

Stockholm den 23 juni 2021

R-2021/1068

Till Infrastrukturdepartementet
Enheten för samhällets digitalisering
I2021/01304

Sveriges advokatsamfund har genom remiss den 21 maj 2021 beretts tillfälle att avge yttrande över Europeiska kommissionens förslag till förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens.

Sammanfattning

Advokatsamfundets uppfattning är att regelverket har fått en allt för bred och allmän utformning. Detta riskerar att leda till skillnader vid tillämpningen i olika medlemsländer och skapa en rättsosäkerhet som inte är lämplig, särskilt mot bakgrund av de kraftfulla sanktioner som kan utdelas enligt förordningen. Vidare finns en risk att ett brott mot förordningen också utgör ett brott mot Dataskyddsförordningen (EU) 2016/679 (GDPR), vilket kan innebära att juridiska och fysiska personer sanktioneras flera gånger för samma handling. Regleringen kan således komma att leda till stor osäkerhet för de aktörer som omfattas. Advokatsamfundet ställer sig kritiskt till de omfattande sanktionsmöjligheter som läggs fram i förordningen, särskilt mot bakgrund av de många breda och allmänt utformade bestämmelserna.



Synpunkter

Förordningens definitioner

Nedanstående definitioner har enligt Advokatsamfundet formulerats på ett för brett och oprecist sätt, vilket leder till osäkerheter vid tillämpningen. Detta, tillsammans med den allmänt hållna definitionen av hög-risk artificiell intelligens, ger förordningen ett för vidsträckt tillämpningsområde. Det framstår som sannolikt att definitionerna kommer tillämpas på olika sätt av de behöriga myndigheterna inom EU, vilket inte är önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Definitionen av provider och distributor i artikel 3

Förslaget till förordning innehåller en rad olika begrepp för aktörer som är involverade i, använder eller levererar och distribuerar system för artificiell intelligens. Eftersom aktörerna har liknande roller vad gäller systemen för artificiell intelligens, överlappar definitionerna till viss del varandra.

Exempelvis används begreppet *provider* för att definiera den som utvecklar ett system för artificiell intelligens eller den som låter utveckla ett sådant system och avser att släppa ut systemet på EU:s marknad eller ta det i bruk under sitt eget namn eller under ett företagsnamn. Det kan inte uteslutas att en sådan bred definition kommer innebära svårigheter att identifiera vem som utgör den faktiska leverantören enligt förordningen. Mot bakgrund av de skyldigheter och krav som följer av att vara en *provider* enligt förordningen är det önskvärt att definitionen görs tydligare.

Som ytterligare ett exempel ska *distributor* avse varje fysisk eller juridisk person i leveranskedjan, förutom leverantören eller importören, som gör ett system för artificiell intelligens tillgängligt på EU:s marknad utan att påverka dess egenskaper. Teoretiskt kan därmed varje juridisk eller fysisk person som deltar i leveransen av ett system omfattas av definitionen *distributor*, vilket inte kan vara avsikten med regelverket. Vidare ska framhållas att vissa tjänster som idag utförs inom mjukvaruutveckling är användarkontrollerade. Möjligheterna till insyn och kontroll från tjänsteleverantörerna är därmed begränsade, vilket de i vissa fall också bör vara, varför denna typ av breda definition är olämplig och går stick i stäv med många existerande verksamheters kontrollmöjligheter.



Definitionen av högrisk-artificiell intelligens i artikel 6 och Annex III

Vad som utgör högrisk-artificiell intelligens definieras i förordningens artikel 6 samt Annex III. Givet de omfattande möjligheterna för utveckling och efterföljande alternativtillämpning av utvecklad artificiell intelligens, vore det önskvärt om förordningen angav mer exakta grunder för bedömning av huruvida den artificiella intelligensen som leverantören avser tillhandahålla marknaden utgör högrisk-artificiell intelligens i förordningens mening. Behovet av detta framstår som särskilt nödvändigt med tanke på att kraven för en sådan leverantör är högt ställda. Den breda definitionen kan således leda till tillämpningssvårigheter för de enskilda företagen, vilket skapar en onödig osäkerhet för berörda aktörer. Bedömningen bör utföras på ett sådant sätt att den är enhetlig oavsett vilken typ av organ eller myndighet som gör bedömningen, exempelvis genom att det nationella organet erbjuder en möjlighet att få besked från ett europeiskt organ huruvida ett visst system utgör högrisk-artificiell intelligens. Eftersom artikel 59.7 i förordningen redan anger att nationella kompetenta myndigheter kan erbjuda vägledning och råd avseende implementeringen av förordningen, skulle förordningen även uttryckligen kunna innehålla en möjlighet för berörda aktörer att begära och få besked från myndigheterna om ett visst system för artificiell intelligens utgör ett högrisk-system enligt förordningen.

Definitionen av förbjudna system för artificiell intelligens i artikel 5

På samma sätt som anges ovan har även förbudet mot vissa system för artificiell intelligens i artikel 5 i förordningen fått en bred utformning. Exempelvis förbjuds i artikel 5.1 artificiell intelligens som använder tekniker bortom en persons medvetande som väsentligt snedvrider en persons beteende på ett sätt som orsakar eller sannolikt kommer orsaka den personen eller någon annan person fysisk eller psykisk skada. Denna beskrivning är oklar och det är svårt att förstå vad det är för typ av system som avses. Vidare är det svårt att förstå om systemet enbart är förbjudet om det kan komma att leda till en fysisk eller psykisk skada direkt vid dess användande, eller om även det faktum att skador kan uppstå i ett senare led, som leverantören av systemet inte direkt kan kontrollera, innebär att systemet är förbjudet enligt artikel 5.1. Samma fråga uppstår gällande artikel 5.2 som förbjuder system för artificiell intelligens som utnyttjar en viss grupp av personer och som kan leda till snedvridning av dessa personers beteende och orsaka eller sannolikt kommer orsaka fysisk eller psykisk skada. Eftersom beskrivningen av förbjudna system är så pass vag kommer det bli svårt



både för leverantörer av artificiell intelligens och nationella myndigheter att förstå och bedöma om ett visst system är förbjudet. De vaga beskrivningarna innebär ett problem ur ett rättssäkerhetsperspektiv och bedömningen av om ett visst system för artificiell intelligens är förbjudet kommer sannolikt i hög utsträckning bli beroende av hur reglerna tolkas av de nationella myndigheterna.

Verifieringsprocessen för högrisk-artificiell intelligens enligt artikel 31–33

Förordningen föreskriver att anmälade myndigheter ska inrättas med uppdrag att verifiera överensstämmelsen med reglerna för system för högrisk-artificiell intelligens. Frågan huruvida system för högrisk-artificiell intelligens får användas på marknaden är således beroende av om den nationella myndigheten verifierar systemet. Då det inte är ett EU-organ som verifierar systemen, kommer möjligheten till verifiering att bestämmas av hur den nationella anmälningsmyndigheten tolkar och tillämpar de krav som förordningen uppställer.

Visserligen anger förordningen att de anmälade myndigheterna ska organiseras så att beslut som berör anmälningar av organ för bedömning av överensstämmelse ska fattas av kompetenta personer och att myndigheten ska ha ett tillräckligt antal kompetenta personer till sitt förfogande för ett korrekt utförande av myndigheternas uppgifter. Trots detta finns en risk att utfallet av verifieringsprocessen kommer vara olika beroende på i vilken medlemsstat som processen utförs. Givet den tekniska komplexiteten och de breda definitioner som följer av förordningen, kommer det sannolikt inte vara möjligt att på ett jämlikt sätt fördela kompetens för verifiering av system över medlemsstaterna. Det är önskvärt att Europeiska kommissionen tydliggör hur det ska säkerställas att samma kompetens och nivå av bedömningar av system för artificiell intelligens kommer att upprätthållas i alla medlemsstater i syfte att vidhålla en likvärdig behandling av aktörer inom området.

Utseende av anmälade myndighet enligt artikel 30

I enlighet med förordningen ska varje medlemsstat utse eller inrätta en anmälade myndighet som ska ansvara för bedömningen av huruvida ett visst system klassificeras som högrisk-artificiell intelligens. Artikel 30.3 anger vidare att den anmälade myndigheten ska etableras, organiseras och drivas på ett sådant sätt att inga intressekonflikter uppstår och att dess verksamhet ska vara objektiv och opartisk. Vidare anger artikel 30.7 att de anmälade myndigheterna ska ha tillräckligt med



behörig personal till sitt förfogande för att kunna utföra dess uppgifter korrekt. Förordningen föreskriver dock inte närmare vad det är för typ av myndighet som kan agera som anmälände myndighet. Mot bakgrund av den makt som en anmälände myndighet ges att bedöma tillåtligheten av ett visst system för artificiell intelligens hade det varit önskvärt att närmare specificerade krav på organet som ska agera anmälände myndighet i medlemsstaterna angavs i förordningen. Det faktum att förordningen inte anger vilken typ av myndighet som ska agera som anmälände myndighet kan också innebära att kompetensen hos dessa organ och kvalitén på bedömningarna kommer skilja sig åt mellan medlemsstaterna, beroende på vilken typ av myndighet som fått förtroendet.

Förordningens förhållande till GDPR

Eftersom GDPR är teknikneutral är de skyldigheter som uppställs i GDPR även tillämpliga i förhållande till användandet av system för artificiell intelligens. Europeiska kommissionens förslag till förordning anger att förordningen inte påverkar GDPR och istället kompletterar GDPR. Det är dock tydligt att förslaget till förordning överlappar regleringen i GDPR eftersom GDPR är tillämplig när personuppgifter behandlas i system för artificiell intelligens. Det är därför högst troligt att regelkonflikter kommer att uppstå, exempelvis avseende vilken förordning som en viss leverantör ska anses ha brutit mot om användandet av systemet för artificiell intelligens sker i strid med förordningen samtidigt som personuppgifter enligt systemet behandlats i strid mot GDPR. Detta kan i sin tur innebära att det är svårt att bedöma vilken myndighet i medlemsstaten som är behörig att bevaka och eventuellt ta beslut kring hur personuppgifter används och registreras, vilket kan leda till att vissa överträdelser faller mellan stolarna. En annan fråga är hur regleringen av vite kommer att se ut om en leverantör av artificiell intelligens bryter mot såväl förordningen som mot GDPR. Eftersom förbudet mot dubbelbestraffning enligt Europakonventionen är tillämpligt vad avser sanktioner och administrativa ingripanden hade det varit önskvärt att det av förordningen framgick hur dessa frågor ska hanteras.

Sanktionsavgifter enligt artikel 71

Förordningen föreskriver en administrativ sanktionsavgift om upp till 30 miljoner EUR eller, om det gäller ett företag, upp till 6 procent av bolagets totala globala årsomsättning för föregående räkenskapsår, för bristande efterlevnad av det förbud



mot artificiell som avses i artikel 5 samt för bristande efterlevnad av systemen för artificiell intelligens enligt kraven i artikel 10. Uppfyller inte systemet för artificiell intelligens kraven eller skyldigheterna enligt förordningen (utöver de angivna kraven i artikel 5 och 10) kan den administrativa sanktionsavgiften uppgå till 20 miljoner EUR eller upp till 4 procent av företagets totala globala årsomsättning under föregående räkenskapsår. Om felaktig, ofullständig eller vilseledande information tillhandahålls ett anmälände organ eller en nationell myndighet som svar på en begäran, ska en administrativ sanktionsavgift betalas om upp till 10 miljoner EUR eller upp till 2 procent av företagets totala globala årsomsättning för föregående räkenskapsår.

Enligt Advokatsamfundet kan dessa sanktionsnivåer ifrågasättas. Speciellt mot bakgrund av att artikel 5, som anger vilka system för artificiell intelligens som är förbjudna, är vag och svårförståelig, bör det övervägas om det är motiverat att uppställa ett så högt sanktionsbelopp för överträdelser. Sanktionsbeloppet för en överträdelse av artikel 5 synes även oproportionerligt mot bakgrund av att bestämmelsen rörande tillhandahållande av felaktig, ofullständig eller vilseledande information anger ett sanktionsbelopp om 10 miljoner EUR alternativt 1 procent av ett bolags totala globala årsomsättning för föregående räkenskapsår. Eftersom en överträdelse av artikel 5 skulle kunna ske till följd av artikelns vaga utformning, medan tillhandahållandet av felaktig, ofullständig eller vilseledande information synes kräva ett slags medvetande från uppgiftslämnaren om att tillhandahållna uppgifterna inte är tillräckliga eller riktiga, framstår det orimligt strängt att ange ett så högt sanktionsbelopp för överträdelser av artikel 5.

Av artikel 71.6 i förordningen följer att alla relevanta omständigheter ska beaktas vid bestämmandet av den administrativa avgiften, bland annat överträdelsens art, allvar, varaktighet och konsekvenser, huruvida administrativa sanktionsavgifter redan utdelats till samma operatör för samma överträdelse samt storleken och marknadsandelen hos operatören som begår överträdelsen. Med tanke på den vaga utformningen av artikel 5 i förordningen borde uttryckligen anges att hänsyn ska tas även till om överträdelsen skett av oaktsamhet eller uppsåt vid beslut om administrativ sanktionsavgift (jfr artikel 83.2 b) GDPR).

Mot bakgrund av de höga sanktionsavgifter som förordningen föreskriver vore det även önskvärt om påförandet samt storleken av den administrativa sanktionsavgiften gjordes beroende av de konsekvenser som överträdelsen lett till, exempelvis om



överträdelsen inneburit en faktisk skada för personer som kommit i kontakt med ett system för artificiell intelligens som är förbjudet enligt artikel 5 (jfr artikel 83.2 a) GDPR). Även kategorier av personuppgifter som påverkas av överträdelsen, vilket ska beaktas enligt artikel 83.2 (g) i GDPR, bör anges som en grund att beakta i förordningen, särskilt mot bakgrund av att förordningen beloppsmässigt ställer upp högre administrativa sanktionsavgifter än GDPR (se artikel 83.4 och 83.5 i GDPR).

Rätten att överklaga beslut enligt artikel 5

Eftersom möjligheten att ställa ut ett system för artificiellt intelligenssystem på EU:s marknad är beroende av en godkänd verifieringsprocess är det av avgörande vikt för systemleverantörer att bedömningen sköts på ett korrekt och rättssäkert sätt. Förordningen anger i artikel 45 att medlemsstaterna ska säkerställa att det finns ett tillgängligt förfarande för överklagande av beslut som de anmälade organen fattar för de parter som har ett berättigat intresse i beslutet. Förordningen anger dock inte hur ett överklagandeförfarande ska gå till, vad som krävs av leverantören vid en begäran om överklagande och om det finns några krav på hur snabbt ett överklagande ska avgöras. Förslagsvis bör i förordningen anges vilket typ av organ som ska behandla ett överklagande, dvs. om det krävs att överklagandeinstansen är en domstol eller om även en myndighet kan pröva överklagandet. I Sverige bör beslut av en myndighet överklagas till förvaltningsdomstol i enlighet med förvaltningslagen.

Förordningens krav i förhållande till småskaliga leverantörer

Europeiska kommissionens förslag till förordning uppställer en rad krav på leverantörer av artificiell intelligens som önskar erbjuda sina system inom EU:s marknad. Exempelvis ska leverantörer enligt artikel 16 ha ett kvalitetsstyrningssystem, detaljstyrd teknisk dokumentation, föra automatiska loggsystem och säkerställa att systemet för artificiell intelligens genomgår relevanta förfaranden för bedömning av om systemet överensstämmer med förordningens krav. Vidare ska leverantören, på begäran av en nationell kompetent myndighet, demonstrera hur systemet överensstämmer med kraven som ställs i förordningen.

Mot bakgrund av de krav som ställs på leverantörer av högrisk-artificiell intelligens är det troligt att dessa kommer slå hårt mot småskaliga leverantörer som förväntas uppfylla samma krav som ställs på stora leverantörer, vilket skulle kunna hindra utvecklingen av artificiell intelligens och medföra att enbart större, redan etablerade,



företag har möjlighet att producera och leverera denna typ av tjänster. Att artikel 55 (c) anger att medlemsstaterna, vid behov, ska inrätta en särskild kanal för kommunikation med småskaliga leverantörer, användare och andra innovatörer för att ge vägledning och svar på frågor om genomförandet av förordningen, samt att medlemsstaterna ska inrätta s.k. *regulatory sandboxes*, kan inte anses svara tillräckligt mot den regulatoriska börda som förordningen kan komma att innebära.

Fråga om diskriminering

Förordningen nämner i beaktandesatser och artiklar vikten av icke-diskriminering och att användandet av artificiell intelligens i exempelvis rekryteringsprocesser kan innebära att historiska diskrimineringsmönster bibehålls. Det är dock svårt att förstå om Europeiska kommissionen menar att det är systemet för artificiell intelligens i sig som kan vara diskriminerande eller om det är hur den artificiella intelligensen tillämpas som innebär att diskrimineringsmönster kan bibehållas. Det kan aldrig anses vara systemet för artificiell intelligens i sig som är diskriminerande eftersom utfallet av systemet är beroende av hur det programmerats. Det är alltså inte användandet av artificiell intelligens vid exempelvis granskning av Cv:n i en rekryteringsprocess som *per se* kan leda till ett diskriminerande utfall, utan det är de krav och specifikationer som den artificiella intelligensen har att sortera och göra ett urval från som från början kan vara diskriminerande eller i vart fall leda till ett diskriminerande resultat. Europeiska kommissionen bör således överväga att förtydliga detta. Det bör också förtydligas att den mänskliga översynen som sker inte får förstärka den eventuella diskriminering som den artificiella intelligensen föreslår.

Fråga om transparens

Den grad av transparens och de krav på utlämnande av information som förordningen uppställer innebär att uppgifter som exempelvis utgör företagshemligheter kan behöva lämnas ut av en leverantör som vill erbjuda ett visst system för artificiell intelligens på marknaden. Förordningen uppställer krav på att nationella myndigheter och anmälda organ som är involverade i tillämpningen av förordningen ska respektera sekretessen avseende den information och data som erhållits vid utförandet av deras uppgifter och aktiviteter på ett sådant sätt att särskilt affärshemligheter och immateriella rättigheter skyddas. Det vore dock önskvärt att det i förordningen förtydligas exakt i vilka situationer som exempelvis företagshemligheter får utbytas mellan olika nationella



myndigheter respektive mellan nationella myndigheter och Europeiska kommissionen. Kravet på transparens framgår vidare av exempelvis artikel 11 i förordningen som anger att teknisk dokumentation ska upprättas så att det för nationella behöriga myndigheter och anmälände organ finns nödvändig information för att kunna bedöma huruvida systemet överensstämmer med förordningen. Mot bakgrund av att det i huvudsak är hur ett system för artificiell intelligens är upprättat och utformat som är värdedrivande för den som ligger bakom systemet är kravet på fullständig transparens en risk för dessa aktörer.

SVERIGES ADVOKATSAMFUND

Mia Edwall Insulander