
Notits om begrebet ”herkomst” i profilafklaringsværktøjet ift. data- beskyttelsesforordningen

1. INDLEDNING OG SAMMENFATNING

Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering (herefter ”STAR”) er i samarbejde med Kammeradvokaten ved at udarbejde en konsekvensanalyse vedrørende databeskyttelse af styrelsens såkaldte ”profilafklaringsværktøj” i henhold til databeskyttelsesforordningens artikel 35.

STAR har i den forbindelse bedt Kammeradvokaten om at foretage en udarbejde en kort notits om, hvorvidt kriteriet ”herkomst”, som indgår i profilafklaringsværktøjets statistiske model, er omfattet af begrebet ”etnisk oprindelse” i artikel 9 i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2016/679 af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger og om ophævelse af direktiv 95/46/EF (generel forordning om databeskyttelse) (herefter ”databeskyttelsesforordningen”) og dermed udgør en følsom personoplysning.

Baggrunden er, at der som led i de igangværende indsatser vedr. gennemførelse af databeskyttelsesforordningen i STAR ønskes klarhed om dataanvendelsen i profilafklaringsværktøjet samt i forhold til den databeskyttelsesmæssige konsekvensanalyse af denne.

Kammeradvokaten har efter aftale med STAR i denne notits alene foretaget en vurdering af ovenstående spørgsmål, hvorfor notitsen ikke behandler værktøjets anvendelsen af kriteriet ”herkomst” i øvrigt.

Sammenfattende konkluderes,

- at begrebet ”herkomst”, som det anvendes i profilafklaringsværktøjet, ikke er omfattet af begrebet ”etnisk oprindelse” i databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 1, og dermed ikke udgør en følsom personoplysning.

2. FAKTUM

STAR har idriftsat et landsdækkende såkaldt profilafklaringsværktøj på Jobnet, som skal anvendes af jobcentre m.v. til at afklare den enkelte ledige og vedkommendes risiko for langtidsledighed.

Formålet med profilafklaringsværktøjet er at hjælpe borgeren til at forberede sig bedst muligt på et aktivt og jobrettet kontaktføreløb og at etablere et fælles udgangspunkt for forløbet mellem borgeren og sagsbehandleren ved de efterfølgende jobsamtaler.

Profilafklaringsværktøjet har således til formål at understøtte jobcentrene og a-kassernes vurdering af visse lediges muligheder for at komme i beskæftigelse og omvendt visse lediges risiko for langtidsledighed. Dette sker bl.a. for at understøtte og sikre, at jobcentrene og a-kasserne kan foretage ensartede og bedst mulige vurderinger i det såkaldte kontaktføreløb, hvor en tidlig indsats mod langtidsledighed er central. Det tidlige kontaktføreløb kan medføre understøttende aktiviteter eller tilbud efter beskæftigelsesindsatslovens øvrige bestemmelser, og forløbet er obligatorisk for den ledige såvel som jobcentret efter beskæftigelsesindsatslovens §§ 16 ff. Samtidig har den ledige rettigheder, herunder efter omstændigheder ret efter beskæftigelsesindsatslovens § 18 a.

For alle målgrupperne indsamler STAR en række objektive karakteristika fra andre offentlige registre, herunder oplysninger om herkomst. STAR får således af CPR-registeret tilsendt oplysninger om borgere og dennes forældres oprindelsesland, dvs. det land, hvori borgeren og dennes forældre er født. Den statistiske model i profilafklaringsværktøjet medtager dog alene oplysningen fordelt på følgende kategorier:

- 1) dansk,
- 2) vestlig indvandrer,
- 3) ikke-vestlig indvandrer,
- 4) efterkommer af vestlige indvandrere, og
- 5) efterkommer af ikke-vestlige indvandrere.

Definitionen af vestlige lande i profilafklaringsværktøjet følger Danmarks Statistik definition, dvs. EU, Andorra, Australien, Canada, Island, Liechtenstein, Monaco, New Zealand, Norge, San Marino, Schweiz, USA og Vatikanstaten.¹

Begrebet herkomst omfatter med andre ord alene oprindelsesland forstået som fødeland og ikke borgere eller dennes forældres nationalitet eller statsborgerskab.

¹ <https://dst.dk/da/Statistik/dokumentation/hvadbetyder>, hentet den 5. maj 2019.

De kriterier, der indgår i værktøjet, er udvalgt af de statistiske modeller på baggrund af en bruttoliste over kriterier, som der er et statistisk belæg for, har en betydning for varigheden for ledighedsforløb. Det er alene de kriterier, som de statistiske modeller har fundet at have høj signifikans, der indgår i værktøjet. Der er med andre ord statistisk belæg for, at kriteriet ”herkomst” har en høj signifikans i vurderingen af risiko for langtidsledighed. Det vil således svække profilafklaringsværktøjets prædiktionssevne væsentligt, hvis kriteriet ”herkomst” fjernes fra værktøjet.

Advokatfirmaet Kromann Reumert har den 2. oktober 2003 afgivet et respons om hjemmelsgrundlaget for behandling af personoplysninger i den såkaldte visitationsmodel, som er en tidligere version af profilafklaringsværktøjet. For så vidt angår spørgsmålet om karakteren af kriteriet herkomst fremgår bl.a. følgende af responssummets side 8:

”Datatilsynet har over for Arbejdsmarkedsstyrelsen tilkendegivet, at de oplysninger om oprindelsesland, der indgår i visitationsmodellen ikke anses for at være oplysninger om etnisk baggrund og derfor ikke er følsomme oplysninger i persondatalovens forstand. I overensstemmelse med Datatilsynets udtalelse har vi ved vores vurdering af visitationsmodellen rubriceret oplysningerne om oprindelsesland som almindelige personoplysninger. Vi har i den forbindelse forudsat, at oplysningerne om oprindelsesland ikke inkluderer oplysninger om, hvilken etnisk gruppering inden for et givent land, den arbejdsledige tilhører, og at der ej heller vil blive inkluderet oplysninger, der angiver den arbejdslediges etniske baggrund.”

Jeg lægger til grund for min vurdering – som det også fremgår ovenfor af det citerede – at oplysningerne om oprindelsesland ikke inkluderer oplysninger om, hvilken etnisk gruppering inden for et givent land, den arbejdsledige tilhører, og at der ej heller vil blive inkluderet oplysninger, der angiver den arbejdslediges etniske baggrund i øvrigt.

3. RETSGRUNDLAG

3.1 Beskæftigelsesindsatsloven

Profilafklaringsværktøjet og den indeholdte behandling af personoplysninger er forudsat i forarbejderne til beskæftigelsesindsatslovens § 4 a, stk. 1, jf. punkt 2.9.2.2. i de almindelig bemærkninger i forslag (nr. 58) af den 12. november 2014 til lov om ændring af lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, lov om arbejdsløshedsforsikring m.v. og forskellige andre love (Reform af beskæftigelsesindsatsen, et fælles og intensiveret kontaktførelse, uddannelsesløft, styrket rådighed og målretning af virksomhedsrettede tilbud m.v.).

Efter tidligere gældende lovgivning i loven om en aktiv beskæftigelsesindsats skulle beskæftigelsesministeren fastsætte regler om, hvordan jobcenteret skal foretage vurderingen af, hvilke aktiviteter eller tilbud der skal gives (visitationen).

Ved lovforslaget i 2014 blev indført en ny ordning på baggrund af forliget om reform af beskæftigelsesindsatsen, hvorefter der – for tidligt at kunne sætte ind over for ledige, der er i risiko for langtidsledighed – skulle udvikles et landsdækkende afklaringsværktøj til at afklare den enkelte ledige og vedkommendes risiko for langtidsledighed. Afklaringsværktøjet skulle understøtte jobcentre og arbejdsløhedskasserne i tilrettelæggelsen af en indsats, der er tilpasset den enkelte lediges konkrete behov. Værktøjet skulle understøtte jobkonsulenternes arbejde, når de skal vurdere den enkelte lediges muligheder for at komme i job og skal tilrettelægge indsatsen ud fra den enkeltes forudsætninger. Valg af tilbud eller jobstøtteaktiviteter skulle dog altid basere sig på jobkonsulentens samlede faglige vurdering.

Den ledige og jobkonsulenter skulle til enhver tid kunne tilgå oplysninger fra afklaringsværktøjet. Det betyder samtidig, at værktøjet ikke kun anvendes i starten af ledighedsperioden, men også til løbende at vurdere den lediges muligheder for at komme i job.

Forslaget gennemførte forliget af 18. juni 2014 mellem Regeringen (Socialdemokraterne og Det Radikale Venstre) og Venstre, Dansk Folkeparti og Det Konservative Folkeparti, hvor bl.a. fremgår (bilag 1: Intensiveret kontaktførelse i a-kassen og jobcenteret, side 38 f.):

”Afklaringsværktøjet skal understøtte jobcentre og a-kasserne i tilrettelæggelsen af en indsats, der er tilpasset den enkelte lediges konkrete behov. Værktøjet skal understøtte jobkonsulenternes arbejde, når de skal vurdere den enkelte arbejdsløses muligheder for at komme i job og skal tilrettelægge indsatsen ud fra den enkeltes forudsætninger. Valg af tilbud eller jobstøtteaktiviteter skal dog altid basere sig på jobkonsulentens samlede faglige vurdering. Følgende kriterier er eksempler på forhold, der kan indgå i afklaringen: Ledighedshistorik, alder, tidligere beskæftigelse, herkomst, uddannelsesmæssig baggrund og årsag til ledighed.” (Understregt her).

Dette er gentaget i lovforslag til lovændring, jf. forslag (L 58) af 12. november 2014, i lovforslagets almindelige bemærkninger, afsnit 3.9.2.

Den 30. april 2019 vedtog Folketinget den nye beskæftigelsesindsatslov. Den nye beskæftigelsesindsatslov træder i kraft den 1. januar 2020 i henhold til dennes § 208. Det fremgår af den nye beskæftigelsesindsatslovs § 8, stk. 1, at beskæftigelsesministeren fastsætter regler om, hvordan jobcentret skal vurdere de lediges uddannelses- eller beskæftigelsespotentiale. Beskæftigelsesministeren fastsætter endvidere regler om et landsdækkende digitalt afklarings- og dialogværktøj, som kan benyttes af jobcentre og a-

kasser, jf. den nye beskæftigelsesindsatslovs § 8, stk. 2. Bestemmelsen i den nye beskæftigelsesindsatslovs § 8 er i vid udstrækning udtryk for en videreførelse af gældende ret efter beskæftigelsesindsatslovens § 4 a.

Den nye beskæftigelsesindsatslov blev vedtaget på baggrund af forslag nr. 209 af den 27. marts 2019 til lov om en aktiv beskæftigelsesindsats (herefter ”lovforslag nr. 209 af den 27. marts 2019”).

Det følger af de specielle bemærkninger til § 8, stk. 2, i lovforslaget, at det landsdækkende digitale afklarings- og dialogværktøj i overensstemmelse med gældende ret kan indeholde spørgsmål af såvel objektiv karakter, f.eks. om borgerens uddannelse og erhvervs erfaring, frafaldshistorik i forhold til uddannelse m.v., som spørgsmål af subjektiv karakter, f.eks. om borgerens motivation, kompetencer og forventninger. Det følger videre af de specielle bemærkninger, at værktøjet vil foretage en statistisk baseret analyse af borgerens risiko for at blive langtidsledig ud fra en række objektive informationer om borgeren, som indhentes via dels beskæftigelsesministeriets egne registre samt registre fra andre offentlige myndigheder, såsom f.eks. alder, herkomst og ledighedshistorik. Som eksempler på hvilke oplysninger, der kan indgå i de statistiske modeller, nævnes ”*ledighedshistorik, alder, tidligere beskæftigelse, herkomst, uddannelsesmæssig baggrund og årsag til ledighed, herunder f.eks. oplysninger om helbredsmæssige forhold*”, jf. de specielle bemærkninger til § 8, stk. 2, i lovforslaget (min understregning).

3.2 Databeskyttelsesreglerne

Databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 1, indeholder en udtømmende opstilling af de personoplysninger, der udgør følsomme personoplysninger, og har følgende ordlyd:

”Behandling af personoplysninger om race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning eller fagforeningsmæssigt tilhørsforhold samt behandling af genetiske data, biometriske data med det formål entydigt at identificere en fysisk person, helbredsoplysninger eller oplysninger om en fysisk persons seksuelle forhold eller seksuelle orientering er forbudt.”

Det fremgår af databeskyttelsesforordningens præambelbetragtning nr. 51, at personoplysninger, der i kraft af deres karakter er særligt følsomme i forhold til grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, bør nyde specifik beskyttelse, da sammenhængen for behandling af dem kan indebære betydelige risici for grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder.

Begrebet følsomme personoplysninger i artikel 9 omfatter bl.a. ”etnisk oprindelse”. Begrebet ”etnisk oprindelse” er ikke nærmere defineret i databeskyttelsesforordningen.

Det fremgår af betænkning nr. 1565/2017, at oplysninger om nationalitet af Datatilsynet normalt ikke anses for at være en følsom personoplysning, selvom sådanne oplysninger undertiden kan give en mere eller mindre kraftig indikation af f.eks. etnisk baggrund eller religiøs overbevisning, jf. betænkning 1565/2017 Databeskyttelsesforordningen og – de retlige rammer for dansk lovgivning, Del I, side 191. Der henvises endvidere til Justitsministeriets besvarelse af spm. nr. 518 (alm. del) af 16. april 2009, samt Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer, Henrik Waaben og Kristian Korfits Nielsen, 3. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 2015, side 287.

3.3 Øvrige EU-regler

EU-domstolen har derudover ved flere lejligheder taget stilling til, hvordan begrebet ”etnisk oprindelse” skal fortolkes i henhold til Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse. Direktivet er delvist gennemført i dansk ret ved lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., jf. lovbekendtgørelse nr. 1001 af 24. august 2017.

EU-domstolen har bl.a. ved dom i sag C-83/14 CHEZ Razpredelenie Bulgaria, præmis 46, udtalt, at etnisk oprindelse som omhandlet i ovennævnte direktiv 2000/43 og mere generelt i EU-retten, bygger på den opfattelse, at samfundsgrupper bl.a. kendetegnes ved indbyrdes at have samme nationalitet, religiøse overbevisning, sprog, kulturelle baggrund, traditioner og levested.²

Ved dom af 6. april 2017 i sag C-668/15 Jyske Finans A/S mod Ligebehandlingsnævnet³, har Domstolen bl.a. taget stilling til, hvorvidt det var direkte forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse, når et kreditinstitut, der krævede, at personer, der ansøger om et lån til køb af et motorkøretøj, og som har identificeret sig ved et kørekort, der angiver et andet fødeland end en EU-medlemsstat eller et EFTA-land, skal fremlægge supplerende dokumentation for identitet i form af en kopi af pas eller af opholdstilladelse.

Sagen drejede sig om, hvorvidt Jyske Finans udsatte IH for ulovlig forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse i forbindelse med, at IH og hans samlever SB som begge var danske statsborgere, i 2009 købte en brugt bil, som de finansierede via et fælles lån optaget gennem Jyske Finans. I forbindelse med behandlingen af låneansøgningen anmodede Jyske Finans IH om at indsende supplerende legitimationsoplysninger i form af kopi af pas eller opholdstilladelse. Årsagen til denne anmodning var, at IH, ifølge sit kørekort, som Jyske Finans havde modtaget kopi af, er født uden for EU, Norge, Island, Liechtenstein og

² Sag C-83/14, CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD mod Komisia za zashtita ot diskriminatsia, afsagt den 16. juli 2015

³ Sag C-668/15, Jyske Finans A/S mod Ligebehandlingsnævnet som mandatar for Ismar Huskic, afsagt den 6. april 2017

Schweiz (i Bosnien). Samme anmodning blev ikke fremsat overfor SB, idet hun, ifølge sit kørekort, er født i Danmark.

IH indbragte efterfølgende sagen for Ligebehandlingsnævnet, som ved afgørelse af 10. december 2010 fastslog, at IH havde været udsat for forskelsbehandling på grund af etnisk oprindelse i strid med lov nr. 374 af 28. maj 2003 om etnisk ligebehandling (ligebehandlingsloven). Nævnet tilkendte på den baggrund IH 10.000 kr. i godtgørelse. Jyske Finans efterlevede ikke afgørelsen, og Ligebehandlingsnævnet indbragte derfor sagen for domstolene på vegne af IH i medfør af § 12, stk. 2, i lov om Ligebehandlingsnævnet.

Det bemærkes, sagen ikke angik forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (statsborgerskab), idet IH var dansk statsborger.

Ved dom af 5. februar 2013 stadfæstede Retten i Viborg Ligebehandlingsnævnets afgørelse. Jyske Finans ankede Retten i Viborgs dom til Vestre Landsret, som spurgte EU-Domstolen, om Jyske Finans' praksis udgør forskelsbehandling i henhold til princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse.

Domstolen anførte, at spørgsmålet skal besvares ved at fastlægge, om fødeland kan anses for at være direkte eller uløseligt forbundet med en bestemt etnisk oprindelse, jf. præmis 16.

I denne henseende bemærkede Domstolen, at begrebet »etnisk oprindelse« bygger på den opfattelse, at samfundsgrupper bl.a. kendetegnes ved indbyrdes at have samme nationalitet, religiøse overbevisning, sprog, kulturelle baggrund, traditioner og levested (dom af 16.7.2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14, præmis 46).

Af dommens præmis 18-20 fremgår bl.a. følgende:

”18. Selv om en persons fødeland ikke indgår i denne liste af kriterier, bemærkes, at for så vidt som denne liste indledes med udtrykket »bl.a.«, har de deri opregnede elementer ikke udtømmende karakter, og det er derfor ikke udelukket, at kriteriet fødeland kan indgå i listen. Selv hvis dette måtte være tilfældet, må det imidlertid fastslås, at fødeland alene ville være en af de specifikke faktorer, der gør det muligt at antage, at en person tilhører en etnisk gruppe, uden på nogen måde at være afgørende i denne henseende.

19. En etnisk oprindelse kan nemlig ikke afgøres alene på grundlag af ét kriterium, men bør derimod baseres på en vifte af elementer, hvoraf visse har objektiv karakter og andre subjektiv karakter. Det er desuden ubestridt, at fødelandet ikke generelt og absolut kan erstatte samtlige de kriterier, der er nævnt i denne doms præmis 17.

20. Følgelig kan fødelandet ikke i sig selv danne grundlag for en generel formodning om et tilhørsforhold til en bestemt etnisk gruppe, således at det kan fastslås, at disse to begreber er direkte og uløseligt forbundet med hinanden.”

Desuden bemærker Domstolen, at det ikke kan antages, at der er én og kun én etnisk oprindelse for hver suveræne stat, jf. præmis 21. EU-domstolen kommer herefter frem til, at der ikke er tale om forskelsbehandling på baggrund af etnisk oprindelse, jf. C-668/15, præmis 23.

Af Generaladvokat Wahl forslag fremgår indledningsvist (1. december 2016 til afgørelse i sagen), jf. pr. 1-3: *”Hvad siger en persons fødested om denne persons etniske oprindelse? Overraskende lidt. Reelt tjener antagelsen af, at der findes et ubrydeligt bånd mellem en persons fødested og dennes etniske oprindelse, alene til at fastholde visse misvisende stereotyper.”*

4. VURDERING

Spørgsmålet er, om kriteriet ”herkomst”, som det anvendes af STAR i profilafklaringsværktøjet – dvs. oplysninger om borgeres fødeland fordelt på de ovennævnte 5 kategorier, jf. side 2 – udgør følsomme personoplysninger om etnisk oprindelse efter databeskyttelsesforordningens artikel 9.

Begrebet ”etnisk oprindelse” er ikke nærmere defineret i databeskyttelsesforordningen. Som det fremgår ovenfor, anses en oplysning om en persons nationalitet normalt ikke for at udgøre en følsom personoplysning efter Datatilsynets praksis. Det må rimeligvis kunne lægges til grund, at fysiske personer almindeligvis eller i hvert fald overvejende er født i det land, der udgør deres nationalitet. Datatilsynets praksis taler således til støtte for, at oplysninger om personers fødeland – ligesom tilfældet er med oplysninger om nationalitet – ikke i sig selv udgør en følsom personoplysning om etnisk oprindelse.

EU-domstolen praksis vedr. ”etnisk oprindelse” i relation til direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse kan endvidere efter min vurdering indgå i fortolkningen af begrebet ”etnisk oprindelse” i relation til databeskyttelsesforordningen.

EU-domstolen har i relation til Rådets direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse fortolket begrebet ”etnisk oprindelse” således, at oplysning om vedkommendes fødeland ikke kan være den eneste afgørende faktor i fastlæggelsen af en persons etniske oprindelse, ligesom fødelandet ikke i sig selv kan danne grundlag for en generel formodning om et tilhørsforhold til en bestemt etnisk gruppe, således at det kan fastslås, at disse to begreber er direkte og uløseligt forbundet med hinanden, jf. præmis 18-20 i EU-domstolens dom i Jyske Finans-sagen, C-668/15, som citeret ovenfor i afsnittet om ”Retsgrundlaget”.

Udgangspunktet er herefter, at STAR's anvendelse af oplysninger om borgernes fødeland (herkomst) ikke i sig selv udgør en oplysning om borgernes etniske oprindelse. Dette udgangspunkt styrkes af, at STAR efter det oplyste i relation til selve profileringen i profilafklaringsværktøjet alene anvender oplysningerne om fødeland indirekte i den forstand, at oplysningen om fødeland anvendes til at definere, om en person er født i et vestligt eller ikke-vestligt land eller er efterkommer af indvandrere fra vestlige eller ikke-vestlige lande. Profileringen af de enkelte borgere foretages med andre ord ikke på baggrund af oplysninger om den enkelte borgers fødeland men på baggrund af en aggregeret, større gruppering af lande. Således vil f.eks. borgere med fødeland i Australien, Japan og Sudan m.fl. være i samme kategori – nemlig kategori 3 ”ikke-vestlig indvandrer” – uagtet at personer fra disse lande tilhører forskellige etniske grupperinger, dels på tværs af og internt i landene.

Jeg lægger efter det oplyste til grund, at oplysningerne om oprindelsesland ikke inkluderer oplysninger om, hvilken etnisk gruppering inden for et givent land, den arbejdsledige tilhører, og at der ej heller i øvrigt inkluderes oplysninger, der angiver den arbejdslediges etniske baggrund.

På baggrund af ovenstående er det herefter min samlede konklusion, at begrebet ”herkomst”, således som det konkret anvendes i profilafklaringsværktøjet beskrevet af STAR, ikke er identisk med eller omfattet af begrebet ”etnisk oprindelse” i databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 1, og dermed ikke er en følsom personoplysning.

Der foreligger endnu ikke entydig praksis om begrebet fra danske domstole eller EU-Domstolen, hvorfor denne konklusion naturligvis kan være behæftet med en usikkerhed.