 323.

¹⁰⁷ Euroopa Andmekaitsekoostöö. Suunised 05/2020 määruse (EL) 2016/679 kohase nõusoleku kohta. 4.05.2021. Kättesaadav: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_et.pdf (13.04.2022), lk 7.

vabatahtlikult antuks, kui isik tunneb sündi nõustuda või kui tal tuleb nõusoleku andmata jätmise korral taluda negatiivseid tagajärgi. Töötajale võib tunduda, et isikuandmete töötlemine, näiteks tööülesannete andmiseks või tööülesannetega hakkama saamise hindamiseks, on tingimata osa tööst ning et isikuandmete töötlemisest keeldumisega kaasneb töökohast ilma jäämine. Sellises olukorras antud nõusolek on kehtetu.

Andmetöötlus nõusoleku põhjal ei ole aga töösuhetes täielukult välistatud.¹⁰⁸ Erandjuhtudel võib tööandjal olla võimalik tõendada, et töötajal oli vaba valikuvõimalus ning nõusoleku andmisest keeldumisega ei oleks kaasnud negatiivseid tagajärgi.¹⁰⁹ Näiteks võiks isikuandmete töötlemine töötaja nõusoleku aluse olla võimalik olukorras, kus töötaja saab valida, kas ta nõustub enda biomeetriliste andmete töötlemisega, et võimaldada töökohta sisenemine näotuvastuse abil või keeldub ning kasutab sisenemiseks kiipkaarti. Algoritmilise juhtimisega seoses aga selliseid erandeid pigem ei ole, sest sellisel juhul on isikuandmete töötlemine tihedalt seotud tööülesannete täitmisega, mistõttu võib töötaja tunda sündi nõusoleku andmiseks.

Nõusolek peab olema ka teadlik. Isikule tuleks esitada teave, mis võimaldaks tal aru saada, millega ta nõustub.¹¹⁰ IKÜM põhjenduspunkti 42 järgi peaks andmesubjekt vähemalt olema teadlik sellest, kes on vastutav töötleja ja milleks kavatakse isikuandmeid töödelda. Lisaks tuleb isikut teavitada sellest, milliseid andmeid tema kohta kogutakse ja kasutatakse, andmete kasutamisest automatiseeritud otsuste tegemisel kooskõlas artikli 22 lõike 2 punktiga c ning võimalikest ohtudest andmete edastamisel.¹¹¹ IKÜM art 7 lg 3 kohaselt tuleb isikut teavitada ka nõusoleku tagasivõtmise õiguse olemasolust.

Kui töötajal on siiski võimalik anda vabatahtlik nõusolek isikuandmete töötlemiseks töösuhetes, ei pruugi nõusolek olla informeeritud, isegi kui vajalik teave on pealtnäha esitatud. Uurimus on näidanud, et üldjuhul ei saa inimesed privaatsuspoliitikast aru, milliseid andmeid täpselt kogutakse, millistel eesmärkidel, kuidas andmeid analüüsitakse ning milliseid otsuseid analüüsi põhjal võimalik teha on.¹¹²

¹⁰⁸ Euroopa Andmekaitse nõukogu. Suunised 05/2020 määruse (EL) 2016/679 kohase nõusoleku kohta, lk 7.

¹⁰⁹ Samas.

¹¹⁰ Samas, lk 13.

¹¹¹ Samas, lk 15.

¹¹² Solve, D. J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. – Harvard Law Review 2013/7, lk 1888.

Töötajatel võib samuti olla võimatu saada ülevaadet oma nõustumise tagajärgedest. Nagu eelnevalt mainitud, võib tehisintellekti poolt teostatava andmetöötuse korral töötlemise tulemus olla ettenägematu nii töötajale kui ka tööandjale. Laiaulatusliku isikuandmete töötlemise korral võib olla ka raske kindlaks teha, millisest toimingust või sisendist täpselt mingi tulemus tingitud on. Isikuandmete töötlemise üle on tööandjal palju suurem kontroll kui töötajal ja pidevalt suureneva andmemahu korral ei saa töötaja jälgida, tema andmete töötlemise õiguspärasust ning seega ka kaitsta oma õigust privaatsusele.

2.1.2. Lepingu sõlmimine või täitmine

IKÜM art 6 lg 1 p b on andmetöötlus seaduslik ka siis, kui see on vajalik lepingu täitmiseks või lepingu sõlmimisele eelnevate meetmete võtmiseks. Vajalikkust IKÜM art 6 lg 1 p b mõttes tuleks tõlgendada kitsalt.¹¹³ Tööandjal võib olla vajalik töödelda töötaja isikuandmed töölepingu täitmiseks. Et selline isikuandmete töötlemine oleks vajalik IKÜM art 6 lg 1 p b mõttes, peab see olema objektiivselt vajalik lepingus sätestatud eesmärgi saavutamiseks.¹¹⁴ Seega peaks lepingu täitmine sõltuma isikuandmete töötlemisest. Näiteks on tööandjal töölepingust tuleneva töötasu maksmise kohustuste täitmiseks vajalik töödelda töötajate pangaandmeid. Kui lepingu eesmärgi saavutamiseks on muid realistlikke ja isiku õigustesse vähem sekkuvaid meetmeid, ei saa töötlemistoimingut pidada vajalikuks.¹¹⁵ Autori hinnangul ei sõltu üldjuhul töölepingu täitmine või sõlmimine siiski algoritmilise juhtimise raames teostatavast töötajate jälgimisest ning algoritmilise juhtimise meetmed on asendatavad muude vahenditega, mis riivavad töötajate õigust privaatsusele vähem.

Tööandjal võib olla vajalik töödelda isikuandmeid lepingu sõlmimisele eelnevate meetmete kasutusele võtmiseks vastavalt andmesubjekti taotlusele (IKÜM art 6 lg 1 p b). Sättelega saab tugineda üksnes juhul, kui meetmed võetakse kasutusele andmesubjekti taotlusel. Autor leiab, et tööotsijate isikuandmete töötlemist sobiva kandidaadi leidmiseks ei saaks selle sätte alusel

¹¹³ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörihm. Suunised automatiseeritud töötusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilialüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel. 6.02.2018. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/inspeksioon/rahvusvaheline/juhised/suunised_automatiseeritud_tootlusel_pohinevate_üksikotsuste_tegemise_ja_profiilialuusi_kohta_maaruse_2016679_kohaldamisel.pdf (13.04.2022), lk 14.

¹¹⁴ Andmekaitse Inspeksioon. Õigustatud huvi. 15.05.2020. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/dokumendid/oigustatud_huvi_juhend_aki_26.05.2020.pdf (13.04.2022), lk 4.

¹¹⁵ European Data Protection Board. Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects. 8.10.2019. Kättesaadav: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf (25.04.2022), lk 8.

läbi viia, sest konkreetseid meetmeid kandidaatide hindamiseks ei võeta mitte tööotsija taotlusel, vaid lähtudes tööandja soovist teha kindlaks isiku töökohale sobivus.

2.1.3. Tööandja õigustatud huvi

Töötajate algoritmilise juhtimise kontekstis on ilmselt kõige asjakohasemaks isikuandmete töötlemise aluseks vastutava töötleja või kolmanda isiku õigustatud huvi (IKÜM art 6 lg 1 p f). Õigustatud huvi tuleks käsitleda laialt, hõlmates nii olulised huvid kui ka vähem olulised.¹¹⁶ Näiteks võib õigustatud huvi olemasolu jaatada töötajate seire läbiviimisel ohutuse või juhtimise eesmärkidel.¹¹⁷ Õigustatud huvi peab siiski olema seaduslik, piisavalt selgelt sõnastatud, et võimaldada tasakaalustada seda andmesubjekti huvide ja põhiõigustega (st piisavalt konkreetne) ning reaalne ja hetkel esinev.¹¹⁸

IKÜM art 6 lg 1 p-st f tuleneva isikuandmete töötlemise aluse kohaldamiseks ei piisa aga ainult vastutava töötleja või kolmanda isiku õigustatud huvi olemasolust. IKÜM art 6 lg 1 p-le f tuginemiseks peab vastutav töötleja kaaluma ühelt poolt enda või kolmanda isiku huvide olulisust ja teiselt poolt andmesubjekti huvide olulisust või põhiõiguste ja -vabaduste riivamise ulatust.

Andmesubjekti põhiõiguste- ja vabaduste riivamise ulatuse hindamisel on oluline analüüsida järgmisi asjaolusid:¹¹⁹

- 1) üksikisiku kohta koostatud profiili üksikasjalikkus (kas isikute profiilid kuuluvad üldiselt kirjeldatud rühma või üksikasjalikku sihtrühma);
- 2) profiili ulatuslikkus (kas kirjeldatakse andmesubjekti üksikuid aspekte või antakse laiaulatuslik ülevaade);
- 3) profiilianalüüsi mõju andmesubjektile;
- 4) kaitsemeetmed õigluse, mittediskrimineerimise ja täpsuse tagamiseks.

¹¹⁶ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 24.

¹¹⁷ Samas.

¹¹⁸ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Arvamus 06/2014 andmete vastutava töötleja õigustatud huvide mõiste kohta direktiivi 95/46/EÜ artikli 7 tähenduses. 9.04.2014. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_et.pdf (13.04.2022), lk 25.

¹¹⁹ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 15.

Arvesse tuleb võtta kõiki töötaja asjakohaseid huve ning isikuandmete töötlemise tagajärgi.¹²⁰ Näiteks tuleks kaaluda, kas isikuandmete töötlemine võib põhjustada töötaja tõrjumist või diskrimineerimist, samuti selliseid laiemaid mõjusid, nagu mure oma isikuandmete üle kontrolli puudumise pärast.¹²¹ Ka huvide kaalumisel tuleb kasutada kolmeastmelist proportsionaalsuse testi.¹²² Seega tuleb hinnata isikuandmete töötlemise sobivust, vajalikkust ja proportsionaalsust kitsamas mõttes ehk mõõdukust.

Tööandjal võib olla õigustatud huvi töödelda töötajate isikuandmeid personalijuhtimise automatiseerimiseks tõhususe suurendamise eesmärgiga. Kui algoritmilist juhtimist kasutatakse näiteks töötajatele detailsete tööülesannete andmiseks ja nende produktiivsuse hindamiseks, on selle tulemusel töötaja kohta koostatud profiil üldjuhul üksikasjalik, sest see koostatakse iga töötaja kohta eraldi. Töötaja profiil on sellisel juhul ka laiaulatuslik, sest jälgitakse pidevalt tööülesannete täitmise kiirust ja täpsust, mõningatel juhtudel ka töötaja täpset asukohta. Sellisel isikuandmete töötlemisel on ka suur mõju töötajale, sest see võib tingida näiteks töölepingu ülesütlemise tööandja poolt. Selline isikuandmete töötlemine üldjuhul soodustab töötlemise eesmärgi saavutamist. Andmetöötlus võib olla ka vajalik, kui ei ole teisi mõistlikke ja efektiivseid meetmeid töötajate juhtimiseks (näiteks kui töötajaid on palju ning tööpäeva jooksul tuleb anda suur hulk väiksemaid tööülesandeid, samuti on sellisel juhul palju raskem ja kulukam automatiseerimata viisil jälgida tööülesannete täitmist). Küsitav on selliste meetmete mõõdukus, sest need riivavad oluliselt töötajate õigust privaatsusele ning võivad kaasa tuua töötajate diskrimineerimise või töötajat ebasoodsalt mõjutada (näiteks võivad töötajad tunda survet ületunnitöö tegemiseks,¹²³ et produktiivsuse poolest teistest töötajatest mitte maha jääda).

Andmetöötlus võib aga olla ka üldisem. Näiteks kui tööülesanded jaotatakse suvaliselt hommikuses vahetuses töötavate töötajate vahel, ei töödelda iga töötaja andmeid eraldi, vaid osana üldisemast grupist („hommikuse vahetuse töötajad“). Sellisel juhul ei ole profiil ka laiaulatuslik, vaid käsitleb ainult töötaja üksikuid aspekte. Selline töötajate isikuandmete töötlemine soodustab eesmärgi saavutamist ning on ka vajalik, sest ei ole muud viisi isikuandmete töötlemiseks, mis kahjustaks isiku huve vähem (sisuliselt ei ole vahet, kas tööülesandeid annab inimene või algoritmilise juhtimise süsteem). Samuti on andmetöötlus

¹²⁰ Andmekaitse Inspeksioon. Õigustatud huvi, lk 7.

¹²¹ Samas.

¹²² Samas, lk 8.

¹²³ Delfanti, A., lk 50.

mõõdukas, sest riivab töötaja õigust privaatsusele vähe ning tööülesannete jagamine on nii töötaja kui ka tööandja huvides.

Töötaja isikuandmete töötlemine peab olema täielikult õigustatud ehk isikuandmetega ei tohiks teha toiminguid, mis on ebavajalikud.¹²⁴ Töötajatele tööülesannete automatiseeritud jaotamisel näiteks nende asukoha ja hõivatuse alusel või tööoskuste alusel võiks tööandjal olla õigustatud huvi töötaja isikuandmete töötlemiseks, mis kaalub üles töötaja õiguse privaatsusele. Selline töötlus peaks aga olema konkreetselt seotud töötaja töölepingust tulenevate kohustuste täitmisega. Näiteks ei saaks õigustatuks pidada seda, et töötaja asukoha jälgimine jätkub ka vaheajal.

Õigustatud huvi hindamine on tööandja kui vastutava töötleja ülesanne (IKÜM art 5 lg 2 ja 24 lg 1). Kompleksse töötajate juhtimise süsteemi kasutamisel võib tööandjal olla keeruline hinnata iga süsteemi raames läbi viidava toimingu proportsionaalsust. Läbipaistmatuse ja pidevalt arenevate süsteemide kasutamisel võib see olla ka võimatu. Lisaks tuleb õigustatud huvi hinnata perioodiliselt, sest õigustatud huvi võib aja jooksul lõppeda või võib muutuda huvide tasakaal.¹²⁵ Andmetöötlusest tuleneva võimaliku intensiivse riive korral võib aga olla vajalik andmekaitsealase mõjuhinnangu koostamine (IKÜM art 35).

Teatud andmete kogumine on õigustatud ka TLS § 11 ja võlaõigusseaduse¹²⁶ (edaspidi VÕS) § 14 alusel. TLS § 11 lg 1 alusel saaks tööandja lepinguelsestel läbirääkimistel või töölepingu sõlmimist muul viisil ette valmistades, sealhulgas töökuulutuses või töövestlusel nõuda selliste andmete esitamist, mille vastu tal on õigustatud huvi. TLS § 11 lg 2 järgi eeldatakse tööandja õigustatud huvi puudumist küsimuste puhul, mis puudutavad ebaproportsionaalselt töölesoovija eraelu või mis ei ole seotud sobivusega pakutavale töökohale. Tööandja võib siiski põhjendada õigustatud huvi olemasolu. VÕS § 14 lg 2 alusel peavad lepinguelseid läbirääkimisi pidavad pooled teatama üksteisele kõikidest asjaoludest, mille vastu teisel poolel on lepingu eesmärki arvestades äratuntav oluline huvi, välja arvatud asjaoludest, mille teatamist ei saa teine pool mõistlikult oodata.

¹²⁴ Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 2/2017 on data processing at work. 8.06.2017. Kättesaadav: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169/en> (13.04.2022), lk 14.

¹²⁵ Andmekaitse Inspeksioon. Õigustatud huvi, lk 6.

¹²⁶ Võlaõigusseadus. – RT I, 15.03.2022, 14.

See, et töötajate isikuandmete töötlemise peamiseks aluseks on tööandja kui vastutava töötleja või kolmanda isiku õigustatud huvi, on problemaatiline, sest sellisel juhul ei ole töötajal andmesubjektina kontrolli oma isikuandmete töötlemise üle. Töötaja peab usaldama enda õiguste kaitse ja huvide õiglase kaalumise tööandjale. Töötaja isikuandmete töötlemisel algoritmilise juhtimise raames võivad aga olla töötaja jaoks tõsised tagajärjed.

Sellisel juhul on töötajal IKÜM art 21 lg 1 alusel õigus esitada vastuväiteid teda puudutavate isikuandmete töötlemise suhtes, mis toimub IKÜM art 6 lg 1 p e (isikuandmete töötlemine avalikes huvides oleva ülesande täitmiseks või avaliku võimu teostamiseks) või f (isikuandmete töötlemine vastutava töötleja või kolmanda isiku õigustatud huvi korral) alusel. Õigus esitada isikuandmete töötlemisele vastuväide järgib ühelt poolt eesmärki tagada isikuandmete vastustundlik töötlemine isikuandmete töötleja poolt, teiselt poolt aga tagab andmesubjekti kontrolli enda andmete üle.¹²⁷ Vastuväite esitamisel ei tohi vastutav töötleja isikuandmeid edasi töödelda, kui ta ei tõenda, et andmeid töödeldakse õiguspärasel põhjusel, mis kaalub üles andmesubjekti huvid, õigused ja vabadused, või õigusnõuete koostamise, esitamise või kaitsmise eesmärgil. Sätte alusel ei pea töötaja näitama, et tal on vastuväite esitamiseks alus, vaid andmetöötleja peab tõendama, et isikuandmete töötlemine on õiguspärane.

Töötaja isikuandmete seaduslikuks töötlemiseks tuleb seega arvestada, et töölepingu täitmise või sõlmimise eesmärgil saab töödelda vaid väga piiratud hulka töötaja isikuandmeid. Töötaja nõusoleku põhjal on isikuandmete töötlemine võimalik vaid erandjuhtudel, sest töötajal ei ole üldjuhul töötaja ja tööandja vahelise suhte iseloomust lähtudes tõelist ja vaba valikuvõimalust. Kui mingil juhul saab siiski tugineda töötaja nõusolekule, on küsitav, kas töötaja nõusolek on teadlik, sest sageli ei saa inimesed tegelikult aru nende andmete töötlemise viisidest ja põhjustest. Peamiseks aluseks töötaja isikuandmete töötlemiseks on seega tööandja või kolmanda isiku õigustatud huvi, millele tuginemiseks peab tööandja kaaluma enda huve ja töötaja huve ja õigusi. Sellisel juhul ei ole töötajal andmesubjektina aga kontrolli oma isikuandmete töötlemise üle ning ta peab usaldama enda õiguste kaitse ja huvide õiglase kaalumise tööandjale. Tööandjal võib aga kompleksse töötajate juhtimise süsteemi kasutamisel olla keeruline hinnata iga süsteemi raames läbi viidava toimingu proportsionaalsust.

Töötaja isikuandmete kaitset aitab mõnevõrra tagada IKÜM art 21 tulenev õigus esitada õigustatud huvil põhinevale andmetöötlusele vastuväiteid, seejuures ei ole töötajal väljalik

¹²⁷ EK C-434/16, *Peter Nowak versus Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2017:994, p 48.

vastuväite põhjendamine. Autori hinnangul on vastuväite esitamise võimalus sobiv meede töötaja privaatsuse ja isikuandmete kaitse tagamiseks, sest vastuväite esitamisega saab töötaja peatada enda isikuandmete kasutamise. Isikuandmete kasutamise jätkamisel saab töötaja aga kontrollida, et tööandja on täitnud enda kohustust arvestada õigustatud huvi proportsionaalsuse hindamisel töötaja huvide ja õigustega.

Üheks võimaluseks töötajate isikuandmete kaitse täiendamiseks on ka luua kollektiivsed õigused, mis kaitseks töötajaid algoritmilise juhtimise olukorras.¹²⁸ Näiteks on võimalik kehtestada nõue küsida enne töötajate jälgimist võimaldavate uute meetmete kasutusele võttu arvamust töötajate esindajatelt. Selline nõue kehtib juba Prantsusmaal.¹²⁹ Eestis on aga ametiühingusse kuuluvate töötajate ja töötajate usaldusisikuga ettevõtete osakaal madal. 2019. aastal kuulus ametiühingusse vaid 6% töötajatest.¹³⁰ Töötajate ametiühingusse kuulumine on tegelikult madal ka Prantsusmaal – 2016. aasta seisuga kuulub ametiühingusse 10.8%.¹³¹ Lähtudes töötajate esindajate väikesest osakaalust, tuleb kaaluda muid viise töötajate kaasamiseks, näiteks kehtestades üldise kohustuse küsida töötajate arvamust enne uue töötajate jälgimist võimaldava meetme kasutusele võttu. Töötajate usaldusisiku seaduse¹³² (edaspidi TUIS) § 20 lg 1 sätestab olukorrad, millal tööandja peab konsulteerima töötajate usaldusisikuga või selle puudumisel töötajatega. Autori hinnangul tuleb sätet täiendada nii, et tööandjal oleks kohustus konsulteerida töötajate usaldusisikuga või töötajatega ka siis, kui kavandatakse uue töötaja jälgimist võimaldava meetme kasutuselevõttu. Arvestades, et põhiliseks isikuandmete töötlemise aluseks töösuhetes on töötaja või kolmanda isiku huvi, annaks töötajate kaasamine neile aktiivsema rolli oma isikuandmete kasutamises ning tagaks nende õigustega arvestamise. Töötajate kaasamine protsessi võimaldab neil oma õigusi teadvustada ja paremini kaitsta.

¹²⁸ De Stefano, V. “Negotiating the algorithm”: Automation, artificial intelligence and labour protection. Genf: International Labour Office 2018, lk 22.

¹²⁹ Wood, A. J., lk 15.

¹³⁰ Organisation for Economic Co-operation and Development. Statistics. Trade Union Density. - <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD> (26.04.2022).

¹³¹ Samas.

¹³² Töötajate usaldusisiku seadus. – RT I, 12.11.2021, 18.

2.2. Isikuandmete töötlemise eesmärgipärasus

IKÜM art 5 lg 1 p b alusel peavad isikuandmed olema kogutud täpselt ja selgelt kindlaksmääratud ning õiguspärasel eesmärgidel ning neid ei tohi hiljem töödelda viisil, mis on nende eesmärkidega vastuolus. Seega peab andmete töötlemise eesmärk olema eelnevalt selgelt kindlaks määratud. Isikuandmed peavad olema kogutud kindlaksmääratud eesmärkidel, seega peab eesmärk olema määratletud enne isikuandmete kogumist.

IKÜM art 5 lg 1 p b alusel ei tohi andmeid hiljem töödelda viisil, mis ei vasta andmete kogumisel kindlaks määratud eesmärgile. Sättes on eristatud andmete kogumist kui esimest isikuandmete töötlemise toimingut ja hilisemat isikuandmete töötlemist ehk andmete kogumisel määratletud eesmärgile peavad vastama kõik toimingud, mis tehakse peale andmete kogumist. Kui tööandjal peaks olema vaja töödelda andmeid mingil muul eesmärgil kui see, milleks andmed koguti, tuleks küsida uus nõusolek või hinnata muul eesmärgil töötlemise kooskõla esialgse eesmärgiga (IKÜM art 6 lg 4). Isikuandmete eesmärgipärane töötlemine tagab, et andmetöötlus jääb isiku mõistlike ootuste piiridesse ning et isikuandmete töötleja ei kogu andmeid, mis ei ole vajalikud või asjakohased eesmärgi saavutamiseks.

Esimeseks sammuks on seega isikuandmete töötlemise eesmärgi kindlaks määramine. IKÜM art 5 lg 1 p b alusel peab eesmärk olema kindlaksmääratud. Seega peab eesmärk olema piisavalt määratletud, et võimaldada asjakohaste isikuandmete kaitse meetmete rakendamine ja piirata isikuandmete töötlemise ulatust.¹³³ Eesmärgist peab olema selge, milline isikuandmete töötlemine ei ole sellega hõlmatud.¹³⁴ Kui isikuandmeid kogutakse mitmel eesmärgil, tuleb iga eesmärk kindlaks määrata sellise täpsusega, mis võimaldab hinnata isikuandmete töötlemise õiguspärasust.¹³⁵ Sama sätte alusel peab eesmärk olema väljendatud täpselt ja selgelt. Seega tuleb isikuandmete töötlemise eesmärgid väljendada nii, et need oleks arusaadavad ja üheselt mõistetavad.¹³⁶ Eesmärgi selguse ja täpsuse nõuded järgivad ka andmetöötluse läbipaistvuse põhimõtet ning tagavad, et isikule oleks ettenähtav isikuandmete töötlemise tagajärg. Eesmärk peab olema ka õiguspärane. Eesmärgi õiguspärasuse mõiste IKÜM art 5 lg 1 p b mõttes on

¹³³ Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 03/2013 on purpose limitation. 2.04.2013. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf (13.04.2022), lk 12.

¹³⁴ Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 03/2013 on purpose limitation, lk 15.

¹³⁵ Samas, lk 16.

¹³⁶ Samas, lk 17.

laiem, kui isikuandmete töötlemise seaduslikkus IKÜM art 6 lg 1 alusel.¹³⁷ Õiguspärasus tähendab, et isikuandmete töötlemise eesmärk peab olema õigusega kooskõlas kõige laiemas mõttes.¹³⁸ Seega peab eesmärk olema kooskõlas kõigi asjakohaste õigusaktidega, näiteks töösuheteid puudutavate seadustega, ja ka õiguse üldpõhimõtetega. Tööandjal tuleb seega algoritmilise juhtimise raames läbi viidava isikuandmete töötlemise eesmärgid täpselt ja töötaja jaoks selgelt kindlaks määrata.

Isikuandmete töötlemise eesmärgipärasust tagavad ka võimalikult väheste andmete kogumise ja säilitamise piirangu põhimõtted. IKÜM art 5 lg 1 p c järgi peavad isikuandmed olema piiratud sellega, mis on vajalik nende töötlemise eesmärgi seisukohalt. IKÜM art 5 lg 1 p e alusel säilitatakse isikuandmeid kujul, mis võimaldab andmesubjekte tuvastada ainult seni, kuni see on vajalik töötlemise eesmärgi saavutamiseks. Algoritmilise juhtimise kontekstis on tööandja kui vastutava töötleja huvides üldjuhul koguda võimalikult palju andmeid täpsete tulemuste saavutamiseks. Samuti võib olla kasulik töötajate hindamiseks kogutud isikuandmete säilitamine ka siis, kui need enam selle töötaja hindamiseks vajalikud ei ole, sest selliseid andmeid saab kasutada sarnasele töökohale kandideerijate töökohale sobivuse prognoosimiseks. Võimalikult väheste andmete kogumise ja säilitamise piirangu põhimõtted tagavad, et ei töödelda isikuandmeid, mis ei ole vajalikud eesmärgi saavutamiseks ning et andmeid ei säilitata siis, kui need ei ole vajalikud selle eesmärgi saavutamiseks, milleks andmed koguti.

IKÜM art 6 lg 2 alusel vastutab ka isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse eest isikuandmete vastutav töötleja. Sama sätte alusel peab vastutav töötleja olema võimeline ka tõendama, et andmeid töödeldakse vaid kindlaksmääratud eesmärkidel.

Algoritmilise juhtimise rakendamisel töösuhetes võib olla keeruline jälgida isikuandmete töötlemise eesmärgipärasust. Tehnoloogilised vahendid võimaldavad tööandjatel koguda töötajate kohta suure hulga andmeid ning neid erinevatel viisidel analüüsida ja omavahel seostada. Kuigi andmetöötlus, mis ei vasta eelnevalt määratletud eesmärgile, on keelatud, võib see praktikas just andmete suure hulga ja tehnoloogiliste vahendite läbipaistmatuse tõttu lihtsasti juhtuda. Näiteks võib tööandja töödelda andmeid töötaja asukoha kohta eesmärgiga selle alusel tööülesanne määrata, kuid hiljem kasutatakse neid andmeid ka selleks, et

¹³⁷ Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 03/2013 on purpose limitation, lk 19.

¹³⁸ Samas, lk 20.

analüüsida, kui palju aega töötaja puhkeruumis veedab. Selline töötlemine ei ole kooskõlas esialgse eesmärgiga, seega tuleb eraldi kontrollida sellisel eesmärgil andmete töötlemise seaduslikkust.

Samuti võib tööandja andmetöötluse eesmärgi valesti määratleda, näiteks liiga üldise keelekasutusega ning lähtuda sellisest üldiselt määratletud eesmärgist. Tööandja ei tohiks aga määratleda eesmärki vabalt, lähtudes ainult enda ootustest. Andmetöötluse eesmärgid võivad olla ka osaliselt varjatud pikas ja keerulises privaatsuspoliitikas, mida inimesed üldjuhul ei loe. Sellistel juhtudel kaotab eesmärgi kindlaksmääramine oma mõtte. Kui eesmärk on liiga üldine või arusaamatu, ei ole võimalik kontrollida isikuandmete töötlemise vastavust sellele eesmärgile ja isikuandmete töötlemise põhimõttele. Samuti ei saa töötaja sellistel juhtudel hinnata, millised võiksid olla isikuandmete töötlemise tagajärjed.

Kuigi isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse hindamine muutub tehnoloogia arengu tõttu keeruliseks, on see siiski isikuandmete kaitse keskseks põhimõtteks. Isikuandmete töötlemise eesmärgi piirangu põhimõtte järgimine võimaldab andmesubjektidel mingilgi määral enda andmeid valitseda. Põhimõte tagab ka usalduse isikuandmete töötlemisse ning õiglase konkurentsi andmetöötluse valdkonnas.¹³⁹

Eelnevast nähtub, et töötaja isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse nõude järgimine ja töötaja õiguste kaitse sõltub oluliselt sellest, kuidas tööandja isikuandmete töötlemise eesmärgi määratleb. Kui eesmärk on määratletud liiga laialt, ei teki töötajal ettekujutust sellest, kuidas tema isikuandmeid kasutatakse. Samuti jääb sellisel juhul kaitseta töötaja õigus privaatsusele, sest üldine eesmärgi sõnastus võib hõlmata suurt hulka isikuandmeid ja nende töötlemise viise. Töötajal võib olla ka keeruline aru saada, kas eesmärk on sõnastatud piisavalt konkreetselt. Autor on seisukohal, et isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse põhimõtte on seega sõnastatud liiga üldiselt töötaja õiguste kaitsmiseks algoritmilise juhtimise puhul, sest säte jätab isikuandmete töötlemise eesmärgi valiku ja sõnastuse suures osas tööandjale. Samas on sätete kõrge üldistatuse aste IKÜM-ile omane, sest määrus peab hõlmama suurt hulka erinevaid situatsioone. Arvestades, et tööandjal on palju suurem kontroll töötaja isikuandmete töötlemise üle kui töötajal, tuleb töösuhtes siiski kaaluda töötaja kaasamist isikuandmete töötlemise eesmärkide määratlemisesse. Töötaja kaasamiseks saab näiteks anda töötajale õiguse esitada

¹³⁹ Zarsky, T. Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data. – Seton Hall Law Review 2017/4, lk 1006-1007.

vastuväide isikuandmete töötlemiseks kindlaks määratud eesmärgile ja isikuandmete töötlemise eesmärgipärasusele sarnaselt IKÜM art-le 21.

2.3. Isikuandmete töötlemise läbipaistvus

Sageli ei ole töötajad isikuandmete töötlemise protsessist teadlikud. Samuti võib neil olla keeruline mõista isikuandmete töötlemise keerulisi meetodeid. Isikuandmete automatiseeritud töötlemisel võidakse luua ka uusi tuletatud andmeid, mida töötaja otseselt esitanud ei ole.¹⁴⁰ Kui töötaja ei tea või ei saa aru enda isikuandmete töötlemisest, on tal võimatu enda õigusi kaitsta.

IKÜM art 5 lg 1 p a alusel peab isikuandmete töötlemine olema läbipaistev. IKÜM-is ei ole läbipaistvuse mõiste määratletud. Isikuandmete töötlemise läbipaistvust on aga selgitatud määruse põhjenduspunktis 39. Põhjenduspunkti järgi eeldab läbipaistvuse põhimõte, et isikuandmete töötlemisega seotud teave on lihtsalt kättesaadav, arusaadav ning selgelt ja lihtsasti sõnastatud.

Andmetöötamise läbipaistvus ja sellega seotud kord on sätestatud IKÜM art 12. IKÜM art 12 sätestab andmetöötamise läbipaistvust toetavad mehhanismid ja kaitsemeetmed. Sätte kohaselt tuleb andmesubjektile esitada määruse artiklites 13 ja 14 osutatud teave ning teavitada teda isikuandmete töötlemisest kokkuvõtlikult, selgelt, arusaadavalt ning lihtsasti kättesaadavas vormis, kasutades selget ja lihtsalt keelt. Teave tuleb esitada kirjalikult või muude vahendite abil, andmesubjekti taotlusel aga suuliselt (IKÜM art 2 lg 1). Üldjuhul tuleb teave esitada tasuta (IKÜM art 12 lg 5).

Teabe kokkuvõtlikult ja selgelt esitamine tähendab, et teave tuleks esitada tõhusalt ja lakooniliselt.¹⁴¹ Arusaadavuse nõue tähendab, et teave peab olema arusaadav selle sihtrühma keskmisele esindajale.¹⁴² Teabe alusel peab andmesubjektil olema võimalik kindlaks teha,

¹⁴⁰ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörihm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 9.

¹⁴¹ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörihm. Suunised määruse 2016/679 kohase läbipaistvuse kohta. 11.04.2018. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/inspeksioon/rahvusvaheline/juhised/suunised_maaruse_2016679_kohase_labipaistvuse_kohta.pdf (13.04.2022), lk 6.

¹⁴² Samas.

millised on töötlemise ulatus ja tagajärjed.¹⁴³ Teave on lihtsasti kättesaadav, kui andmesubjekt ei pea teavet otsima.¹⁴⁴

Isikuandmete kogumisel andmesubjektilt peab tööandja vastutav töötlejana IKÜM art 13 lg 1 alusel andmete saamise ajal tegema töötajale teatavaks vastutava töötleja, asjakohasel juhul andmekaitseametniku kontaktandmed, isikuandmete töötlemise eesmärgi ja õigusliku aluse, andmete töötlemisel õigustatud huvi alusel teabe õigustatud huvide kohta, asjakohasel juhul teabe isikuandmete vastuvõtjate kohta ja teabe isikuandmete kolmandale riigile või rahvusvahelisele organisatsioonile edastamise kohta. Õiglase ja läbipaistva töötlemise tagamiseks tuleb IKÜM art 13 lg 2 alusel lisaks esitada teave isikuandmete säilitamise ajavahemiku või ajavahemiku määramise kriteeriumide kohta, teave andmesubjekti õiguste kohta, teave selle kohta, kas isikuandmete esitamine on õigusaktist või lepingust tulenev kohustus või lepingu sõlmimiseks vajalik nõue ning selliste andmete esitamata jätmise võimalike tagajärgede kohta, samuti teave automatiseeritud otsuste tegemise kohta ning teave sellise otsuse tegemisel kasutatava loogika ja tagajärgede kohta.

Kui andmed ei ole saadud andmesubjektilt, näiteks kui need on saadud kaudselt läbi andmesubjekti isikuandmete analüüsimise või mõnest muust allikast, tuleb esitada sama teave IKÜM art 14 lg-te 1 ja 2 alusel. Lisaks tuleb IKÜM art 14 lg 1 alusel andmesubjekti teavitada isikuandmete liikide kohta ning IKÜM art 14 lg 2 alusel anda teave isikuandmete päritoluallika kohta.

Isikuandmete töötlemise läbipaistvusel on oluline roll andmesubjekti ja isikuandmete töötleja vahelise tasakaalu tagamisel. Laiaulatuslik andmete töötlemine suurendab tööandja mõjuvõimu töötaja üle, sest tööandjal on palju suurem kontroll isikuandmete üle kui töötajal. Läbipaistev isikuandmete töötlemine annab võimaluse kontrollida, et andmetöötlus on õiguspärane ning et isikuandmete töötleja ei kuritarvita oma mõjuvõimu.

Kui andmesubjektil on õigus saada isikuandmete töötlemise kohta teavet, on ka vähem tõenäoline, et isikuandmete töötleja töötleb andmeid oma suva järgi. IKÜM põhjenduspunktis 63 on aga selgitatud, et õigus saada teavet ei tohiks kahjustada teiste isikute õigusi ega vabadusi, sealhulgas ärisaladusi ega intellektuaalomandit ning eelkõige tarkvara kaitsvat autoriõigust.

¹⁴³ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse tööühm. Suunised määruse 2016/679 kohase läbipaistvuse kohta, lk 7.

¹⁴⁴ Samas, lk 8.

Põhjenduspunkti järgi ei tohiks töötleja siiski teiste isikute õiguste ja vabaduste kaitsmise eesmärgiga teabe esitamisest keelduda.

Samuti võimaldab läbipaistvus andmesubjektil aru saada, millistel kaalutlustel tema suhtes tehtud otsus vastu on võetud, ning enda IKÜM-ist tulenevaid õigusi kasutada. Töötajal on õigus nõuda teda puudutavate ebaõigete isikuandmete parandamist ja andmete töötlemise eesmärki arvestades mittetäielike andmete täiendamist IKÜM art 6 alusel. Õigus nõuda andmete parandamist kaitseb andmesubjekti selle eest, et tema suhtes tehakse valede või mittetäielike andmete põhjal ebaõiglane otsus.

IKÜM art 17 lg 1 alusel on töötajal õigus nõuda andmete kustutamist. Tööandja peab sellisel juhul andmed kustutama, kui isikuandmeid ei ole enam vaja esialgse eesmärgi saavutamiseks, töötaja võtab töötlemiseks antud nõusoleku tagasi ning puudub muu õiguslik alus isikuandmete töötlemiseks, töötaja esitab vastuväite isikuandmete töötlemise suhtes IKÜM art 21 lg 1 alusel ja töötlemiseks ei ole ülekaalukaid õiguspäraseid põhjuseid või isikuandmeid on töödeldud ebaseaduslikult.

IKÜM art 18 lg 1 alusel võib töötaja nõuda ka isikuandmete töötlemise piiramist juhul, kui ta vaidlustab isikuandmete õigsuse, ajaks, mis võimaldab vastutaval töötlejal isikuandmete õigsust kontrollida, kui isikuandmete töötlemine on ebaseaduslik, kuid andmesubjekt ei taotle isikuandmete kustutamist, vaid kasutamise piiramist, kui vastutav töötleja ei vaja isikuandmeid enam töötlemise eesmärkidel, kuid need on andmesubjektile vajalikud õigusnõuete koostamiseks, esitamiseks või kaitsmiseks ning kui andmesubjekt on esitanud isikuandmete töötlemise suhtes artikli 21 lõike 1 kohaselt vastuväite, ajaks, kuni kontrollitakse, kas vastutava töötleja õiguspäraseid põhjused kaaluvad üles andmesubjekti põhjused.

Eelnimetatud õiguse kasutamine ei ole võimalik, kui töötaja ei saa aru, mis eesmärgil, kuidas ja milliseid tema andmeid töödeldakse.

Peamiseks probleemiks algoritmilisel juhtimisel kasutatavate tehisintellekti lahenduste puhul on see, et läbipaistvuse saavutamine nende puhul on raske.¹⁴⁵ Otsuse arusaadavust tagavad IKÜM art 13 lg 2 p f ja art 14 lg 2 p g, mille alusel tuleb üksnes automatiseeritud otsuse tegemisel esitada andmesubjektile sisuline teave otsuse tegemisel kasutatava loogika kohta ja selle kohta, millised on sellise töötlemise tähtsus ja prognoositav tagajärg andmesubjekti jaoks.

¹⁴⁵ Wachter, S. jt, lk 77.

Sätted kohalduvad aga vaid olukorras, kus andmesubjekti kohta tehakse täielikult automatiseeritud otsus. Seega olukorras, kus algoritmilise juhtimise tarkvara läbi viidud analüüsi tulemused vaatab mõtestatult üle inimene ning teeb neile tuginedes otsuse, ei pea andmesubjektile esitama teavet automatiseeritud analüüsi loogika ega prognoositavate tagajärgede kohta. Ka olukorras, kus otsust ei võeta vastu täielikult automatiseeritud andmetöötluse põhjal, võib aga andmete töötlemine olla keeruline ja arusaamatu ning selle tagajärg seetõttu töötajale ettenägematu. Kui töötajale esitatakse lühidalt teave töödeldavate isikuandmete ja töötlemise eesmärkide kohta, võib siiski jääda arusaamatuks, milline tagajärg isikuandmete töötlemisel on ning kuidas mõjutavad töötaja andmed või käitumine isikuandmete töötlemise tulemust.

Praktilises mõttes on läbipaistvuse saavutamine raske algoritmiliste otsustussüsteemide keerukuse tõttu.¹⁴⁶ Mõned tehisintellekti süsteemid arenevad järk-järgult, õpivad varasematest otsustest ning jõuavad uudsete tulemusteni, mida ei saa andmesubjektile eelnevalt selgitada.¹⁴⁷ On pakutud, et otsustusprotsessi ülesehituse arusaamise asemel tuleks püüda aru saada, miks mingi otsuseni on jõutud ning kuidas sellist otsust vaidlustada saab.¹⁴⁸ Üldjuhul ei ole otsuse arusaadavaks muutmiseks kasulik tarkvara lähtekoodi avaldamine, sest isikul, kellele teave avaldatakse, ei ole tehnilisi teadmisi koodi analüüsimiseks. Selle asemel tulebki selgitada, milliste tingimuste alusel mingi otsus vastu võetakse. Nagu eelnevalt mainitud, võib siiski tehisintellekti süsteemide puhul ka seda, miks mingi otsuseni jõuti, hiljem olla võimatu kindlaks teha. Kui isikuandmete töötlemine ei ole läbipaistev, on tõenäoline, et töötajate isikuandmete õiguspärane töötlemine muutub ajapikku õigustamatuks jälgimiseks.

Eelnevast järeldub, et isikuandmete töötlemise läbipaistvuse nõue tagab küll selle, et töötajat teavitatakse tema isikuandmete töötlemisest ning sellest, milliseid tema andmeid ja mis eesmärgil töödeldakse, kuid töötlemise sisu võib töötajale siiski jääda arusaamatuks. Seetõttu ei teki töötajal ettekujutust sellest, millised võivad olla andmetöötluse tagajärjed ning millised asjaolud tulemust mõjutavad. Sellisel juhul ei ole aga töötajal tegelikku kontrolli enda isikuandmete üle. Autori hinnangul tuleb algoritmilise juhtimise läbipaistvuse suurendamiseks laiendada vastutava töötleja IKÜM art 13 lg 2 p-st f ja art 14 lg 2 p-st g tulenevat kohustust esitada andmesubjektile sisuline teave andmetöötlusel kasutatava loogika ja töötlemise

¹⁴⁶ Custers, B., Vrabec, H. U., lk 340.

¹⁴⁷ Samas.

¹⁴⁸ Wachter, S. jt, lk 76.

tagajärgede kohta nii, et see hõlmaks ka otsuseid, mis ei tehta täielikult automatiseeritud töötamise põhjal. Selline kohustus peaks kohalduma olukorras, kus algoritmilise juhtimise süsteem teeb ettepaneku otsuse kohta ning valdkondades, mis mõjutavad oluliselt isiku õigusi, sealhulgas töösuhetes.

3. Töötaja isikuandmete töötlemine automatiseeritud otsuse tegemisel algoritmilise juhtimise korral

3.1. Osaliselt ja täielikult automatiseeritud juhtimisotsuse eristamine

Eelnevalt käsitletud algoritmilise juhtimise definitsiooni järgi hõlmab algoritmiline juhtimine tehnoloogilisi vahendeid ja meetodeid töötajate kaugjuhtimiseks, kasutades andmete kogumist ja töötajate järelevalvet, et võimaldada automatiseeritud ja pool-automatiseeritud otsuste tegemine.¹⁴⁹ Näiteks saab algoritmilise juhtimise raames automatiseerida töökohale sobiva kandidaadi valimist, töötajale tööülesannete määramist, töögraafiku kindlaks määramist ning töölepingu ülesütlemist. Algoritmilise juhtimise eesmärgiks on seega töötajate suhtes tehtavate otsuste automatiseerimine, kasutades töötajate andmeid. Osaliselt ja täielikult automatiseeritud otsuste tegemisel tuleb seega samuti kohaldada IKÜM-i, sest selliste otsuste tegemisel viiakse läbi isikuandmete töötlemist IKÜM art 2 lg 1 ja 4 p 2 mõttes.

IKÜM eristab automatiseeritud töötlusel põhineva üksikotsuse tegemist ja profiilianalüüsi. Profiilianalüüs on IKÜM art 4 p 4 järgi isikuandmete igasugune automatiseeritud töötlemine, mis hõlmab isikuandmete kasutamist füüsilise isikuga seotud teatavate isiklike aspektide hindamiseks. Seega peab tegemist olema automatiseeritud töötlemisega, milles kasutatakse isikuandmeid ning mille eesmärgiks on füüsilise isiku isiklike aspektide hindamine. Muuhulgas on IKÜM art 4 p 4 kohaselt profiilianalüüsiga tegemist olukorras, kus isikuandmeid kasutatakse töötulemuste või käitumise analüüsimiseks või prognoosimiseks.

Profiilianalüüsiks ei ole tingimata isikute lihtne liigitus teadaolevate omaduste põhjal (näiteks vanus, sugu).¹⁵⁰ Lähtuda tuleb liigitamise eesmärgist – kui tööandja liigitab töötajaid soo järgi näiteks statistilistel eesmärkidel, ei ole tegemist isikute kohta prognooside või järelduste tegemisega ning see ei ole profiilianalüüs.

Profiilianalüüsi mõiste hõlmab kahte protsessi: isiku tunnuste kohta järelduste tegemine (profiili loomine) ja isiku kohtlemine vastavalt nendele tunnustele (profiili kohaldamine).¹⁵¹ Lisaks on profiilianalüüsil kolm eristatavat astet: andmete kogumine, andmete automatiseeritud

¹⁴⁹ Mateescu, A., Nguyen, A., lk 3.

¹⁵⁰ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörihm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 7.

¹⁵¹ Kuner, C. jt (toim), lk 130.

analüüs isikute omaduste ja käitumise vaheliste seoste leidmiseks ning leitud seoste põhjal üksikisiku käitumise või omaduste prognoosimine.¹⁵²

IKÜM art 4 p 1 alusel on profiilianalüüsiks isikuandmete igasugune automatiseeritud töötlemine. Selline sõnastus ei välista inimese osalust profiilianalüüsi läbi viimisel, sest tegemist võib olla „igasuguse“ automatiseeritud töötlusega, mitte „üksnes“ automatiseeritud töötlusega.

Automatiseeritud otsuse puhul on tegemist otsustamisega tehnoloogiliste vahendite abil ilma inimese sekkumiseta.¹⁵³ Automatiseeritud otsus võib osaliselt kattuda profiilianalüüsiga või profiilianalüüsile tugineda.¹⁵⁴ Näiteks võib tööandja kasutada tehnoloogilist vahendit, mis prognoosib, milline töötaja mingi tööülesande täitmiseks kõige paremini sobib, ning valib prognoosi alusel, millisele töötajale ülesanne määratakse. Sellisel juhul on prognoosi näol tegemist profiilianalüüsiga, millele järgneb automatiseeritud otsus töötajale tööülesande määramise näol. Automatiseeritud otsuseid ja profiilianalüüsi saab teha ka üksteisest eraldi.¹⁵⁵ Näiteks võib profiilianalüüsi tulemuste põhjal teha otsuse inimene tehnoloogilist vahendit kasutamata.

Nagu ka muu andmetöötluse puhul, tuleb isikuandmete põhjal automatiseeritud otsuse tegemisel ja profiilianalüüsi läbi viimisel järgida IKÜM art 5 lg-s 1 sätestatud andmekaitsepõhimõtteid. Seega peab nii täielikult kui ka osaliselt automatiseeritud otsuse tegemine olema seaduslik, õiglane ja läbipaistev, eesmärgipärane, tehtud võimalikult väheste andmete kogumisega, õigete andmete põhjal, järgides andmete säilitamise piirangut ning usaldusväärsuse ja konfidentsiaalsuse põhimõtteid. Andmekaitsepõhimõtteid tuleb järgida kõigil profiilianalüüsi ja otsuse tegemise etappidel.

Täielikult ja osaliselt automatiseeritud otsuste eristamine on oluline IKÜM art 22 kohaldamisel. IKÜM art 22 on keskseks sätteks üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemisel. Säte piirab täielikult automatiseeritud otsuste tegemist rangelt, sätestades isiku õiguse, et tema

¹⁵² The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling. Recommendation CM/Rec(2010)13 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 23 November 2010 and explanatory memorandum. Strasbourg: Council on Europe Publishing 2011, lk 25.

¹⁵³ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 8

¹⁵⁴ Samas.

¹⁵⁵ Samas.

suhtes ei võetaks vastu otsust, mis põhineb üksnes automatiseeritud töötlusel ning mis toob kaasa teda puudutavaid õiguslikke tagajärgi või avaldab talle märkimisväärset mõju.

Sätte eesmärgiks on kaitsta andmesubjekte automatiseeritud profiilianalüüsi läbi viimise olukorras, sest selline andmetöötlus mõjutab oluliselt isiku võimalust kontrollida otsustusprotsesse, mis neid puudutavad.¹⁵⁶ Samuti võivad täielikult automatiseeritud otsuste tegemisel andmetöötlejad eeldada, et otsus on õiguspärane ja jätke enda kohustused täitmata.¹⁵⁷ IKÜM põhjenduspunktist 71 nähtub ka see, et automatiseeritud otsuste tegemisel on murekohaks selliste otsuste võimalik ebakvaliteetsus, mis võib lisaks valele otsusele põhjustada diskrimineerimist.

Otsuseks IKÜM art 22 lg 1 mõttes võib olla nii ametlik dokument, millega tehakse õigusliku mõjuga otsus selle adressaadi suhtes, kui ka andmesubjekti suhtes mingi hoiaku võtmine ja selle hoiaku põhjal käitumine.¹⁵⁸ Seega hõlmab otsuse mõiste igasuguseid töötajate suhtes algoritmilisel juhtimisel tehtavaid otsuseid. Otsus ei pea olema mingis kindlas vormis, kuid see peaks olema vormistatud vähemalt nii, et oleks võimalik eristada seda teistest tarkvara tehtud toimingutest (näiteks otsuse ette valmistamine).¹⁵⁹ Otsuseks saab pidada ka suurema protsessi vaheotsuseid.¹⁶⁰ Otsuseks saaks järelikult pidada ka näiteks töötajale hinnangu andmist või töötaja vöötkoodilugejale temale valitud tööülesande saatmist.

Mõistet „üksnes automatiseeritud töötlus“ tuleb käsitleda laialt. Üksnes automatiseeritud töötlus tähendab, et otsuse tegemisel ei osale mõtestatult inimene. IKÜM art 22 lg 1 kohaldamise vältimiseks peab inimese sekkumine mõjutama otsuse tulemust ehk ei piisa sellest, et inimene kinnitab otsuse. Üksnes automatiseeritud töötlusega ei oleks tegemist näiteks siis, kui automatiseeritud protsess annab soovitusel isiku koha, mille inimene üle vaatab võttes lõpliku otsuse tegemisel arvesse ka muid tegureid.¹⁶¹

Et tegemist ei oleks üksnes automatiseeritud töötlusega, peaks otsustusprotsess seega vastama järgmistele tingimustele:

¹⁵⁶ Kuner, C. jt (toim), lk 526.

¹⁵⁷ Samas.

¹⁵⁸ Samas, lk 532.

¹⁵⁹ Samas.

¹⁶⁰ Samas.

¹⁶¹ Samas, lk 21-22.

- 1) inimene peaks olema kaasatud süsteemi soovitude kontrollimisse ning ei tohiks rutiinselt kohaldada automaatseid soovitusi üksikisikule;
- 2) inimese osalus peab olema aktiivne ning tal peaks olema sisuline mõju otsuse vastu võtmisele, sealhulgas pädevus soovitudest erineva otsuse vastu võtmiseks;
- 3) inimene peaks kaaluma ja tõlgendama soovitusi, arvestades nende algandmeid ja muid faktoreid.¹⁶²

Seega on töötaja õiguste kindlaks tegemiseks oluline eristada osaliselt ja täielikult automatiseeritud otsuseid. Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsusega on tegemist siis, kui otsuse tegemisel ei osale mõtestatult inimene. Sellise otsuse tegemisel tuleb lisaks IKÜM art 5 lg-s 1 sätestatud isikuandmete kaitse põhimõtetele arvestada ka IKÜM art 22 nõuetega. Otsuseks IKÜM art 22 mõttes saab pidada igasugust töötaja suhtes algoritmilise juhtimise raames vastu võetud otsust või töötajale antud hinnangut. Inimese mõtestatud osalemine otsuse vastu võtmisel tähendab, et inimene ei kohalda rutiinselt automaatseid soovitusi, vaid osaleb aktiivselt otsuse vastu võtmisel, tõlgendab soovitusi ning saab vajadusel vastu võtta soovitudest erineva otsuse. Autori hinnangul on selline automatiseeritud otsuste käsitlemine asjakohane töötaja isikuandmete kaitse seisukohast, sest nii ei saa täielikult automatiseeritud otsustele seatud rangemast korrast eemale hoida ainuüksi sellega, et inimene kinnitab automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse ilma seda analüüsivõimet.

3.2. Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva juhtimisotsuse tegemine

IKÜM art 22 lg 1 sõnastusest lähtudes on selle kohaldamiseks kaks alternatiivset eeldust – otsus võetakse vastu kas profiilialalüüsi põhjal või muu üksnes automatiseeritud töötluse põhjal. Seega kohaldub säte nii olukordades, kus automatiseeritud otsus tugineb profiilialalüüsil kui ka olukordades, kus ei tugine. M. Brkan täheldab, et üldjuhul kasutatakse siiski automatiseeritud otsuste tegemisel profiilialalüüsi.¹⁶³

IKÜM art 22 lg 1 sõnastus („Andmesubjektil on õigus, et tema suhtes ei võetaks vastu otsust [...]“) ei keela sõnaselgelt üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse vastuvõtmist. Sättes sõnastus erineb näiteks IKÜM art 9 lg-st 1, mille alusel on isikuandmete eriliikide

¹⁶² Wood, A. J., lk 11.

¹⁶³ Brkan, M. Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond. – International Journal of Law and Information Technology 2019/2, lk 6.

töötlemine üldjuhul keelatud („Keelatud on töödelda isikuandmeid [...]“). Samuti asub IKÜM art 22 määruse peatükis, mis käsitleb andmesubjekti õigusi, mitte näiteks isikuandmete töötlemise põhimõtteid või vastutava ja volitatud töötleja kohustusi käsitlevas peatükis. Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm on siiski leidnud, et IKÜM art 22 lg 1 kehtestab üksnes automatiseeritud töötlusel põhinevate otsuste tegemise üldise keelu, mis kehtib olenemata sellest, kas andmesubjekt oma õigust aktiivselt kasutab.¹⁶⁴ Seega on andmesubjekt automaatselt kaitstud automatiseeritud otsuse tegemise eest.

IKÜM art 22 lg 1 alusel on keelatud sellise otsuse tegemise, millega kaasnevad andmesubjektile õiguslikud tagajärjed või märkimisväärne mõju. Nagu ka mõistet „üksnes automatiseeritud töötlus“, tuleb mõisteid „õiguslikud tagajärjed“ ja „märkimisväärne mõju“ samuti tõlgendada pigem laialt. Õigusliku tagajärgena on selline otsus, mis mõjutab isiku õigusi, sealhulgas selline otsus, mis mõjutab isiku õiguslikku seisundit või tema lepingust tulenevaid õigusi.¹⁶⁵ Seega võib töösuhtes õigusliku tagajärgena otsuseks olla näiteks töölepingu üles ütlemine. Otsusele, mis ei mõjuta isiku õigusi, võib siiski kohalduda IKÜM art 22, kui otsus avaldab isikule märkimisväärset mõju. Tuleb arvestada sellega, et sätte eestikeelne sõnastus („[...] toob kaasa teda puudutavaid õiguslikke tagajärgi või avaldab talle märkimisväärset mõju.“) erineb mõnevõrra ingliskeelsest – ingliskeelse sõnastuse kohaselt peab otsusel olema õiguslik tagajärg või sarnane märkimisväärne mõju („[...] which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her.“). Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühma suunistest tuleneb, et just sõnastus „sarnane märkimisväärne mõju“ on oluline, sest see viitab, et IKÜM art 22 lg 1 kohaldamiseks peab ka muu märkimisväärne mõju olema sarnane õiguslikule tagajärjele.¹⁶⁶ Seega, et otsusel oleks märkimisväärne mõju, peab otsus potentsiaalselt mõjutama märkimisväärselt isiku olukorda, käitumist või valikut, avaldama andmesubjektile pikaajalist või püsivat mõju või tooma kaasa isiku tõrjutuse või diskrimineerimise.¹⁶⁷ Selliseks otsuseks võib olla näiteks otsus, millega võetakse ära isiku töövõimalus või pannakse isik väga ebasoodsasse olukorda.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 20.

¹⁶⁵ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 22.

¹⁶⁶ Samas.

¹⁶⁷ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 22.

¹⁶⁸ Samas.

Seega on märkimisväärse mõjuga otsus, millega valitakse töökohale sobiv töötaja või jäetakse mõned kandidaadid valikust kõrvale. Samuti saab märkimisväärse mõjuga otsuseks pidada töögraafiku määramist ja muude juhtimisotsuste tegemist, sest sellised otsused võivad panna isiku väga ebasoodsasse olukorda.¹⁶⁹ Eelkõige võivad märkimisväärset mõju avaldada otsused, mille tegemiseks kasutatakse laiaulatuslikku töötajate jälgimist, näiteks töötaja asukoha, käitumise ning tööülesannete täitmise kiiruse ja nõuetekohasuse jälgimist läbi erinevate seadmete.

Kui IKÜM art 22 lg 1 alusel on üldjuhul isikut märkimisväärselt mõjutava üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemine keelatud, siis lõige 2 sätestab sellele keelule erandid. IKÜM art 22 lg 1 järgi ei kohaldata lõiget 1, kui otsus on vajalik andmesubjektiga lepingu sõlmimiseks või lepingu täitmiseks, otsus on lubatud liidu või liikmesriigi õigusega või otsus põhineb andmesubjekti selgesõnalisel nõusolekul.

Inimese mõtestatud osalus otsuse tegemisel võib olla kulukas või võimatu töödeldavate andmete suure koguse tõttu. Näiteks võib suure hulga tööle kandideerijate taotluste läbi vaatamine või sadade töötajate vahel tööülesannete jaotamine olla ajakulukas. Sellisel juhul võib automatiseeritud otsuse tegemine olla töölepingu sõlmimiseks või täitmiseks vajalik. Automatiseeritud otsuse tegemise vajalikkuse hindamiseks tuleb kaaluda, kas on olemas muid tõhusaid ja vähem isiku eraellu sekkuvaid meetmeid.¹⁷⁰

Samuti võib automatiseeritud otsuse tegemine olla lubatud liidu või liikmesriigi õigusega, milles on sätestatud ka asjakohased meetmed andmesubjekti õiguste ja vabaduste ning õigustatud huvide kaitsmiseks (IKÜM art 22 lg 2 p b). Seni ei ole Eesti või Euroopa Liidu õigusega sätestatud erandeid töösuhetes üksnes automatiseeritud töötlusel põhinevate otsuste tegemiseks. IKÜM põhjenduspunkti 71 alusel võib automatiseeritud otsus olla liidu või liikmesriigi õigusega lubatud näiteks vastutava töötleja osutatava teenuse turvalisuse ja usaldusväärsuse tagamiseks.

IKÜM art 22 lg 2 p c järgi on üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse vastu võtmine lubatud ka juhul, kui andmesubjekt on andnud selleks selgesõnalise nõusoleku. Isikuandmete

¹⁶⁹ Ebert I, Wildhaber I, Adams-Prassl J. Big Data in the workplace: Privacy Due Diligence as a human rights-based approach to employee privacy protection. Big Data & Society. January 2021, lk 4.

¹⁷⁰ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 24.

kaitse üldmäärukses ei ole selgesõnalist nõusolekut eraldi määratletud. Mõiste „selgesõnaline“ viitab nõusoleku andmise viisile ehk andmesubjekt peab esitama nõusoleku kohta sõnaselge avalduse.¹⁷¹ Kõige kindlamaks viisiks sõnaselge nõusoleku andmiseks on nõusoleku andmine selges kirjalikus avalduses.¹⁷² Isikuandmete kaitse üldmäärukses ei ole ette nähtud selgesõnalise nõusoleku vormi. Selgesõnalise nõusoleku andmine on võimalik ka elektroonilise vormi täitmisega või suulise avalduse tegemisega.¹⁷³ Erinevuseks tavalise nõusoleku ja selgesõnalise nõusoleku vahel on seega see, et tavalist nõusolekut võib andmesubjekt väljendada ka tegevusega (IKÜM art 4 p 11), selgesõnalist nõusolekut aga ainult avaldusega.

Võrreldes isikuandmete seaduslikuks töötlemiseks vajaliku nõusolekuga (IKÜM art 6 lg 1 p a), on tegemist kõrgendatud standardiga. Seega peab automatiseeritud otsuse tegemiseks antav nõusolek olema sõnaselge, lisaks muudele tavalisele nõusolekule seatud tingimustele. Töösuhetes oleks ka automatiseeritud otsuste tegemine nõusoleku põhjal pigem erandlik, sest üldjuhul ei saa tööle kandideerija või töötaja töösuhtes anda vaba nõusolekut.

Kui täielikult automatiseeritud otsuseid tehakse selgesõnalise nõusoleku põhjal või lähtudes otsuse vajalikkusest lepingu sõlmimiseks või täitmiseks, tuleb rakendada asjakohaseid meetmeid, et kaitsta andmesubjekti õigusi ja vabadusi ning õigustatud huve. Vähemalt tuleks tagada õigus otsesele isiklikule kontaktile vastutava töötlejaga, et väljendada oma seisukohta ja vaidlustada otsus (IKÜM art 22 lg 3). IKÜM põhjenduspunktis 71 on lisaks selgitatud, et sellised kaitsemeetmed peaksid hõlmama andmesubjektile konkreetse teabe andmist ja õigust otsesele isiklikule kontaktile, õigust väljendada oma seisukohta, õigust saada selgitust otsuse kohta, mis tehti pärast sellist hindamist, ning õigust seda otsust vaidlustada.

Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemisel on seega töötaja kaitstud eelkõige kahel viisil. Esiteks on andmesubjektil õigus saada teavet automatiseeritud otsuse kohta ning selle tegemisel kasutatava loogika ning otsuse tähtsuse ja prognoositavate tagajärgede kohta (IKÜM art 13 lg 2 p f, art 14 lg 2 p g ja art 15 lg 1 p h). Teiseks on andmesubjektil õigus, et tema suhtes ei tehtaks üksnes automatiseeritud töötlusel põhinevat otsust, kui ei kohaldu erandid (IKÜM art 22 lg 1). IKÜM art 22 lg-s 2 sätestatud erandite kohaldumisel on vastutaval töötleja kohustus rakendada asjakohaseid meetmeid andmesubjekti õiguste kaitseks.

¹⁷¹ Euroopa Andmekaitsekoogu. Suunised 05/2020 määruse (EL) 2016/679 kohase nõusoleku kohta, lk 21.

¹⁷² Samas.

¹⁷³ Samas.

Andmesubjektil on sätte alusel vähemalt õigus otsesele isiklikule kontaktile vastutava töötlejaga, õigus väljendada oma seisukohta ja õigus otsus vaidlustada (IKÜM art 22 lg 3).

IKÜM art 22 lg-s 3 nimetatud õigustest keskseks on õigus isiklikule kontaktile. Isiklik kontakt tähendab, et isikul peaks olema võimalik nõuda, et automaatsesse otsustusprotsessi sekkuks inimene. Selline sekkumine peaks hõlmama otsuse kontrollimist, käsitledes kõiki asjakohaseid andmeid ning ka andmesubjekti esitatud lisainformatsiooni. Sellise kontrolli peaks läbi viima keegi, kellel on pädevus ka otsust muuta.¹⁷⁴ Selline õigus tagab, et täielikult automatiseeritud otsuste tegemine on võimalik allutada inimese kontrollile ning et töötaja saab otsuse vaidlustada ja esitada enda seisukoha. Inimese sekkumise nõudmise õiguse olulisust on rõhutatud ka Euroopa Komisjoni direktiivi ettepanekus¹⁷⁵ platvormitöö tingimuste parandamiseks. Ettepanekus on platvormitöö puhul õigust isiklikule kontaktile täpsustatud – ettepaneku art 8 lg 1 kohaselt tuleb tagada, et platvormitöötaja töötingimusi oluliselt mõjutava otsuse tegemisel oleks platvormitöötajal võimalik võtta ühendust kontaktisikuga, et arutada ja selgitada otsuse tegemiseni viinud fakte, asjaolusid ja põhjuseid. Lisaks peavad sätte alusel digitaalsed tööplatvormid tagama, et sellistel kontaktisikutel on nimetatud ülesande täitmiseks vajalik pädevus, väljaõpe ja volitus. Ettepaneku art 8 lg 2 alusel on platvormitöötajal õigus taotleda digitaalselt tööplatvormilt otsuse läbivaatamist, kui ta ei ole saanud selgituse või kirjaliku põhjendusega rahul või leiab, et otsus rikub tema õigusi. Autor leiab, et selline täpsem õigus isiklikule kontaktile oleks asjakohane ka töösuhetes, mis ei ole seotud platvormitööga.

Õigus saada sisulist teavet otsuse tegemisel kasutatava loogika kohta tähendab, et isikuandmete töötleja peab leidma lihtsa viisi, kuidas isikut otsusele jõudmise kriteeriumitest teavitada.¹⁷⁶ Esitada tuleb sisuline teave, mitte keerukas algoritmi selgitus või täielik algoritm.¹⁷⁷ Ka ei ole algoritmilise juhtimise süsteemi keerukus põhjuseks, et andmesubjektile teave esitamata jätta.¹⁷⁸ Teabest peab andmesubjekt mõistma otsuste tegemise põhjuseid.¹⁷⁹ Samuti tuleb isikule esitada teave kavandatava või tulevase töötlemise mõju kohta. Selleks, et selline

¹⁷⁴ Malgieri, G. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other “suitable safeguards” in the national legislations. – Computer Law & Security Review 2019/5, lk 4

¹⁷⁵ Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv platvormitöö tingimuste parandamise kohta. COM/2021/762 final. Brüssel 9.12.2021.

¹⁷⁶ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 26.

¹⁷⁷ Samas.

¹⁷⁸ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 26.

¹⁷⁹ Samas.

informatsioon oleks andmesubjektile arusaadav, tuleb teha konkreetseid näiteid võimaliku mõju laadi kohta.¹⁸⁰ Sellise teabe esitamise kohustus tagab ka selle, et isikuandmete töötleja on teadlik tema kasutuses oleva süsteemi loogikast ning sellest, kuidas see andmesubjekte mõjutab.

IKÜM art 22 lg-s 3 esitatud õiguste nimekiri (õigus otsesele isiklikule kontaktile, õigus väljendada oma seisukohta ja õigus otsus vaidlustada) ei ole ammendav. Millised õigused säte andmesubjektile täpselt annab on vaieldav. Näiteks on erimeelsusi selle osas, kas andmesubjektil on õigus saada otsuse kohta selgitusi pärast otsuse tegemist.¹⁸¹ Selline õigus on välja toodud isikuandmete kaitse üldmääruse põhjenduspunktis 71, kuid määruse täitmisele pööratavas osas sellist õigust ei ole. Seega tuleks täpsustada, kas andmesubjektil on õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta või ainult üldisema otsuse vastu võtmise loogika kohta.

Isikuandmete töötleja peab muutma IKÜM art 22 lg-st 3 tulenevate andmete kasutamise andmesubjekti jaoks lihtsaks. See tähendab, et automaatne otsustusprotsess peab olema läbipaistev, sest andmesubjekt saab oma otsuse vaidlustada ja oma seisukohti väljendada vaid siis, kui ta saab aru, kuidas otsus tehtud on.¹⁸²

Lisaks sättes nimetatud õigustele leiab Artikli 29 alusel asutatud andmekaitse töörühm, et asjakohasteks meetmeteks andmesubjektide õiguste kaitsmiseks on töödeldavate andmekogude sage hindamine andmete kallutatuse kontrollimiseks ning asjakohaste meetmete kehtestamine vigade, ebatäpsuste ja diskrimineerimise vältimiseks.¹⁸³

Sellised õigused on töötajal aga vaid täielikult automatiseeritud otsuse tegemisel. Seejuures võib olla keeruline kindlaks teha, kui mõtestatult osales otsuse tegemisel inimene. Kui isikuandmete automatiseeritud töötlemine vaid toetab otsuse vastu võtmist inimese poolt, ei kohaldu IKÜM art 22 lg 1 isegi siis, kui profiilialalüüs on väga ulatuslik ning inimese otsus põhineb suures osas sellel. See, et otsus põhineb täielikult automatiseeritud isikuandmete töötlemisel, oleks ilmselge vaid olukorras, kus näiteks tööle kandideerimisel saadakse

¹⁸⁰ Samas, lk 27.

¹⁸¹ Wachter, S. jt, lk 79.

¹⁸² Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilialalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 28.

¹⁸³ Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilialalüüsi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel, lk 29.

negatiivne vastus sekundite jooksul pärast avalduse saatmist. Juhul, kui tegemist ei ole täielikult automatiseeritud otsusega, saab töötaja tugineda muudele andmesubjekti õigustele.

Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemine on töösuhetes seega IKÜM art 22 lg 1 alusel oluliselt piiratud. Märkimisväärse mõjuga või õigusliku tagajärjega üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemine tuleb töösuhetes kõne alla siis, kui see on vajalik töölepingu sõlmimiseks või täitmiseks. Töötajal on sellises olukorras vähemalt õigus saada teavet otsuse kohta, nõuda inimese sekkumist ning otsus vaidlustada. Sellised õigused on töötajal aga vaid täielikult automatiseeritud otsuse tegemisel ehk siis, kui otsuse tegemisel ei osale mõtestatult inimene. Osaliselt automatiseeritud otsuse puhul võib aga olla keeruline tuvastada, kui märkimisväärne roll oli otsuse tegemisel inimesel.

Samuti on ebaselge, kas töötajal on õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta või ainult üldisema otsuse vastu võtmise loogika kohta. Autor leiab, et töötaja isikuandmete kaitse parandamiseks algoritmilisel juhtimisel tuleb üheselt mõistetavalt kindlaks määrata, kas andmesubjektil on õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta. Lähtudes sellest, et IKÜM art 22 lg 1 puudutab otsuseid, millel on õiguslik tagajärg või märkimisväärne mõju, peaks autori hinnangul töötajal selline õigus olema, et talle oleks arusaadav, miks konkreettsel juhul tema suhtes mingi otsus vastu võeti. Õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta tagab ka algoritmilise juhtimise läbipaistvuse. Eelkõige peaks andmesubjekti õigus saada teavet üksikotsuse põhjuste kohta sisalduma IKÜM art 15 lg 1 p-s h. Sellisel juhul saaks töötaja taotleda tööandjalt otsuse kohta selgituste andmist.

3.3. Otsuse tegemisel kasutatavad isikuandmed

Töökohtade digitaliseerimine ja sõltuvus andmetööstusest toob kaasa ka eraelu ja töö sfääride kattumise.¹⁸⁴ Paljud töötajad saavad tööandjalt arvuti või telefoni, mida sageli kasutatakse ka isiklikel eesmärkidel. Isiklikel eesmärkidel võidakse kasutada ka tööga seotud e-posti aadresse. Seega võivad töötaja tööga mitte seotud isiklikud andmed saada tööandjale kättesaadavaks. Samuti võib tööandja saada juurdepääsu töötaja eraelulistele andmetele läbi sotsiaalmeedia. Sellised andmed võivad tööandjale olla väga kasulikud töötajate kohta põhjalikuma profiili koostamiseks.

¹⁸⁴ Custers, B., Vrabec, H. U., lk 323.

Töötajate kohta kogutavad andmed võimaldavad läbi viia suure hulga erinevaid analüüse, mis võivad viia ettenägematute tulemusteni. Näiteks võib töötaja käitumise järgi sotsiaalmeedias kindlaks teha tema poliitilised vaated. Samuti võib algoritmilise juhtimise süsteem hinnata õpetajate töökohale sobivust, tuginedes põhiliselt selle õpetaja õpilaste hinnetele ning jättes arvestamata muud asjakohasemad tunnused.¹⁸⁵ Hotellides kasutatakse aga töötajate hindamise süsteeme, mis võtavad arvesse klientide hinnangu teenindusele.¹⁸⁶ On küsitav, kas töötajate hindamine klientide hinnangute põhjal on õigustatud. Mõnel juhul võib halb hinnang olla otseselt seotud töötaja käitumisega, kuid sageli on hinnang töötaja jaoks ettenägematu. Ei ole võimalik kindlaks teha, kuidas kliendi hinnang suhestub töötaja käitumisega.¹⁸⁷ Samuti võib kliendi hinnang olla mõjutatud teadvustamata või teadvustatud eelarvamustest.

Poolas näiteks on kasutusel tarkvara, mis mõõdab mitu korda panga klienditeenindaja kliendiga suheldes naeratab.¹⁸⁸ Tarkvara lähtub eeldusest, et mida rohkem töötaja kliendiga suheldes naeratab, seda suurem on klientide rahulolu.¹⁸⁹ Selline töötaja jälgimine võib liigselt sekkuda töötaja privaatsusesse, sest töötajat jälgitakse detailselt ja pidevalt.

Üldjuhul ei tohi täielikult automatiseeritud otsust teha IKÜM art 9 lg-s 1 nimetatud isikuandmete eriliikide¹⁹⁰ põhjal (IKÜM art 22 lg 4). Selliste andmete põhjal on otsuse tegemine siiski võimalik, kui andmesubjekt on andnud selgesõnalise nõusoleku nende isikuandmete töötlemiseks ühel või mitmel konkreetsel eesmärgil (IKÜM art 22 lg 4 ja art 9 lg 2 p a) või on töötlemine vajalik olulise avaliku huviga seotud põhjustel liidu või liikmesriigi õiguse alusel (IKÜM art 22 lg 4 ja art 9 lg 2 p g). Andmete eriliikide kasutamisel tuleb kehtestada asjakohased meetmed andmesubjekti õiguste, vabaduste ja õigustatud huvide kaitsmiseks (IKÜM art 22 lg 4). Isikuandmete eriliikide töötlemine on ka üldiselt keelatud (IKÜM art 9 lg 1), kuid juhul, kui nende põhjal ei tehta täielikult automatiseeritud otsust, on erandeid sellest keelust rohkem (IKÜM art 9 lg 2). Näiteks võib töödelda selliseid isikuandmete eriliikide hulka kuuluvaid isikuandmeid, mille andmesubjekt on ilmselgelt avalikustanud (IKÜM art 9 lg 2 p e).

¹⁸⁵ Custers, B., Vrabec, H. U., lk 328.

¹⁸⁶ Wood, A. J., lk 9.

¹⁸⁷ Briône, P., lk 22.

¹⁸⁸ Gerards, J., Xenidis, R., lk 83.

¹⁸⁹ Samas.

¹⁹⁰ Sellisteks andmeteks on isikuandmed, millest ilmneb rassiline või etniline päritolu, poliitilised vaated, usulised või filosoofilised veendumused või ametiühingusse kuulumine, geneetilisi andmeid, füüsilise isiku kordumatuks tuvastamiseks kasutatavaid biomeetrilisi andmeid, terviseandmeid või andmeid füüsilise isiku seksuaalelu ja seksuaalse sättumuse kohta (IKÜM art 9 lg 1).

Kui tööandajale on sellised tundlikud andmed kättesaadavad, võib siiski juhtuda, et otsuseid tehakse selliste andmete põhjal. Kuigi see on üldjuhul keelatud, võib andmesubjektile sellise keelu järgimise kontrollimine olla võimatu, sest ta ei pruugi selliste andmete kasutamisest isegi teadlikud olla. Töötajatel võib olla väga limiteeritud ülevaade sellest, millised andmed tööandjale nende kohta tegelikult kättesaadavad on ning kuidas selliseid andmeid analüüsitakse ja otsuste tegemisel kasutatakse.

Kui tegemist ei ole isikuandmete eriliikidega, on see, milliseid andmeid tööandja töödelda tohib, piiratud isikuandmete töötlemise põhimõtetega. Tööandjal peab olema seaduslik alus just selliste isikuandmete töötlemiseks IKÜM art 6 tulenevalt ning isikuandmete töötlemine peab olema eesmärgipärane IKÜM art 5 lg 1 p b alusel. Töölepingust tulenevate kohustuste täitmiseks ei ole üldjuhul IKÜM art 6 lg 1 p b mõttes vajalik töötajate automatiseeritud hindamine klientide hinnangute abil või töötaja naeratamise sageduse mõõtmisega. Samuti on pigem välistatud sellistes olukordades isikuandmete töötlemine töötaja nõusoleku alusel IKÜM art 6 lg 1 p a kohaselt, sest ilmselt ei saa töötaja töötlemiseks nõusoleku andmisest keelduda kartmata negatiivseid tagajärgi.

Tööandjal võib olla IKÜM art 6 lg 1 p f mõttes õigustatud huvi selliste andmete töötlemiseks, sest eelduslikult võimaldavad need hinnata, millisel määral töötaja tööülesannetega hakkama saab. On küsitav, kas selliste andmete töötlemine on sobiv. Kui eesmärgiks on tööoskuste hindamine, võiks väita, et klienditeenindaja näoilme jälgimine ei soodusta sellise eesmärgi saavutamist. Samuti ei ole selline meede vajalik ega mõõdukas, sest on muid meetmeid töötaja hindamiseks ning selline töötaja privaatsusesse sekkumine ei kaalu üles tööandja huvi.

Klientide hinnangute analüüsimisel ei ole esmapilgul andmesubjektiks töötaja. Üldjuhul on selliseid hinnanguid võimalik analüüsida kliendi nõusoleku alusel IKÜM art 6 lg 1 p a järgi, sest hinnangu andmisest keeldumisega ei kaasne kliendile negatiivseid tagajärgi ning neil on vaba valiku võimalus. Kui hinnangutest on võimalik tuvastada töötaja, näiteks nime järgi või selle järgi, millised töötajad koristasid hinnangu jätnud kliendi hotellituba, on andmed seotud töötajaga. Isikuandmeteks on IKÜM art 4 p alusel igasugused isikuandmed tuvastatava füüsilise isiku kohta. Nagu eelnevalt mainitud, on ka andmed, mis ei ole otseselt seotud füüsilise isikuga siiski isikuandmed, kui neid on võimalik mõistlike pingutustega füüsilise isikuga seostada. Kui tööandja töötleb selliseid andmeid töötaja hindamise eesmärgiga, seostuvad need andmed töötajaga ehk tegemist on töötaja isikuandmetega ja selliste andmete töötlemiseks on vaja hinnata töötlemise seaduslikkust IKÜM art 6 alusel. Selliste andmete kasutamine töötaja

hindamiseks võib mõnel juhul soodustada eesmärgi saavutamist, kuid ilmselt ei ole see siiski vajalik, sest töötajaid saab hinnata muude meetmetega, mis on erapooletumad. Meede ei ole ilmselt ka mõõdukas, sest sisuliselt on tegemist töötajate pideva jälgimisega klientide vahendusel.

Eelnevast järeldub, et kuigi algoritmilise juhtimise vahendusel saab tööandja koguda töötajate kohta hulgaliselt andmeid, on õiguslikult erinevate isikuandmete liigid, mida tööandja töötaja kohta koguda saab, piiratud isikuandmete töötamise põhimõtetega. Seega peab igasuguste isikuandmete kogumine olema muuhulgas seaduslik ja eesmärgipärane. Lisaks on üldjuhul keelatud tundlike isikuandmete töötlemine ja nende põhjal automatiseeritud otsuse tegemine. Autori hinnangul on isikuandmete kasutamine töötaja isikuandmete kaitsmiseks sobivalt piiratud isikuandmete töötlemise põhimõtetega. Sellest lähtudes on autor seisukohal, et erinevate isikuandmete liikide kasutamise täiendav piiramine ei ole vajalik.

3.4. Töölepingu automatiseeritud ülesütlemine

Töölepingu õigustamata ülesütlemise korral kaitseb töötaja õigusi ka TLS. TLS § 104 lg 1 alusel on seadusest tuleneva aluseta või seaduse nõuetele mittevastava töölepingu ülesütlemine tühine. Töölepingu õigusvastasel ülesütlemisel on töötajal õigus nõuda kahju hüvitamist TLS § 108 ja 109 alusel.

Formaalselt ei piira TLS automatiseeritud otsusega lepingu üles ütlemist. TLS § 95 lg 1 alusel võib töölepingu üles öelda kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis. Oluliseks tingimuseks on, et tööandja peab töölepingu ülesütlemist põhjendama (TLS § 95 lg 2). Ka töölepingu ülesütlemise põhjendus peab olema kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis (TLS § 95 lg 2). Seega on võimalik tööleping üles öelda ka automatiseeritud teatega kirjalikku taasesitamist võimaldavas vormis.

Algoritmilisel juhtimisel on eelkõige asjakohane töölepingu erakorraline ülesütlemine tööandja poolt töötajast tuleneval põhjusel. TLS § 88 lg 1 alusel võib töölepingu erakorraliselt üles öelda töötajast tuleneval mõjuval põhjusel, mille tõttu ei saa mõlemapoolseid huve järgides eeldada töösuhte jätkamist. Selliseks mõjuvaks põhjuseks võib olla näiteks see, et töötaja ei ole pikka aega tulnud toime tööülesannete täitmisega ebapiisava tööoskuse, töökohale sobimatuse või kohanematus tõttu, mis ei võimalda töösuhet jätkata (TLS § 88 lg 1 p 2) või et töötaja on hoiatusest hoolimata eiranud tööandja mõistlikke korraldusi või rikkunud töökohustusi (TLS §

88 lg 1 p 2). Algoritmilise juhtimise raames on selliseid töötajast tulenevaid asjaolusid võimalik tuvastada automatiseeritult ning nende alusel teha ka automatiseeritud ülesütlemisavaldus.

Üldjuhul tuleb enne lepingu ülesütlemit siiski teha töötajale hoiatus (TLS § 88 lg 3) ning võimalusel pakkuda teist tööd (TLS § 88 lg 3). Hoiatuse tegemine võimaldab töötajal rikkumisest teada saada ning annab talle võimaluse oma käitumist parandada. Teise töö pakkumine annab aga eelkõige olukorras, kus töötaja ei saa tööülesannetega hakkama töötajale võimaluse jätkata töötamist sama tööandja juures tema võimetele sobivamal töökohal.

Seega annab ka automatiseeritud töölepingu ülesütleamise otsuse tegemisel TLS töötajale tõhusama kaitse, kui automatiseeritud otsuseid käsitlevad sätted, sest töötajale antakse võimalus enne negatiivse tagajärje saabumist enda käitumist parandada või saada enda võimetele sobivamat tööd. TLS-ile tuginemisel ei ole ka vaja tuvastada, kui suur roll oli otsuse tegemisel inimesel ehk kas tegemist on täielikult automatiseeritud töötlusel põhineva otsusega või mitte. Sellest lähtudes leiab autor, et tööõigusest tulenev töötaja ülesütlemiskaitse on sobiv töösuhte stabiilsuse tagamiseks ka algoritmilise juhtimise kasutamisel töötaja suhtes.

KOKKUVÕTE

Magistritöö eesmärk on välja selgitada, kuidas on kaitstud töötaja isikuandmed, privaatsus ja õigus võrdsele kohtlemisele, kui töötaja suhtes rakendatakse algoritmilist juhtimist ning kas ja kuidas tuleb töötaja kaitset parandada.

Algoritmilise juhtimise puhul on oluliseks probleemiks diskrimineerimine. VõrdKS § 3 lg 2 ja 4 ning SoVS § 3 lg 1 p-de 3 ja 4 järgi jaguneb diskrimineerimine otseseks ja kaudseks diskrimineerimiseks. Algoritmilise juhtimise põhjustatud ebavõrdse kohtlemise otseseks diskrimineerimiseks liigitamine on keeruline, sest otsuse põhjus võib olla ebaselge. Paremini sobib sellises olukorras kaudse diskrimineerimise mõiste, sest selle puhul ei ole vajalik algoritmi sisu avamine ja otsuse põhjuste välja selgitamine. Algoritmilise juhtimise põhjustatud ebavõrdne kohtlemine võib liigituda kaudseks diskrimineerimiseks ka siis, kui ei vaadelda mitte tarkvara sisu, vaid kogu tarkvara tervikuna ning käsitletakse seda pealtnäha neutraalse meetmena, mis diskrimineerimist põhjustab. Autori hinnangul on siiski nii otsese kui ka kaudse diskrimineerimise mõisted sobivad ka algoritmilise juhtimise puhul, sest mõistete kohaldamine töötajate automatiseeritud juhtimisele ei ole välistatud ning kaudse diskrimineerimise mõiste hõlmab igal juhul algoritmilise juhtimise tarkvara põhjustatud diskrimineerimist.

VõrdKS § 3 lg 4 ja SoVS § 3 lg 1 p 4 alusel ei ole tegemist kaudse diskrimineerimisega, kui ebavõrdset kohtlemist põhjustaval neutraalsel meetmel on objektiivne õiguspärane eesmärk ning selle eesmärgi saavutamise vahendid on proportsionaalsed. Kuigi algoritmilise juhtimise süsteemi põhjustatud diskrimineerimine liigitub sageli kaudseks diskrimineerimiseks, on paljudel juhtudel tööandjal võimalik ebavõrdset kohtlemist õigustada. Seda selle pärast, et algoritmilise juhtimise meetmetel on üldjuhul eesmärk, mis ei ole seotud diskrimineerimisega. Näiteks võib eesmärgiks olla tööülesannete automaatne jaotamine. Seega on algoritmilise juhtimise meetmel üldjuhul õiguspärane eesmärk. Samuti soodustavad sellised meetmed eesmärgi saavutamist, nad on efektiivsemad kui teised meetmed ning võivad olla ka mõõdukad isegi siis, kui põhjustavad diskrimineerimist. Seega võib väita, et kaudse diskrimineerimise õigustamise võimalus pärsib töötajate kaitset algoritmilise juhtimise süsteemi põhjustatud diskrimineerimise korral. Siiski on kaudse diskrimineerimise õigustamise regulatsioon vajalik ega vaja muutmist, sest olukord, kus neutraalne meede põhjustab kaitsealusesse gruppi kuuluva isiku ebasoodsamat kohtlemist, ei ole alati ebaõiglane, isegi kui esmapilgul on tegemist kaudse diskrimineerimisega.

Algoritmilise juhtimise kasutamine süvendab diskrimineerimise tuvastamise ja tõendamise probleemi. Tarkvara läbipaistmatuse ja muutumise tõttu võib olla võimatu kindlaks teha, mille põhjal otsus vastu võeti. Diskrimineerimine ei pruugi avalduda üksikjuhtumil, vaid selle tuvastamine võib nõuda statistiliste andmete analüüsi. Samuti on töötajal keeruline tööandja vastuväiteid ümber lükata. Algoritmilise juhtimise süsteemide läbipaistmatus ja keerukus ning juurdepääsu puudumine võib samuti sundida töötajat oma õiguste kaitsest loobuma. Lahenduseks sellele probleemile võib olla diskrimineerimise üle teostatava riikliku järelevalve laiendamine sarnaselt järelevalvele isikuandmete töötlemise üle. Diskrimineerimise üle järelevalvet teostaval asutusel peaks sellisel juhul olema võimalik teostada auditeid võrdse kohtlemise põhimõtete järgimise kontrollimiseks ja teha ettekirjutusi. Järelevalve teostamiseks on vajalik ka nõue, et algoritmilised süsteemid oleks ehitatud viisil, mis võimaldab auditeerimist ja suurendab süsteemi selgust. Sellise süsteemi auditeerimise viisiks võib olla tarkvara lähtekoodi analüüs, kuid vähegi keerukamate masinõppe algoritmide hindamiseks on üldjuhul vajalik näha selle toimimist kontrollimata keskkonnas päris kasutajate ja andmetega. Üheks viisiks selliste meetmete rakendamiseks on laiendada VõrdKS ja SoVS nõuete täitmist jälgiva soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise voliniku pädevusi, mis tulenevad VõrdKS § 16, ning VõrdKS § 17 lg-st 4 tulenevat õigust saada diskrimineerimisjuhtumi asjaolude selgitamiseks vajalikku teavet. VõrdKS § 16 alusel peaks soolise võrdõiguslikkuse ja võrdse kohtlemise volinikul olema pädevus anda siduv arvamus võimaliku diskrimineerimise asetleidmise kohta nii isiku avalduse alusel kui ka omal algatusel. Õigus saada arvamuse andmiseks vajalikku teavet peaks võimaldama juurdepääsu algoritmilise juhtimise süsteemile nii, et oleks võimalik testida selle kallutatust.

IKÜM-i reeglid toetavad mõneti diskrimineerimist puudutavaid sätteid, soodustades isikute võrdset kohtlemist. Näiteks saab diskrimineerimist pidada isikuandmete kaitse määruks sätestatud isikuandmete töötlemise õigluse ja õigsuse põhimõtete rikkumiseks. Autori hinnangul on IKÜM-is sätestatud isikuandmete töötlemise põhimõtted, andmesubjekti õigused ja andmetöötaja kohustused asjakohased algoritmilisel juhtimisel tekkida võiva töötaja diskrimineerimise ära hoidmiseks. Teisest küljest piirab IKÜM art 9 isikuandmete töötaja võimalust kasutada isiku kaitstud gruppi kuulumisele viitavaid andmeid ka diskrimineerimise ära hoidmise eesmärgil. IKÜM art 9 alusel on üldjuhul keelatud tundlike isikuandmete (näiteks andmed, millest ilmneb isiku rass) töötlemine. Selliste andmete kasutamise keelamine ei aita diskrimineerimist vältida, sest algoritmilisel juhtimisel kasutatav tarkvara võib isiku kaitstud gruppi kuulumise tuletada ka muudest andmetest (näiteks võib etniline kuuluvus olla seotud

isiku elukohaga). Tundlike isikuandmete kasutamine süsteemi loomisel on isegi vajalik diskrimineerimise ära hoidmiseks, sest ilma selliste andmeteta ei ole võimalik hinnata, ega süsteem ei kohtle kaitstud gruppi kuuluvaid isikuid ebasoodsamalt. Parema kaitse tagamiseks tuleks täiendada IKÜM art 9 lg-s 2 sätestatud erandeid isikuandmete eriliikide töötlemise keelust. Diskrimineerimise ära hoidmiseks peab säte võimaldama isikuandmete eriliikide kasutamist andmetöötlust läbi viivate süsteemide loomisel. Seejuures peab isikuandmete eriliikide töötlemise eesmärgiks selgelt olema diskrimineerimise ärahoidmine.

Lisaks parandab töötaja kaitset diskrimineerimise eest Euroopa Komisjoni välja pakutud tehisintellektisüsteeme puudutav määrus seeläbi, et näeb töösuhetes kasutatavate tehisintellektisüsteemide pakkujale ette kohustuse riskijuhtimise süsteemi loomiseks, tehisintellektisüsteemis toimuvate sündmuste registreerimiseks ja süsteemi väljundi tõlgendatavuse tagamiseks. Samuti sätestatakse nõuded süsteemi välja õpetamisel kasutatavate andmete haldusele ning kohustus hinnata süsteemi vastavust nõuetele. Autori hinnangul on sellised meetmed sobivad algoritmilisel juhtimisel töötajate diskrimineerimise ära hoidmiseks, sest nendega tagatakse tehisintellektisüsteemide vastutustundlik välja töötamine. Täiendavalt on võimalik luua tarkvara sõltumatu sertifitseerimise süsteem, kontrollimaks, kas eelkõige üksikisikute õigusi oluliselt mõjutavad süsteemid vastavad diskrimineerimise keelule. Samuti leiab autor, et tuleb kaaluda ka sellise nõude sätestamist, mis kohustab isikuandmete töötlejat tagama, et algoritmilise juhtimise süsteemi abil otsuseid tegeval töötajal on vähemalt üldine arusaam süsteemi toimimisest. Vastavad sätted peavad autori hinnangul sisalduma Euroopa Komisjoni esitatud tehisintellektisüsteeme käsitlevas määruses, sest nad on eelkõige seotud tehisintellektisüsteemide kasutamisega.

Algoritmilise juhtimise rakendamiseks on esmatähtis töötajate isikuandmete töötlemine. Eelkõige võib vajalik olla koguda ja kasutada andmeid töötajate asukoha ja tööülesannete täitmise kohta. Töötaja isikuandmete töötlemiseks peab tööandjal olema IKÜM art-ist 6 tulenev õiguslik alus. Töötaja isikuandmete töötlemisel tuleb arvestada, et töölepingu täitmise või sõlmimise eesmärgil saab töödelda vaid väga piiratud hulka töötaja isikuandmeid. Töötaja nõusoleku põhjal on isikuandmete töötlemine võimalik vaid erandjuhtudel, sest töötajal ei ole üldjuhul töötaja ja tööandja vahelise suhte iseloomust lähtudes tõelist ja vaba valikuvõimalust. Kui mingil juhul saab siiski tugineda töötaja nõusolekule, on küsitav, kas töötaja nõusolek on teadlik, sest sageli ei saa inimesed tegelikult aru nende andmete töötlemise viisidest ja põhjustest. Peamiseks aluseks töötaja isikuandmete töötlemiseks on seega tööandja või kolmanda isiku õigustatud huvi, millele tuginemiseks peab tööandja kaaluma enda huve ja

töötaja huve ja õigusi. Sellisel juhul ei ole töötajal andmesubjektina aga kontrolli oma isikuandmete töötlemise üle ning ta peab usaldama enda õiguste kaitse ja huvide õiglase kaalumise tööandjale. Tööandjal võib aga kompleksse töötajate juhtimise süsteemi kasutamisel olla keeruline hinnata iga süsteemi raames läbi viidava toimingu proportsionaalsust.

Töötaja isikuandmete kaitset aitab sellisel juhul mõnevõrra tagada IKÜM art 21 tulenev õigus esitada õigustatud huvil põhinevale andmetöötlusele vastuväiteid, seejuures ei ole töötajal väljalik vastuväite põhjendamine. Vastuväite esitamisel ei tohi vastutav töötaja isikuandmeid edasi töödelda, kui ta ei tõenda, et andmeid töödeldakse õiguspärasel põhjusel, mis kaalub üles andmesubjekti huvid, õigused ja vabadused. Autori hinnangul on vastuväite esitamise võimalus sobiv meede töötaja privaatsuse ja isikuandmete kaitse tagamiseks, sest vastuväite esitamisega saab töötaja peatada enda isikuandmete kasutamise. Isikuandmete kasutamise jätkamisel saab töötaja aga kontrollida, et tööandja on täitnud enda kohustust arvestada õigustatud huvi proportsionaalsuse hindamisel töötaja huvide ja õigustega.

Üheks võimaluseks töötajate isikuandmete kaitse täiendamiseks on ka luua kollektiivsed õigused, mis kaitseks töötajaid algoritmilise juhtimise olukorras. Näiteks on võimalik kehtestada nõue küsida enne töötajate jälgimist võimaldavate uute meetmete kasutusele võttu arvamust töötajate esindajatelt. Selline nõue kehtib juba Prantsusmaal. Eestis on aga ametiühingusse kuuluvate töötajate ja töötajate usaldusisikuga ettevõtete osakaal madal. Lähtudes töötajate esindajate väikesest osakaalust, tuleb kaaluda muid viise töötajate kaasamiseks, näiteks kehtestades üldise kohustuse küsida töötajate arvamust enne uue töötajate jälgimist võimaldava meetme kasutusele võttu. TUIS § 20 lg 1 sätestab olukorrad, millal tööandja peab konsulteerima töötajate usaldusisikuga või selle puudumisel töötajatega. Autori hinnangul tuleb sätet täiendada nii, et tööandjal oleks kohustus konsulteerida töötajate usaldusisikuga või töötajatega ka siis, kui kavandatakse uue töötaja jälgimist võimaldava meetme kasutuselevõttu. Arvestades, et põhiliseks isikuandmete töötlemise aluseks töösuhetes on töötaja või kolmanda isiku huvi, annaks töötajate kaasamine neile aktiivsema rolli oma isikuandmete kasutamises ning tagaks nende õigustega arvestamise. Töötajate kaasamine protsessi võimaldab neil oma õigusi teadvustada ja paremini kaitsta.

IKÜM art 5 lg 1 p b alusel peavad isikuandmed olema kogutud täpselt ja selgelt kindlaksmääratud ning õiguspärasel eesmärgidel ning neid ei tohi hiljem töödelda viisil, mis on nende eesmärkidega vastuolus. Töötaja isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse nõude järgimine ja töötaja õiguste kaitse sõltub oluliselt sellest, kuidas tööandja isikuandmete

töötlemise eesmärgi määratleb. Kui eesmärk on määratletud liiga laialt, ei teki töötajal ettekujutust sellest, kuidas tema isikuandmeid kasutatakse. Samuti jääb sellisel juhul kaitseta töötaja õigus privaatsusele, sest üldine eesmärgi sõnastus võib hõlmata suurt hulka isikuandmeid ja nende töötlemise viise. Töötajal võib olla ka keeruline aru saada, kas eesmärk on sõnastatud piisavalt konkreetset. Autor on seisukohal, et isikuandmete töötlemise eesmärgipärasuse põhimõte on seega sõnastatud liiga üldiselt töötaja isikuandmete ja privaatsuse kaitsmiseks algoritmilise juhtimise puhul, sest säte jätab isikuandmete töötlemise eesmärgi valiku ja sõnastuse suures osas tööandjale. Samas on sätete kõrge üldistatuse aste IKÜM-ile omane, sest määrus peab hõlmama suurt hulka erinevaid situatsioone. Arvestades, et tööandjal on palju suurem kontroll töötaja isikuandmete töötlemise üle kui töötajal, tuleb töösuhtes siiski kaaluda töötaja kaasamist isikuandmete töötlemise eesmärkide määratlemisesse. Töötaja kaasamiseks saab näiteks anda töötajale õiguse esitada vastuväide isikuandmete töötlemiseks kindlaks määratud eesmärgile ja isikuandmete töötlemise eesmärgipärasusele sarnaselt IKÜM art-le 21.

IKÜM art 5 lg 1 p a alusel peab isikuandmete töötlemine olema läbipaistev. Isikuandmete töötlemise läbipaistvuse nõue tagab küll selle, et töötajat teavitatakse tema isikuandmete töötlemisest ning sellest, milliseid tema andmeid ja mis eesmärgil töödeldakse, kuid töötlemise sisu võib töötajale siiski jääda arusaamatuks. Seetõttu ei teki töötajal ettekujutust sellest, millised võivad olla andmetöötluse tagajärjed ning millised asjaolud tulemust mõjutavad. Sellisel juhul ei ole aga töötajal tegelikku kontrolli enda isikuandmete üle. Autori hinnangul tuleb algoritmilise juhtimise läbipaistvuse suurendamiseks laiendada vastutava töötaja IKÜM art 13 lg 2 p-st f ja art 14 lg 2 p-st g tulenevat kohustust esitada andmesubjektile sisuline teave andmetöötlusel kasutatava loogika ja töötlemise tagajärgede kohta nii, et see hõlmaks ka otsuseid, mis ei tehta täielikult automatiseeritud töötlemise põhjal. Teave andmetöötlusel kasutatava loogika ja töötlemise tagajärgede kohta on oluline, sest ka olukorras, kus otsust ei võeta vastu täielikult automatiseeritud andmetöötluse põhjal, võib andmete töötlemine olla keeruline ja arusaamatu ning selle tagajärg seetõttu töötajale ettenägematu. Selline kohustus peaks kohalduma olukorras, kus algoritmilise juhtimise süsteem teeb ettepaneku otsuse kohta, eelkõige valdkondades, mis mõjutavad oluliselt isiku õigusi, sealhulgas töösuhetes.

Algoritmilise juhtimise definitsioonist lähtudes on selle eesmärgiks võimaldada automatiseeritud ja pool-automatiseeritud otsuste tegemine. Töötaja õiguste kindlaks tegemiseks on oluline eristada osaliselt ja täielikult automatiseeritud otsuseid. Üksnes automatiseeritud töötlemisel põhineva otsusega on tegemist siis, kui otsuse tegemisel ei osale

mõtestatult inimene. Inimese mõtestatud osalemine otsuse vastu võtmisel tähendab, et inimene ei kohalda rutiinselt automaatseid soovitusi, vaid osaleb aktiivselt otsuse vastu võtmisel, tõlgendab soovitusi ning saab vajadusel vastu võtta soovitusest erineva otsuse. Autori hinnangul on selline automatiseeritud otsuste käsitus asjakohane töötaja isikuandmete kaitse seisukohast, sest nii ei saa täielikult automatiseeritud otsustele seatud rangemast korrast eemale hoida ainuüksi sellega, et inimene kinnitab automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse ilma seda analüüsimata.

Üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemine on töösuhetes IKÜM art 22 lg 1 alusel üldjuhul keelatud. Märkimisväärse mõjuga või õigusliku tagajärgega üksnes automatiseeritud töötlusel põhineva otsuse tegemine tuleb töösuhetes siiski kõne alla siis, kui see on vajalik töölepingu sõlmimiseks või täitmiseks. Töötajal on sellises olukorras vähemalt õigus saada teavet otsuse kohta, nõuda inimese sekkumist ning otsus vaidlustada. Sellised õigused on töötajal vaid täielikult automatiseeritud otsuse tegemisel ehk siis, kui otsuse tegemisel ei osale mõtestatult inimene. Osaliselt automatiseeritud otsuse puhul võib aga olla keeruline tuvastada, kui märkimisväärne roll oli otsuse tegemisel inimesel. Samuti on ebaselge, kas töötajal on õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta või ainult üldisema otsuse vastu võtmise loogika kohta. Autor leiab, et töötaja isikuandmete kaitse parandamiseks algoritmilisel juhtimisel tuleb üheselt mõistetavalt kindlaks määrata, kas andmesubjektil on õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta. Lähtudes sellest, et IKÜM art 22 lg 1 puudutab otsuseid, millel on õiguslik tagajärg või märkimisväärne mõju, peaks autori hinnangul töötajal selline õigus olema, et talle oleks arusaadav, miks konkreetset juhul tema suhtes mingi otsus vastu võeti. Õigus saada selgitusi konkreetse otsuse põhjuste kohta tagab ka algoritmilise juhtimise läbipaistvuse. Eelkõige peaks andmesubjekti õigus saada teavet üksikotsuse põhjuste kohta sisalduma IKÜM art 15 lg 1 p-s h. Sellisel juhul saaks töötaja taotleda tööandjalt otsuse kohta selgituste andmist.

Kuigi algoritmilise juhtimise vahendusel saab tööandja koguda töötajate kohta hulgaliselt andmeid, on õiguslikult erinevate isikuandmete liigid, mida tööandja töötaja kohta koguda saab, piiratud isikuandmete töötluse põhimõtetega. Seega peab igasuguste isikuandmete kogumine olema muuhulgas seaduslik ja eesmärgipärane. Lisaks on üldjuhul keelatud tundlike isikuandmete töötlemine ja nende põhjal automatiseeritud otsuse tegemine. Autori hinnangul on isikuandmete kasutamine töötaja isikuandmete kaitsmiseks sobivalt piiratud isikuandmete töötlemise põhimõtetega. Sellest lähtudes on autor seisukohal, et erinevate isikuandmete liikide kasutamise täiendav piiramine ei ole vajalik.

Automatiseeritud töölepingu ülesütleamise otsuse tegemisel annab TLS töötajale tõhusama kaitse, kui automatiseeritud otsuseid käsitlevad sätted, sest töötajale antakse võimalus enne negatiivse tagajärje saabumist enda käitumist parandada või saada enda võimetele sobivamat tööd. TLS-ile tuginemisel ei ole ka vaja tuvastada, kui suur roll oli otsuse tegemisel inimesel ehk kas tegemist on täielikult automatiseeritud töötlusel põhineva otsusega või mitte. Sellest lähtudes leiab autor, et tööõigusest tulenev töötaja ülesütle miskaitse on sobiv töösuhte stabiilsuse tagamiseks ka algoritmilise juhtimise kasutamisel töötaja suhtes.

PROTECTION OF EMPLOYEES' RIGHTS IN THE CASE OF ALGORITHMIC MANAGEMENT

Abstract

The term “algorithmic management” was first introduced by M. K. Lee, D. Kusbit, E. Metsky and L. Dabbish. According to them algorithmic management comprises “software algorithms that assume managerial functions and surrounding institutional devices that support algorithms”. This master’s thesis however will rely on the term proposed by A. Mateescu and A. Nguyen, as it gives the best overview of different aspects of algorithmic management. A. Mateescu and A. Nguyen define algorithmic management as a “diverse set of technological tools and techniques to remotely manage workforces, relying on data collection and surveillance of workers to enable automated or semi-automated decision-making”.

Technological means for employee management are able to make decisions about the employee based on statistical data or the input given by the user. Such software can be used for example to automate selection of new employees, predict and employee’s suitability for a position and to measure productivity of the employees. Algorithmic management increases the risk of discrimination. A machine learning algorithm (a type of software, that is able to acquire knowledge and find patterns in input data) can behave in a discriminatory way even when the data only indicates indirectly, that a person belongs to a protected group. The reason behind a decision may be unclear because the software may be complicated and opaque. A widespread use of opaque and discriminatory algorithmic management systems can restrict access to work for certain groups of people.

The automatization of employee management allows employers to monitor employees a lot closer. It is for example possible to track employees’ location and give them detailed work instructions based on that location and availability. It is also possible to fully automate the termination of employment contracts. Therefore, algorithmic management can have a serious impact on workers’ privacy.

The aim of the master’s thesis is therefore to find out how the employee’s personal data, privacy and the right to equal treatment are protected when the employee is subject to algorithmic management and whether and how the employee’s protection needs to be improved.

The master's thesis seeks answers to the following questions:

- 1) How does the current law prevent discrimination in the application of algorithmic management in employment and whether and how the protection of workers needs to be improved?
- 2) How do the principles of personal data processing protect employee privacy and personal data when using algorithmic management in employment and whether and how should employee protection be improved?
- 3) How are the employee's rights guaranteed if their personal data is processed in an automated decision-making process and whether and how the employee's protection needs to be improved?

Discrimination is an important issue in algorithmic control. Pursuant to § 3 (2) and (4) of the Equality Act and § 3 (1) (3) and (4) of the Gender Equality Act, discrimination is divided into direct and indirect discrimination. Classification of unequal treatment due to algorithmic management as direct discrimination is difficult because the reason for the decision may be unclear. The concept of indirect discrimination is more appropriate in such a situation, as it does not require opening the content of the algorithm and finding out the reasons for the decision. Unequal treatment due to algorithmic management can also be classified as indirect discrimination if the algorithmic management software is regarded as a whole and is considered to be a seemingly neutral measure which causes discrimination. However, the author finds that the concepts of both direct and indirect discrimination are also appropriate for algorithmic management, as the application of the concepts to automated control of employees is not excluded and the concept of indirect discrimination includes discrimination caused by algorithmic management software.

According to § 3 (4) of the Equality Act and § 3 (1) 4) of the Gender Equality Act, there is no indirect discrimination if the neutral measure causing unequal treatment has an objective legitimate aim and the means of achieving that aim are proportionate. Although discrimination caused by an algorithmic management system is often classified as indirect discrimination, in many cases an employer can justify unequal treatment. This is because algorithmic management measures generally have a non-discriminatory purpose. For example, the goal might be to automatically assign tasks. Thus, an algorithmic management measure generally has a legitimate aim. Such measures are also conducive to achieving the objective, are more effective than other measures and may be proportionate in the strict sense even if they lead to

discrimination. Thus, it can be argued that the possibility of justifying indirect discrimination undermines the protection of employees in the event of discrimination caused by an algorithmic control system. However, the regulation justifying indirect discrimination is necessary and does not need to be changed, because a situation where a neutral measure results in less favorable treatment of a person belonging to a protected group is not always unfair, even if there is *prima facie* indirect discrimination.

The use of algorithmic management exacerbates the problem of detecting and proving discrimination. Due to the opacity and changes to the software, it may be impossible to determine the basis on which the decision was made. Discrimination may not be individual, instead its identification may require statistical analysis. It is also difficult for an employee to refute the employer's objections. The opacity and complexity of algorithmic control systems and the lack of access can also force employees to give up their rights. The solution to this problem could be to extend national supervision of discrimination to supervision of the processing of personal data. In such a case, the equality body should be able to carry out audits and issue opinions to verify compliance with the principles of equal treatment. Supervision also requires that algorithmic systems be constructed in a way that allows for auditing and increases system clarity. The way to audit such a system may be to analyze the source code of the software, but to evaluate more sophisticated machine learning algorithms, it is generally necessary to see how it works in an uncontrolled environment with real users and data. One way to implement such measures is to extend the powers of the Commissioner for Gender Equality and Equal Treatment to monitor compliance with the requirements of the Equality Act and the Gender Equality Act arising from § 16 of the Equality Act and the right to obtain information necessary to clarify the circumstances of a discrimination case. Pursuant to § 16 of the Equality Act, the Commissioner for Gender Equality and Equal Treatment should have the competence to issue a binding opinion on the occurrence of possible discrimination both on the basis of a person's application and on his or her own initiative. The right to obtain the information necessary to give an opinion should allow access to the algorithmic management system so that its bias can be tested.

The rules of the GDPR to some extent support the provisions on discrimination by promoting equal treatment. For example, discrimination can be considered a breach of the principles of fairness and accuracy in the processing of personal data set out in the GDPR. In the opinion of the author, the principles of personal data processing set out in the GDPR, the rights of the data subject and the obligations of the data processor are appropriate to prevent discrimination

against employees who may arise under algorithmic control. On the other hand, Article 9 of the GDPR restricts the possibility for a processor of personal data to use data referring to a person belonging to a protected group also for the purpose of preventing discrimination. Under Article 9 of the GDPR, the processing of sensitive personal data (such as data revealing a person's race) is generally prohibited. Prohibiting the use of such data does not prevent discrimination, as the software used for algorithmic management may infer membership of a protected group from other data (for example, ethnicity may be related to a person's address). The use of sensitive personal data in setting up the system is even necessary to prevent discrimination, as without such data it is not possible to assess whether the system treats persons belonging to a protected group less favorably. In order to ensure better protection, the exceptions to the prohibition on the processing of specific categories of personal data provided for in Article 9 (2) of the GDPR should be broadened. In order to prevent discrimination, the provision must allow for the use of specific types of personal data when setting up the data processing systems. At the same time, the purpose of processing specific types of personal data must clearly be to prevent discrimination.

In addition, the regulation on artificial intelligence systems proposed by the European Commission improves the protection of workers against discrimination by requiring the provider of artificial intelligence systems to set up a risk management system, to record events in the artificial intelligence system and to ensure the interpretability of the system's output. It also sets out requirements for the management of the data used to train the system and the obligation to assess the system's compliance with the requirements. According to the author, such measures are suitable to prevent discrimination against employees in algorithmic management, as they ensure the responsible development of artificial intelligence systems. In addition, an independent software certification system can be set up to verify that systems that significantly affect the rights of individuals comply with the principle of non-discrimination. The author also finds that consideration should be given to setting a requirement that obliges the processor to ensure that the staff using the algorithmic management system for decision-making has at least a general understanding of how the system works. According to the author, the relevant provisions must be included in the regulation on artificial intelligence systems proposed by the European Commission, as they are primarily related to the use of artificial intelligence systems.

The processing of employees' personal data is of primary importance for the implementation of algorithmic management. In particular, it may be necessary to collect and use data on the

location and performance of employees. In order to process an employee's personal data, the employer must have a legal basis arising from Article 6 of the GDPR. When processing an employee's personal data, it must be taken into account that only a very limited amount of the employee's personal data can be processed for the purpose of performing or concluding an employment contract. With the consent of the employee, the processing of personal data is possible only in exceptional cases, as the employee generally does not have a real and free choice due to the nature of the relationship between the employee and the employer. However, if the employee's consent can be relied on in any case, it is questionable whether the employee's consent is informed, because often people do not really understand the ways and reasons for processing this data. The main basis for the processing of an employee's personal data is therefore the legitimate interest of the employer or a third party, on the basis of which the employer must consider his own interests and the interests and rights of the employee. In this case, however, the employee, as a data subject, has no control over the processing of his or her personal data and must entrust the protection of his or her rights and the fair consideration of his or her interests to the employer. However, when using a complex employee management system, it may be difficult for an employer to assess the proportionality of each activity performed under the system.

The protection of the employee's personal data in such a case is somewhat ensured by the right to object to data processing based on a legitimate interest under Article 21 of the GDPR, without the employee having to substantiate the objection. When an objection is presented, the controller may not further process personal data unless he or she demonstrates that the processing is carried out for a legitimate reason which outweighs the interests, rights and freedoms of the data subject. According to the author, the possibility to file an objection is an appropriate measure to ensure the protection of the employee's privacy and personal data, because by submitting an objection, the employee can suspend the use of his or her personal data. However, if the use of personal data is continued, the employee can verify that the employer has fulfilled its obligation to take into account the legitimate interests and rights of the employee when assessing the proportionality of the legitimate interest.

One way to improve the protection of employees' personal data is to create collective rights to protect employees in an algorithmic management situation. For example, it may be possible to seek the opinion of employees' representatives before introducing new measures to monitor employees. Such a requirement already exists in France. In Estonia, however, the share of unionized employees and companies with employee representatives is low. Given the small

proportion of employee representatives, other ways of involving employees need to be considered, such as introducing a general obligation to consult employees before introducing a new measure to monitor employees. § 20 (1) of the Employees' Trustee Act provides for situations in which an employer must consult an employee representative or, in the absence thereof, employees. The author finds that the provision should be broadened so that the employer would be obliged to consult the employees' representative or the employees when the introduction of a new measure enabling the monitoring of employees is planned. Given that the main basis for the processing of personal data in an employment relationship is the legitimate interest of the employee or a third party, the involvement of employees would give them a more active role in the use of their personal data and ensure that their rights are respected. Involving employees in the process will allow them to be aware of their rights and better protect them.

Under Article 5 (1) (b) of the GDPR, personal data must be collected for specified, explicit and legitimate purposes and not further processed in a way incompatible with those purposes. Compliance with the requirement of purpose limitation of the processing of personal data of an employee and protection of the rights of an employee significantly depends on how the employer defines the purpose of the processing of personal data. If the purpose is defined too broadly, the employee will not have an idea of how his or her personal data will be used. In this case, the employee's right to privacy remains unprotected, as the general wording of the purpose may cover a large amount of personal data and the ways in which they are processed. It can also be difficult for an employee to understand whether a goal is sufficiently specific. The author is of the opinion that the principle of purpose limitation of data processing is thus formulated too generally to protect the personal data and privacy of an employee in algorithmic management, as the provision largely leaves the choice and wording of the purpose of personal data processing to the employer. At the same time, the high degree of generalization of the provisions is inherent in the GDPR, as the Regulation has to cover a wide range of different situations. However, given that the employer has much more control over the processing of the employee's personal data than the employee, the involvement of the employee in defining the purposes of the processing of personal data must be considered in the employment relationship. In order to involve an employee, for example, the employee can be given the right to object to the purpose determined for the processing of personal data and the purposefulness of the processing of personal data, similar to Article 21 of the GDPR.

According to Article 5 (1) (a) of the GDPR, the processing of personal data must be transparent. Although the requirement of transparency in the processing of personal data ensures that the

employee is informed about the processing of his or her personal data and what his or her data is processed for, the content of the processing may still be incomprehensible to the employee. Therefore, the employee may not have an idea of the possible consequences of the data processing and what circumstances affect the result. In this case, however, the employee has no real control over his or her personal data. The author finds that in order to increase the transparency of algorithmic management, the obligation of the controller under Articles 13 (2) (f) and 14 (2) (g) of the GDPR to provide the data subject with substantive information on the logic and processing consequences should also apply in cases when a decision is not based on fully automated processing. Information on the logic used to process the data and the consequence of the processing is important, as even if the decision is not based on fully automated data processing, the processing of data can be complex and incomprehensible and therefore unpredictable for the employee. Such an obligation should apply in a situation where the algorithmic management system proposes a decision, in particular in areas which have a significant impact on the rights of the individual, including in the employment relationship.

Based on the definition of algorithmic management, its purpose is to enable automated and semi-automated decision making. In order to determine an employee's rights, it is important to distinguish between partially and fully automated decisions. A decision is based fully on automated processing when there is no meaningful participation of a person in the decision-making process. Meaningful participation of a person in decision-making means that a person does not routinely apply automatic recommendations, but actively participates in decision-making, interprets recommendations and, if necessary, can make a decision that differs from the recommendation. The author finds that such an approach to automated decisions is appropriate for the protection of an employee's personal data, as the stricter requirements for fully automated decisions cannot be avoided simply by having a human confirm a decision based on automated processing without analyzing it.

Making a decision based solely on automated processing is generally prohibited under Article 22 (1) of the GDPR. However, a decision based solely on automated processing with significant effects or legal consequences can be made in the employment relationship if it is necessary for the conclusion or performance of the employment contract. In such a situation, the employee has at least the right to be informed of the decision, to request the intervention of a person and to challenge the decision. Such rights are only available to the employee when a fully automated decision is made i.e., if no person is meaningfully involved in the decision. However, in the case of a semi-automated decision, it may be difficult to identify the significance of role played

by a human in the decision-making process. It is also unclear whether an employee is entitled to an explanation of the reasons for a particular decision or only of the logic of the decision-making process. In the opinion of the author, in order to improve the protection of personal data of an employee in algorithmic management, it must be unambiguously determined whether the data subject has the right to receive explanations regarding the reasons for a specific decision. Given that Article 22 (1) of the GDPR concerns decisions which have legal effects or similarly significant effects, the author considers that the employee should have the right to understand why a decision was taken against him in a particular case. The right to be informed of the reasons for a particular decision also ensures the transparency of algorithmic management. In particular, the data subject's right to be informed of the reasons for an individual decision should be included in Article 15 (1) (h) of the GDPR. In this case, the employee could ask the employer to explain the decision.

Although the employer can collect a large amount of data on employees through algorithmic management, the different types of personal data that an employer can collect on an employee are legally limited by the principles of data processing. Thus, the collection of any personal data must be lawful and purposeful. In addition, the processing of sensitive personal data and the automated decision-making based on them are generally prohibited. According to the author, the use of personal data for the protection of employee personal data is suitably limited by the principles of personal data processing. Based on this, the author is of the opinion that no further restriction on the use of different types of personal data is necessary.

In the event of an automated decision to terminate an employment contract, Employment Contracts Act provides the employee with more effective protection than the provisions on automated decisions, as the employee is given the opportunity to improve his or her behavior or get a job that better suits his or her abilities before the negative consequences occur. It is also not necessary to establish the role of the individual in the decision-making process i.e., whether it is a decision based on fully automated processing. Based on this, the author finds that the employment law is also suitable for protecting the employee from unjust termination of the employment contract and ensuring the stability of the employment relationship when using algorithmic management in an employment relationship.

KASUTATUD KIRJANDUS

- 1) Albi, K. jt. soolise võrdõiguslikkuse seadus. Kommenteeritud väljaanne. Tallinn: Juura 2010.
- 2) Anring, B. jt. The Role of Algorithms in Profiling. – Hildebrandt, M., Gutwirth, S. (toim). Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives. Dordrecht: Springer 2008.
- 3) Andmekaitse Inspeksioon. Õigustatud huvi. 15.05.2020. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/dokumendid/oigustatud_huvi_juhend_aki_26.05.2020.pdf (13.04.2022).
- 4) Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 2/2017 on data processing at work. 8.06.2017. Kättesaadav: <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169/en> (13.04.2022).
- 5) Article 29 Data Protection Working Party. Opinion 03/2013 on purpose limitation. 2.04.2013. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf (13.04.2022).
- 6) Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Arvamus 06/2014 andmete vastutava töötaja õigustatud huvide mõiste kohta direktiivi 95/46/EÜ artikli 7 tähenduses. 9.04.2014. Kättesaadav: https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_et.pdf (13.04.2022).
- 7) Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised automatiseeritud töötlusel põhinevate üksikotsuste tegemise ja profiilianaluusi kohta määruse 2016/679 kohaldamisel. 6.02.2018. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/inspeksioon/rahvusvaheline/juhised/suunised_automatiseeritud_tootlusel_pohinevate_uksikotsuste_tegemise_ja_profiilianaluusi_kohta_maaruse_2016679_kohaldamisel.pdf (13.04.2022).
- 8) Artikli 29 alusel asutatud andmetekaitse töörühm. Suunised määruse 2016/679 kohase läbipaistvuse kohta. 11.04.2018. Kättesaadav: https://www.aki.ee/sites/default/files/inspeksioon/rahvusvaheline/juhised/suunised_maaruse_2016679_kohase_labipaistvuse_kohta.pdf (13.04.2022).
- 9) Barocas, S., Selbst, A. D. Big Data's Disparate Impact. California Law Review 2016/3.
- 10) Bogen, M. All the Ways Hiring Algorithms Can Introduce Bias. Harvard Business Review. 6.05.2019. – <https://hbr.org/2019/05/all-the-ways-hiring-algorithms-can-introduce-bias> (13.04.2021)

- 11) Briône, P. My boss the algorithm: An ethical look at algorithms in the workplace. London: ACAS 2020.
- 12) Brkan, M. Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making in the Framework of the GDPR and Beyond. – International Journal of Law and Information Technology 2019/2.
- 13) Custers, B., Vrabec, H. U. Worker Privacy in a Digitalized World Under European Law. – Comparative Labor Law & Policy Journal, 2018/2.
- 14) Dastin, J. Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women. Reuters 11.10.2018. – <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (13.04.2021).
- 15) Delfanti, A. Machinic dispossession and augmented despotism: Digital work in an Amazon warehouse. – New Media & Society 2021/1.
- 16) De Stefano, V. “Negotiating the algorithm”: Automation, artificial intelligence and labour protection. Genf: International Labour Office 2018.
- 17) Ebers, M. Regulating AI and Robotics. Ethical and Legal Challenges. – Ebers, M., Navas Navarro, S. (toim). Algorithms and Law. Cambridge: Cambridge University Press 2019.
- 18) Ebert I, Wildhaber I, Adams-Prassl J. Big Data in the workplace: Privacy Due Diligence as a human rights-based approach to employee privacy protection. Big Data & Society. January 2021.
- 19) Euroopa Andmekaitse Nõukogu. Suunised 05/2020 määruse (EL) 2016/679 kohase nõusoleku kohta. 4.05.2021. Kättesaadav: https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_et.pdf (13.04.2022).
- 20) Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu direktiiv platvormitöö tingimuste parandamise kohta. COM/2021/762 final. Brüssel 9.12.2021.
- 21) Euroopa Komisjon. Ettepanek: Euroopa Parlamendi ja Nõukogu määrus, millega nähakse ette tehisintellekti käsitlevad ühtlustatud õigusnormid (tehisintellekti käsitlev õigusakt) ja muudetakse teatavaid liidu õigusakte. COM/2021/206 final. Brüssel 21.04.2021.
- 22) Euroopa Komisjon. Valge raamat. Tehisintellekt: Euroopa käsitus tiptasemel ja usaldusväärsest tehnoloogiast. Brüssel 19.2.2020 – https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_et.pdf (21.11.2021).

- 23) European Data Protection Board. Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects. 8.10.2019. Kättesaadav:
https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf (25.04.2022).
- 24) Felstead, A. jt. The determinants of skills use and work pressure: A longitudinal analysis. – Economic and Industrial Democracy 2019/3.
- 25) Gaudio, G. Algorithmic Bosses Can't Lie! How to Foster Transparency and Limit Abuses of the New Algorithmic Managers. 2021. –
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3927954# (21.11.2021).
- 26) Gent, C. The Politics of Algorithmic Management. PhD Thesis. Warwick: University of Warwicki 2018.
- 27) Gerards, J., Xenidis, R. Algorithmic discrimination in Europe: Challenges and opportunities for gender equality and non-discrimination law. A special report. Luksemburg: Publications Office of the European Union 2021.
- 28) Grimmelmann, J., Westreich, D. Incomprehensible Discrimination. – California Law Review Online 2017/7.
- 29) Hacker, P. Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law. – Common Market Law Review 2018/4.
- 30) Holtom, B., Allen, D. Better Ways to Predict Who's Going to Quit. Harvard Business Review 16.08.2019. – <https://hbr.org/2019/08/better-ways-to-predict-whos-going-to-quit> (21.11.2021).
- 31) Houser, K. A. Can AI Solve the Diversity Problem in the Tech Industry? Mitigating Noise and Bias in Employment Decision-Making. – Stanford Technology Law Review 2019/22.
- 32) Jarrahi, M. H. jt. Algorithmic management in a work context. – Big Data & Society July–December 2021.
- 33) Kellogg, K.C., Valentine, M., Christin, A. Algorithms at Work: The New Contested Terrain of Control. – Academy of Management Annals 2020/1.
- 34) Koops, B.-J. The Trouble with European Data Protection Law. – International Data Privacy Law 2014/4.
- 35) Kuner, C. jt (toim). The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary. Oxford: Oxford University Press 2020.

- 36) Lecher, C. How Amazon automatically tracks and fires warehouse workers for 'productivity'. 25.04.2019. – The Verge. <https://www.theverge.com/2019/4/25/18516004/amazon-warehouse-fulfillment-centers-productivity-firing-terminations> (25.04.2022).
- 37) Lee, M.K. jt. Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers. – 33rd Annual ACM SIGCHI Conference. New York: ACM Press 2015.
- 38) Lehr, D., Ohm, P. Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning. – University of California, Davis Law Review 2017/2.
- 39) Malgieri, G. Automated decision-making in the EU Member States: The right to explanation and other "suitable safeguards" in the national legislations. – Computer Law & Security Review 2019/5.
- 40) Marotta-Wurgler, F. Will Increased Disclosure Help? Evaluating the Recommendations of the ALI's "Principles of the Law of Software Contracts". – The University of Chicago Law Review 2011/1.
- 41) Mateescu, A., Nguyen, A. Explainer Algorithmic Management in the Workplace. New York: Data & Society 2019.
- 42) Organisation for Economic Co-operation and Development. Statistics. Trade Union Density. - <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TUD> (26.04.2022).
- 43) Orwat, C. Risks of Discrimination through the Use of Algorithms. A study compiled with a grant from the Federal Anti-Discrimination Agency. 2020.
- 44) Palmer, A. Amazon is using AI-equipped cameras in delivery vans and some drivers are concerned about privacy. CNBC 3.02.2021. – <https://www.cnbc.com/2021/02/03/amazon-using-ai-equipped-cameras-in-delivery-vans.html> (17.01.2022).
- 45) Putrova, N. The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. – Law, Innovation and Technology 2018/1.
- 46) Rieke, A. jt. Public Scrutiny of Automated Decisions: Early Lessons and Emerging Methods. An Upturn and Omidyar Network Report. 2018. – <https://apo.org.au/sites/default/files/resource-files/2018-02/apo-nid210086.pdf> (25.03.2022).
- 47) Smuha, N. A. How the EU Can Achieve Legally Trustworthy AI: A Response to the European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act. – Artificial Intelligence – Law, Policy, & Ethics eJournal 5.08.2021.

- 48) Solve, D. J. Privacy Self-Management and the Consent Dilemma. – Harvard Law Review 2013/7.
- 49) Zarsky, T. Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data. – Seton Hall Law Review 2017/4.
- 50) Zuiderveen Borgesius, F. J. Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making. Strasbourg: Directorate General of Democracy 2018.
- 51) Zuiderveen Borgesius, F. J. Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence. – The International Journal of Human 2020/10.
- 52) Žliobaitė, I., Custers, B. Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-Driven Decision Models. – Artificial Intelligence and Law 2016/2.
- 53) The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling. Recommendation CM/Rec(2010)13 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 23 November 2010 and explanatory memorandum. Strasbourg: Council on Europe Publishing 2011.
- 54) Tobler, C. Limits and potential of the concept of indirect discrimination. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities 2008.
- 55) Võrdse kohtlemise seadus 384 SE. Seletuskiri. 2008. Kättesaadav [https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/cc5e0cc0-2620-3f44-e381-071e238b4195/V%C3%B5rdse%20kohtlemise%20seadus%20\(384%20SE\)/](https://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/cc5e0cc0-2620-3f44-e381-071e238b4195/V%C3%B5rdse%20kohtlemise%20seadus%20(384%20SE)/) (25.03.2022).
- 56) Wachter, S., Mittelstadt, B., Floridi, L. Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation. – International Data Privacy Law 2017/7.
- 57) Wood, A. J. Algorithmic Management. Consequences for Work Organisation and Working Conditions. – JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology 2021/07.
- 58) World Economic Forum Global Future Council on Human Rights 2016-2018. White paper: How to Prevent Discriminatory Outcomes in Machine Learning. World Economic Forum 2018. – <https://www.weforum.org/whitepapers/how-to-prevent-discriminatory-outcomes-in-machine-learning> (25.04.2022).
- 59) Xenidis, R., Senden, L. EU Non-Discrimination Law in the Era of Artificial Intelligence: Mapping the Challenges of Algorithmic Discrimination. – Bernitz, U jt (toim). General Principles of EU law and the EU Digital Order. Kluwer Law International 2020.

KAUSTATUD ÕIGUSAKTID

- 61) Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivil 2006/54/EÜ, 5. juuli 2006, meeste ja naiste võrdsete võimaluste ja võrdse kohtlemise põhimõtte rakendamise kohta tööhõive ja elukutse küsimustes. – ELT L 204, 26.7.2006, lk 23-36.
- 62) Euroopa Parlamendi ja nõukogu määrus (EL) 2016/679, 27. aprill 2016, füüsiliste isikute kaitse kohta isikuandmete töötlemisel ja selliste andmete vaba liikumise ning direktiivi 95/46/EÜ kehtetuks tunnistamise kohta (isikuandmete kaitse üldmäärus). – ELT L 119, 4.5.2016, lk 1-88.
- 63) Komisjoni delegeeritud määrus (EL) 2017/589, 19. juuli 2016, millega täiendatakse Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 2014/65/EL seoses regulatiivsete tehniliste standarditega, milles määratakse kindlaks algoritmkauplemisega tegelevate investeerimisühingute organisatsioonilised nõuded. – ELT L 87, 31.3.2017, lk 417-448.
- 64) Nõukogu direktiivil 2000/43/EÜ, 29. juuni 2000, millega rakendatakse võrdse kohtlemise põhimõtte sõltumata isikute rassilisest või etnilisest päritolust. – EÜT L 180, 19.7.2000, lk 22-26.
- 65) Nõukogu direktiivil 2000/78/EÜ, 27. november 2000, millega kehtestatakse üldine raamistik võrdseks kohtlemiseks töö saamisel ja kutsealale pääsemisel. – EÜT L 303, 2.12.2000, lk 16-22.
- 66) Isikuandmete kaitse seadus. – RT I, 04.01.2019, 11.
- 67) Töölepingu seadus. – RT I, 12.11.2021, 3.
- 68) Töötajate usaldusisiku seadus. – RT I, 12.11.2021, 18.
- 69) Soolise võrdõiguslikkuse seadus. – RT I, 10.01.2019, 19.
- 70) Võlaõigusseadus. – RT I, 15.03.2022, 14.
- 71) Võrdse kohtlemise seadus. – RT I, 26.04.2017, 9.

KASUTATUD KOHTULAHENDID

- 72) EK 170/84, *Bilka - Kaufhaus GmbH v Karin Weber von Hartz*, ECLI:EU:C:1986:204
- 73) EK C-127/92, *Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*.
- 74) EK C-167/97, *Regina v Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith and Laura Perez*, ECLI:EU:C:1999:60.
- 75) EK C-196/02, *Vasiliki Nikoloudi vs. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, ECLI:EU:C:2005:141.
- 76) EK C-281/97, *Andrea Krüger vs. Kreiskrankenhaus Ebersberg*, ECLI:EU:C:1999:396.
- 77) EK C-322/98, *Bärbel Kachelmann vs. Bankhaus Hermann Lampe KG*, ECLI:EU:C:2000:495.
- 78) EK C-415/10, *Galina Meister v Speech Design Carrier Systems GmbH*, ECLI:EU:C:2012:217.
- 79) EK C-434/16, *Peter Nowak versus Data Protection Commissioner*, ECLI:EU:C:2017:994.
- 80) RKPJKo 3-4-1-7-12.
- 81) RKTsKo 3-2-1-135-11.