

## **NOTAT OM DET RETLIGE GRUNDLAG FOR BEHANDLING AF PERSONOPLYSNINGER VED TRÆNING AF EN ALGORITME**

### **1. INDLEDNING OG BAGGRUND**

Sundheds- og Omsorgsforvaltningen i Københavns Kommune (herefter **SUF**) har bedt Horten om at vurdere, hvilken retlig ramme der gælder for kommunens brug af data til et projekt om to algoritmer.

Det forestående projekt i SUF omfatter to algoritmer, hvoraf den ene er en eksisterende algoritme (herefter **algoritme 1**), mens den anden først skal udvikles af SUF (herefter **algoritme 2**). Dette notat fokuserer alene på algoritme 1, hvorfor algoritme 2 ikke vil blive yderligere omtalt.

Dette notat vil i første omgang fokusere på de retlige rammer i databeskyttelsesretten for at kunne anvende personoplysninger til at udvikle, herunder navnlig træne, og derefter sætte algoritme 1 i drift, hvorved algoritme 1 skal anvendes som beslutningsstøtteværktøj over for borgerne. Det vil således blive vurderet, om der er et retligt grundlag for at behandle personoplysninger til disse formål, samt om en sådan behandling er i overensstemmelse med de grundlæggende principper i databeskyttelsesretten.

Dette fokus på algoritme 1 er valgt, fordi det er den mindst vidtgående behandling, der foretages i det ønskede projekt. Hvis det viser sig, at der ikke er hjemmel til denne behandling, er der ikke grund til at undersøge algoritme 2.

Notatet tager ikke stilling til de databeskyttelsesretlige krav om bl.a. fortegnelse, risikovurdering og konsekvensanalyse. De sundhedsretlige regler er desuden ikke medtaget.

Afsnit 2 indeholder en samlet konklusion samt anbefalinger. Afsnit 3 indeholder en beskrivelse af det ønskede projekt. I afsnit 4 er en beskrivelse af de juridiske rammer. Afsnit 5 indeholder vores vurderinger.

## **2. KONKLUSION OG ANBEFALINGER**

### **2.1 Konklusion**

Der er ud fra en fortolkning af reglerne i lyset af Datatilsynets praksis ikke det fornødne præcise og tydelige retlige grundlag i hverken databeskyttelsesforordningen eller serviceloven til at behandle almindelige personoplysninger som led i driften af algoritme 1.

Det er efter vores vurdering heller ikke muligt at behandle almindelige personoplysninger til at udvikle, herunder træne, algoritme 1. Det som udgangspunkt tvivlsomt, om behandlingen overhovedet kan ske inden for rammerne af det retlige grundlag i artikel 6, stk. 1, litra e, eller serviceloven. Men selv hvis man antog, at der var en sådan hjemmel, ville behandlingen til udvikling, herunder træning, ikke være i overensstemmelse med principperne om rimelighed og ansvarlighed i artikel 5. Det skyldes, at det ikke vil være i overensstemmelse med disse principper at udvikle en algoritme, som ikke kan sættes i drift, fordi det på forhånd kan siges, at driften mangler hjemmel, jf. ovenfor.

Der er ikke hjemmel til at behandle følsomme oplysninger til udviklingen eller driften af algoritme 1 i artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, eller databeskyttelseslovens § 7, stk. 4. En sådan hjemmel findes heller ikke i serviceloven.

Af ovenstående grunde vil en behandling til udvikling og drift ikke være i overensstemmelse med det grundlæggende princip om lovlighed i artikel 5. Med andre ord er det efter vores vurdering samlet set ikke muligt at behandle personoplysninger til at træne, drifte eller gentræne algoritme 1.

Vi bemærker supplerende, at der efter vores vurdering er behov for en opdatering af den foreliggende privatlivspolitik. Det skyldes, at der er behov for mere en mere dækkende information om den behandling, som finder sted, for at opfylde principperne om gennemsigtighed, rimelighed og formålsbestemthed. Disse væsentlige og fundamentale principper i databeskyttelsesretten skal også være opfyldt ved siden af kravene til det retlige grundlag for behandlingen.

### **2.2 Anbefalinger**

Vi anbefaler på baggrund af ovenstående, at SUF:

1. Overvejer at forelægge spørgsmålet til afklaring ved Datatilsynet. En sådan afklaring kan ske på forskellige måder. Disse måder kan drøftes yderligere på vores møde. En sådan afklaring fra Datatilsynet, som vi formoder vil falde ud på samme måde som vores vurdering, vil kunne bruges i den videre proces med at få etableret det nødvendige hjemmelsgrundlag.
2. Forfølger lovgivningssporet og – foruden det allerede udarbejdede høringssvar til udkastet til bekendtgørelsen om dataindberetninger af visse ydelser på ældreområdet – går i dialog med de relevante fagministerier om lovhjemmel.
3. Allerede nu og løbende, når og hvis hjemmelgrundlaget ændres, opdaterer den generelle privatlivspolitik med det formål at sikre gennemsigtighed af behandlingen

samt indsamling af personoplysninger til legitimt angivne formål, og således at privatlivspolitikken ikke bliver en forhindring for at anvende oplysningerne, hvis der på et tidspunkt opnås tilstrækkelig hjemmel til projektet eller lignende projekter.

4. Sikrer sig, at øvrige regler i databeskyttelsesretten, herunder kravene til fortegnelse, risikovurderinger og konsekvensanalyser, er overholdt, da dette også er en forudsætning for på lovlig vis at kunne behandle personoplysninger til udvikling og drift af en algoritme, når og hvis den fornødne hjemmel kommer.

### **3. BESKRIVELSE AF PROJEKTET**

#### **3.1 Formålet med projektet**

Med projektet ønsker SUF at benytte to algoritmer til at fastholde borgernes funktionsniveau længst muligt til gavn for borgeren selv. Dette er samtidig til gavn for SUF, fordi det kan udskyde borgernes behov for hjælp fra forvaltningen. Formålet er dermed at sikre, at borgerne rettidigt får den rette vedligeholdende træning eller rehabiliterende indsats således, at de kan klare sig selv længst muligt, og at behovet for hjælp fra forvaltningen udskydes.

Det er ikke hensigten, at algoritmen skal medføre, at personer, der normalt ville få tilbudt denne træning eller rehabilitering, får frataget denne mulighed. Det er tænkt som en hjælp til kommunens personale, sådan at flere borgere – hvor det er relevant – kan få gavn af træning og rehabilitering.

#### **3.2 Algoritmernes funktioner**

SUF ønsker at teste en eksisterende algoritme. Denne algoritme er udviklet som led i Aalborg Kommunes signaturprojekt AI-Rehabilitering (AIR) i samarbejde med Aalborg Kommune og virksomheden DigiRehab og Aarhus Universitet. Algoritme 1 er aldrig blevet sat i drift. Det skyldes, at algoritmen er udviklet som et forskningsprojekt. Personoplysningerne er således behandlet efter reglerne om forskningsprojekter i databeskyttelseslovens § 10. Det har af den grund ikke været muligt efterfølgende at sætte algoritmen i drift i Aalborg Kommune.

Algoritmen udgør et beslutningsstøtteværktøj. Algoritmen kan med relativt stor nøjagtighed identificere, hvilke borgere der kan gennemføre et træningsforløb, og hvem der vil få effekt af forløbet. Algoritmen skal således på baggrund af en statistisk baseret analyse understøtte den enkelte visitors faglige vurdering af, hvilke borgere der vil få udbytte af vedligeholdende træning eller en rehabiliterende indsats.

Algoritmen er tænkt som en hjælp til at understøtte de ansatte i SUF's vurdering af, hvem der kan få glæde af genoptræningsforløbet. Det er hensigten, at algoritmen skal trænes på historiske data fra Cura og Nexus.

SUF skal først foretage 'reverse engineering' af algoritmen, for at algoritmen kan anvendes i SUF med data fra SUF. Algoritmen skal herefter trænes på SUF's oplysninger. Det er hensigten, at oplysninger til træning af algoritmen skal komme fra historiske sager.

De oplysninger, herunder primært personoplysninger, som SUF helt overordnet behandler i forvaltningen, drejer sig overordnet om personoplysninger fra følgende tre situationer:

1. **Personoplysninger, der indgår i sager, som også udgør patientjournaler.** Det drejer sig om oplysninger fra sager fra den kommunale sygepleje. Det kan også være oplysninger fra træningssteder, fx terapeuter. SUF står også for forebyggende indsatser efter sundhedslovens § 119, og i den forbindelse er der også sager, hvor der indgår oplysninger, der er en del af en patientjournal.
2. **Personoplysninger modtaget af visitationen for at kunne tildele en ydelse efter serviceloven.** SUF visiterer og træffer afgørelse om tildeling af ydelser efter visse af servicelovens bestemmelser. Det drejer sig primært om ydelser til borgere over 65 år. Dog vil alle kræftpatienter blive visiteret og få truffet afgørelse i SUF.
3. **Personoplysninger nødvendige for at kunne udføre opgaven med at give den tildelte ydelse fra visitationen.** Derudover har SUF også en lang række personoplysninger, der anvendes som led i den faktiske udførelse af afgørelserne truffet efter pkt. 2. Disse personoplysninger bliver behandlet, for at det er muligt for fx hjemmeplejen og genoptræningsstederne at udføre deres opgaver.

De historiske oplysninger, som SUF ønsker at bruge til at træne algoritmen på, stammer fra en række afgørelsessager efter serviceloven. Det er således oplysninger fra sager i anden kategori ovenfor, dvs. det er oplysninger, som findes i visitationen.

Nedenfor er et skema over afgørelsessagerne med tilknyttet hjemmelsgrundlag i serviceloven, som SUF i første omgang ønsker at anvende data fra. For hver ydelse fremgår det, hvilke typer af oplysninger der er relevante fra ydelsen.

#### Oplysninger i algoritme 1

Algoritmens parameter/fokus	Ydelsen	Ydelsens hjemmelsgrundlag	Nærmere beskrivelse af hjemmelsgrundlaget
Der behandles oplysninger om borgeres CPR-nummer, som erstattes med et nummer-id, alder og fødselsdag samt køn.			
- Om borgeren har fået tilbud om genoptræning ved en hjælper.  Det kan ikke udelukkes, at man ud fra genoptræningen evt. i kombination med andre	Tilbud om genoptræning til afhjælpning af fysisk funktionsnedsættelse forårsaget af sygdom, der ikke behandles i tilknytning til en sygehusindlæggelse, samt tilbud om hjælp til at vedligeholde fysiske	Servicelovens § 86.	Se ordlyd i bilag 1.

<p>oplysninger såsom alder og køn direkte eller indirekte får oplysninger om vedkommendes fysiske eller psykiske helbredstilstand. Det gælder navnlig i den fase, hvor datasættene tilvebringes fra sagerne i Cura.</p>	<p>eller psykiske færdigheder til personer med et særligt behov.</p>		
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Om borgeren har fået hjælpemidler.</li> <li>- Hvilke hjælpemidler borgeren har fået, hvilket identificeres på baggrund af ISO-nummeret.</li> <li>- Låneperioden for hjælpemidlet, som identificeres via datoerne for levering hhv. returnering af hjælpemidlet.</li> <li>- Det kan ikke udelukkes, at koblingen mellem oplysninger om genoptræning og hjælpemiddel – evt. med køn og alder – direkte eller indirekte kan give oplysninger om vedkommendes fysiske eller psykiske helbred. Det gælder navnlig i den fase, hvor</li> </ul>	<p>Støtte til hjælpemidler til personer med behov herfor.</p>	<p>Service洛vens § 112.</p>	<p>Se ordlyd i bilag 1.</p>

datasættene tilvebringes fra sagerne i Cura.			
- Oplysninger om en borgers træningsforløb, fx hvornår vedkommende har trænet, evt. aflysninger, og om træningsforløbet er gennemført. Det gælder navnlig i den fase, hvor datasættene tilvebringes fra sagerne i Cura.	Oplysninger fra Digi-Rehab.	Disse oplysninger kommer ikke fra afgørelser truffet i medfør af en særlig bestemmelse i serviceloven.	N/A.
Datakilder, som SUF fremadrettet ønsker at anvende, hvis det er muligt.			
- Observationer om ensomhed.	Bygger på data i Cura om screening for ensomhed. Data er baseret på spørgsmål stillet til borgeren.		

Ovenstående oplysninger vil blive behandlet i hele algoritmens livscyklus, dvs. både ved træning, idriftsættelse og gentræning. SUF har desuden oplyst, at alle borgeres oplysninger hurtigst muligt bliver pseudonymiseret og aggregeret, i forbindelse med at dataene bliver rensat og vasket, og datasættene bliver udarbejdet.

#### 4. DEN JURIDISKE RAMME – DATABESKYTTELSESRETEN

##### 4.1 Hvilke generelle regler er relevante for vurderingen?

Inden for databeskyttelsesretten findes der en række relevante retskilder. Det drejer sig først og fremmest om databeskyttelsesforordningen<sup>1</sup>. Databeskyttelsesforordningen gør det dog muligt at vedtage nationale regler, der skal tilpasse og præcisere anvendelsen af forordningens bestemmelser om behandling af personoplysninger; det såkaldte nationale

<sup>1</sup> 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) (EØS-relevant tekst).

råderum. Denne tilpasning kan fx bestå i at fastsætte mere specifikke krav til behandlingen af personoplysninger.<sup>2</sup> Det kunne eksempelvis være, hvis lovgiver ønsker at fastsætte en regel om, at bestemte oplysninger kun må anvendes til et specifikt formål. Det kunne også være situationer, hvor lovgiver ønsker at fastsætte en pligt for en myndighed til at udvikle et digitalt værktøj baseret på en bestemt teknologi. Et eksempel på dette er lov om aktiv beskæftigelsesindsats § 8, stk. 2.

Databeskyttelsesloven udgør en tværgående, national lov inden for databeskyttelsesforordningens nationale råderum. Ved siden af den generelle databeskyttelseslov kan der være vedtaget særlovgivning inden for specifikke områder, som også udgør et retligt grundlag for behandling af personoplysninger. Sådanne regler går forud for databeskyttelsesloven<sup>3</sup>, jf. denne lovs § 1, stk. 3.

Når muligheden for at behandle personoplysninger skal vurderes, er det derfor relevant at undersøge både nationale regler og databeskyttelsesforordningen.

## 4.2 Det retlige grundlag efter databeskyttelsesretten og særlovgivningen

### 4.2.1 Indledning

Efter databeskyttelsesforordningen er det væsentligt at være opmærksom på, om der er et retligt grundlag for behandlingen af personoplysninger (afsnit 4.2.2.3-4.2.2.7), og om de grundlæggende principper er overholdt (afsnit 4.4.1-4.4.7).

Nedenfor er derfor indledningsvist en kort beskrivelse af "behandlingsbegrebet" og forståelsen heraf ved udvikling og brug af algoritmer (afsnit 4.2.2.1-4.2.2.2), inden de retlige grundlag analyseres.

### 4.2.2 Behandling af personoplysninger efter databeskyttelsesretten

#### 4.2.2.1 Hvordan skal behandlingsbegrebet forstås?

En behandling af en personoplysning er enhver aktivitet eller række af aktiviteter — med eller uden brug af automatisk behandling — som personoplysninger eller en samling af personoplysninger gøres til genstand for. Det kan fx være indsamling, registrering, organisering, systematisering, opbevaring, tilpasning eller ændring, genfindning, søgning, brug, videregivelse ved transmission, formidling eller enhver anden form for overladelse, sammenstilling eller samkøring, begrænsning, sletning eller tilintetgørelse. Definitionen følger af artikel 4, nr. 2, i databeskyttelsesforordningen.

Ved vurderingen af det retlige grundlag skal hver behandling vurderes for sig. Der kan således være forskel på det retlige grundlag samt rækkevidden af det retlige grundlag,

<sup>2</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, del 1, s. 161 ff.

<sup>3</sup> Lov nr. 502 af 23. maj 2018 supplerende bestemmelser til forordning om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (databeskyttelsesloven).

afhængig af om behandlingen vedrører modellering, træning og test af en algoritme eller selve driften af algoritmen. Commissioner's Office (ICO)<sup>4</sup> i Storbritannien har udtalt, at:

*"In many cases, when determining your purpose(s) and lawful basis, it will make sense for you to separate the research and development phase (including conceptualisation, design, training and model selection) of AI systems from the deployment phase. This is because these are distinct and separate purposes, with different circumstances and risks."*

Det betyder således, at der er forskel på vurderingen af det retlige grundlag, alt efter om der er tale om træning af en algoritme eller driften af en algoritme.

Der skal dog altid være et retligt grundlag for at foretage den enkelte behandling.

Det næste skridt er derfor at identificere, hvilken type oplysninger der findes, for derefter at kunne overveje relevante retlige grundlag, som SUF kan anvende til at udvikle og drifte algoritme 1.

#### 4.2.2.2 Hvilke kategorier af oplysninger findes?

Vurderingen af det retlige grundlag for behandlingen beror – ud over behandlingsaktiviteten som beskrevet ovenfor – også på kategorien af oplysninger. Der findes således to kategorier af oplysninger efter databeskyttelsesretten; almindelige og følsomme personoplysninger.

Der er tale om en følsom personoplysning, hvis oplysningen er nævnt i artikel 9, stk. 1, i databeskyttelsesforordningen, der indeholder en udtømmende opremsning. Det drejer sig fx om oplysninger om genetiske data eller biometriske data med det formål entydigt at identificere en fysisk person, helbredsoplysninger eller oplysninger om en fysisk persons handicap eller seksuelle forhold. Oplysninger om etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning eller fagforeningsmæssigt tilhørsforhold er også omfattet af oplysningerne.

En oplysning vil give information om en følsom oplysning, i det omfang der foreligger en "påviselig sammenhæng" mellem personen og mulighederne for at drage slutninger om den følsomme oplysning, fx om den enkelte persons helbred, seksuelle forhold, religiøse forhold eller fagforening. Dette kan være baseret på enten personoplysningen alene eller i kombination med andre oplysninger.<sup>5</sup>

Som eksempel kan nævnes, at en adresse på en fysisk person er en almindelig oplysning. Det gælder dog ikke, hvis adressen er på et psykiatrisk plejehjem for personer med alzheimers og demens. Det skyldes, at adressen dermed også fastslår, at vedkommende person har en psykisk sygdom, og adresseoplysningen bliver derfor – i kombination med oplysninger om institutionens formål – en følsom oplysning.

<sup>4</sup> ICO svarer til det danske Datatilsyn.

<sup>5</sup> Artikel 29-Gruppen, Annex – health data in apps and devices, s. 4; Kent Kristensen, Persondata – forskning, 2022, Djøf Forlag, s. 59; Kent Kristensen, Persondata – forskning, 2022, Djøf Forlag, s. 58.



Derudover er der en række almindelige personoplysninger, som efter databeskyttelsesloven nyder en ekstra beskyttelse. Det er fx oplysninger om strafbare forhold eller CPR-nummer. Der gælder særlige regler for behandling af disse almindelige, fortrolige oplysninger i databeskyttelseslovens §§ 8 og 11.<sup>6</sup>

De to kategorier er vigtige at holde sig for øje for at kunne overveje, hvilke retlige grundlag der kan anvendes.

#### 4.2.2.3 Hvilke retlige grundlag kan generelt anvendes?

For at behandle almindelige oplysninger skal der være et retligt grundlag i artikel 6, stk. 1, litra a-f, eller i en national særregel. For at behandle følsomme oplysninger, såsom oplysninger om helbred, handicap eller seksualitet, skal der være et retligt grundlag i artikel 9, stk. 2, litra a-j, jf. artikel 6, stk. 1, litra a-f, eller i en national særregel.

Offentlige myndigheder kan ikke bruge alle behandlingshjemler. Det er således som offentlig myndighed som altovervejende hovedregel ikke muligt at bruge det retlige grundlag om samtykke (artikel 6, stk. 1, litra a, og artikel 9, stk. 2, litra a), ligesom det som altovervejende hovedregel heller ikke er muligt at behandle oplysninger som følge af en legitim interesse (artikel 6, stk. 1 litra f). Foruden disse oplysninger indeholder forordningens artikel 6, stk. 1, og 9, stk. 2, en række sideordnede behandlingsregler.<sup>7</sup>

Derudover er der en række behandlingsgrundlag, der kræver en aktivering i nationale regler. Det er fx artikel 9, stk. 2, litra g-j. Det betyder, at disse retlige grundlag ikke kan anvendes direkte som behandlingshjemmel, men skal være forankret i nationale regler. De skal med andre ord "aktiveres" gennem medlemsstaternes nationale lovgivning, før de kan udgøre et behandlingsgrundlag. Dette er i dansk ret bl.a. sket i databeskyttelseslovens § 7, der dermed i visse tilfælde kan udgøre direkte behandlingshjemmel for offentlige myndigheder og private virksomheders behandling af følsomme personoplysninger.

Det relevante retlige grundlag for almindelige oplysninger er i første omgang artikel 6, stk. 1, litra e.

#### 4.2.2.4 Hvordan kan almindelige oplysninger behandles i samfundets interesse eller en myndigheds opgave?

Det er muligt at behandle almindelige personoplysninger, når behandlingen er nødvendig af hensyn til udførelse af en opgave i samfundets interesse, eller som henhører under offentlig myndighedsudøvelse, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, i databeskyttelsesforordningen, og databeskyttelseslovens § 6, stk. 1.

Databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra e, kan udgøre et selvstændigt retligt grundlag til at behandle personoplysninger. Det er også muligt, at lovgiver vedtager nationale regler inden for artikel 6, stk. 2 og 3, der præciserer og tilpasser anvendelsen af

---

<sup>6</sup> Hvis og når projektet med algoritme 1 fortsætter, er det således også væsentligt at være opmærksom på de regler, der gælder for behandling af CPR-nummer i databeskyttelseslovens § 11.

<sup>7</sup> Korfits Nielsen og Lotterup: Den kommenterede databeskyttelsesforordning, DJØF-forlag, (2020), s. 425.

artikel 6, stk.1 litra e. Det omtales ofte sådan, at lovgiver fastsætter regler inden for det nationale råderum.<sup>8</sup>

Det er herefter relevant at se på det retlige grundlag for behandling af følsomme oplysninger.

#### 4.2.2.5 Hvordan kan følsomme oplysninger behandles?

Som udgangspunkt er der et forbud imod at behandle følsomme oplysninger. Følsomme personoplysninger må dog behandles, hvis en af undtagelserne i artikel 9, stk. 2, er opfyldt. For offentlige myndigheder, hvor det som det klare udgangspunkt ikke er muligt at anvende samtykke, kan litra c, e eller f anvendes, jf. også databeskyttelseslovens § 7, stk. 1. Det er tilfældet, når behandlingen er for at varetage vitale interesser, fordi vedkommende selv har offentliggjort oplysningerne, eller hvis behandlingen er nødvendig, for at myndigheden kan træffe afgørelse.

Endelig er det muligt at behandle følsomme oplysninger, hvis der er hjemmel i databeskyttelsesloven eller anden særlovgivning. Denne særlovgivning vil typisk være en aktivering af artikel 9, stk. 2, litra b, g, h, i eller j, og særlovgivningen er – ligesom med de almindelige personoplysninger – vedtaget inden for det nationale råderum.<sup>9</sup>

I visse situationer findes det retlige grundlag således direkte i forordningen. Det er ikke alle behandlinger, som kan ske med hjemmel direkte i databeskyttelsesforordningen. Rækkevidden af bestemmelserne i forordningen har Datatilsynet udtalt sig om i maj 2022.

#### 4.2.2.6 Hvordan og hvornår kan databeskyttelsesforordningen anvendes som retligt grundlag til behandling af personoplysninger?

For at vurdere hvor langt behandlingshjemlerne i databeskyttelsesforordningen rækker i forbindelse med udviklingen og driften af en algoritme, er det relevant at se på Datatilsynets udtalelse om værktøjet Asta.

Asta havde til formål at foretage en maskinel analyse af, hvad en ny-ledig dagpengemodtagers risiko var for, at den pågældende persons kontaktførløb med jobcenteret kom til at være langvarigt. Asta-værktøjet foretager en statistisk baseret analyse af dagpengesagens og kontaktførløbets varighed.

Denne information blev præsenteret for sagsbehandleren i fx en arbejdsliste. Funktionen var således tænkt som en hjælp til jobcentrets planlægning af borgerens helt initiale kontaktførløb. Det kunne fx være, hvornår og for hvem jobcenteret kunne overveje en ekstra indsats i planlægningen af samtalelængder og -frekvenser. Dette med henblik på at hjælpe den ledige på bedste vis og for at undgå langtidsledighed.

Asta behandlede følgende typer af oplysninger:

<sup>8</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, del 1, bind 1.

<sup>9</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, bind 1, del 1, s. 231 ff.

- Informationer fra borgerens CV spillede en væsentlig rolle. Det drejede sig især om højeste uddannelsesniveau, sprogkunderskab og antal kørekort, men også om sammenhænge mellem uddannelser, erfaringer og jobmål ("Jeg søger job som").
- Borgerens joblog spillede også en væsentlig rolle, idet der bl.a. blev kigget på, hvor mange geografiske regioner borgeren havde søgt job i, samt hvor ofte en ansøgning havde ledt til jobsamtale.
- Slutteligt spillede informationer om borgerens eventuelle tidligere kontaktforløb også en rolle. Således indgik der informationer om fx antallet af samtaler, udeblivelser og sagsbehandlerskift.
- Stamdata om borgeren, fx alder, køn og tolkebehov, indgik også.

Der var ikke tale om nogen samkøring af data fra forskellige kommunale registre.

Af Datatilsynets udtalelse kan udledes en række rammer for anvendelsen af artikel 6, stk. 1, litra e, og artikel 9, stk. 2, som det retlige grundlag ved behandling af personoplysninger ved brug af ny teknologi såsom algoritmer. Disse forhold er gengivet i pkt. 1-4 nedenfor.

I sagen om profileringsværktøjet Asta udtalte Datatilsynet i relation det retlige grundlag for at behandle almindelige oplysninger, at:

*"Anvendelsen af artikel 6, stk. 1, litra e, kræver i henhold til artikel 6, stk. 2 og 3, at behandlingen er forudsat i EU-retten eller national ret, men ikke nødvendigvis, at der er en national implementerende hjemmelslovgivning om selve behandlingen. Artikel 6, stk. 2 og 3, giver endvidere mulighed for, at medlemsstaterne kan fastsætte krav til behandlingen, som skal være opfyldt, for at behandlingen er lovlige.*

*Hvilke krav der stilles til klarheden af dette nationale hjemmelsgrundlag afhænger af, hvor indgribende den pågældende behandling er for den registrerede. Er der tale om en helt harmløs behandling, vil kravene ikke være særlig store. Er der derimod tale om en indgribende behandling, som det er tilfældet i den situation, som der her spørges ind til, stilles der større krav til klarheden af hjemmelsgrundlaget.*

*Det er på den baggrund Datatilsynets opfattelse, at der – for at Asta-værktøjet vil kunne anvendes af kommunerne – vil skulle være hjemmel hertil i national lovgivning, som det f.eks. kendes fra § 8, stk. 2, i lov om en aktiv beskæftigelsesindsats."<sup>10</sup>*

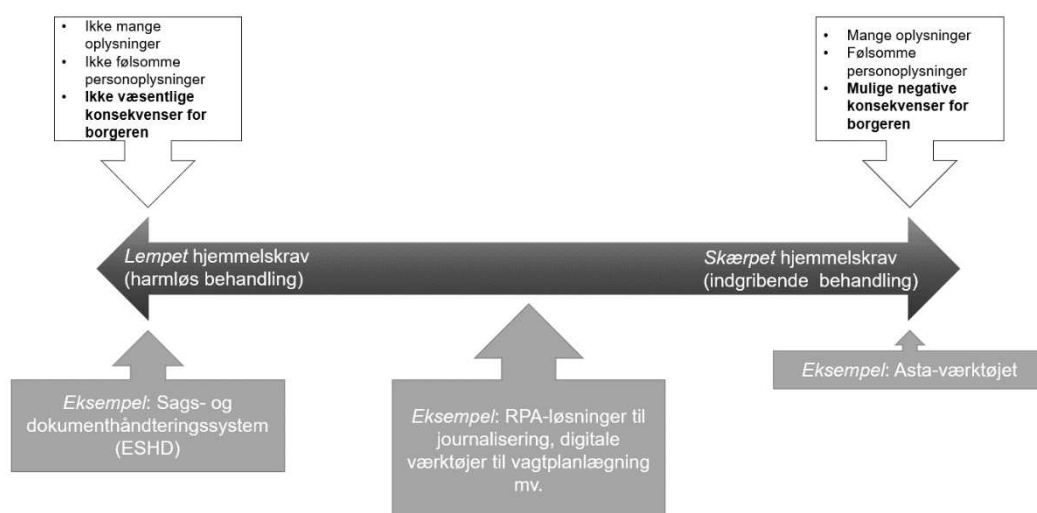
(Hortens understregninger).

<sup>10</sup> Datatilsynets udtalelse af 18. maj 2022, j.nr. 2022-212-3676.

1. Kravet til det retlige grundlag stiger i takt med indgrebets intensitet: Af Datatilsynets udtalelse kan udledes, at der i udgangspunktet ikke er et krav til, at der er en national regel, der helt eksplicit giver hjemmel til behandlingen. Dog kan det også udledes, at desto mere indgribende behandlingen er, desto større krav stilles der til den nationale hjemmels præcision.

Forståelsen af, at ikke alle it-systemer kræver hjemmel, skal ses i lyset af det forvaltningsretlige princip om, at offentlige myndigheder ved udførelsen af deres opgaver har metodefrihed til at tilrettelægge disse, når den valgte metode er egnet til at løse opgaven. Der er fx ikke et krav om en eksplicit hjemmel til at have et bestemt ESDH-system. Som et andet eksempel kan nævnes, at et gymnasium kunne behandle personoplysninger ved brug af et program "Examcookie" direkte med hjemmel i artikel 6, stk. 1, litra e, i databeskyttelsesforordningen.<sup>11</sup> Det afgørende for hjemmelsgrundlagets præcision og klarhed er således, om behandlingen kan siges at være "indgribende".

2. Datatilsynet finder Asta indgribende: Med formuleringen "indgribende behandling som i denne situation" fastsætter Datatilsynet, at behandlingen af personoplysninger i forbindelse med Asta er indgribende. Ud fra faktum må det betyde, at en behandling er indgribende, hvis behandlingen indebærer et stort antal af personoplysninger, og at der kan være følsomme oplysninger. Derudover vil formålet med behandlingen og konsekvensen for borgeren skulle tages i betragtning.



3. Skal der være national hjemmel til udvikling af en algoritme? Det er med udtalelsen uklart, om Datatilsynet i denne sammenhæng med begrebet "behandling" udtaler

<sup>11</sup> Datatilsynets udtalelse af 16. maj 2019, j.nr. 2018-432-0015. Behandlingen var dog ikke i overensstemmelse med artikel 9 databeskyttelsesforordningen, § 7, stk. 4, i databeskyttelsesloven eller artikel 5 i forordningen.

sig om både hjemlen til at udvikle algoritmen, herunder til at træne og teste algoritmen, og hjemlen til driften, eller om Datatilsynet med ordet "behandling" i tredje afsnit alene sigter på behandlingshjemlen til driften af algoritmen.

Datatilsynet har udtalt, at brug af personoplysninger til test kan kræve hjemmel. Dette peger i retning af, at behandling af personoplysninger til selve udviklingen af en algoritme kræver hjemmel.<sup>12</sup>

Heroverfor står det forhold, at udtalelsen fra Datatilsynet kommer efter, at Asta er blevet sat i drift. Det er således nærliggende at lægge til grund, at Datatilsynet med formuleringen "behandling" henviser til behandlingen af personoplysninger i forbindelse med driften.

Det er dog vigtigt at være opmærksom på, at uanset hvordan Datatilsynets udtalelse om Asta fortolkes, skal de almindelige principper i artikel 5 også være overholdt.

Behandlingshjemlen til udvikling af algoritmen skal således forstås i lyset af kravet om præcis hjemmel ved driften. Det betyder mere præcist, at hvis der mangler en hjemmel til at behandle personoplysninger ved driften af algoritmen, da vil det være særligt relevant at overveje, om de grundlæggende principper i artikel 5 (som beskrevet nedenfor) kan overholdes ved udviklingen af algoritmen. Eller sagt med andre ord: Er det i overensstemmelse med de grundlæggende principper at behandle personoplysninger til at udvikle en algoritme, hvis man på forhånd ved, at man ikke lovligt kan sætte den i drift?

De oplysninger, som Asta behandlede, var i udgangspunktet almindelige oplysninger. Datatilsynet tog i afgørelsen om Asta også stilling til det retlige grundlag for at behandle følsomme personoplysninger med Asta-værktøjet, da behandling af sådanne oplysninger ikke kan udelukkes. Her udtalte Datatilsynet, at:

*"Det står desuden ikke Datatilsynet helt klart, om der i Asta-værktøjet vil indgå særlige kategorier af personoplysninger, f.eks. helbredsoplysninger, som det som udgangspunkt er forbudt at behandle, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 1.*

*Hvis dette er tilfældet, vil forbuddet efter Datatilsynets opfattelse alene kunne afløftes efter databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra g, hvoraf det følger, at forbuddet efter bestemmelsens stk. 1, ikke finder anvendelse, hvis behandling er nødvendig af hensyn til væsentlige samfundsinteresser på grundlag af EU-retten eller medlemsstaternes nationale ret og står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, respekterer det væsentligste indhold af retten til databeskyttelse og sikrer passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes grundlæggende rettigheder og interesser.*"

(Hortens understregning).

---

<sup>12</sup> Se Datatilsynets udtalelse vejledning her: <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/vejledning/sikkerhed/testdata-brug-af-personoplysninger-ved-udvikling-og-test-af-it-systemer>.

4. Behandling af følsomme oplysninger kræver en dansk lov, der er vedtaget inden for det nationale råderum, for at aktivere og præcisere artikel 9, stk. 2, litra g: Ud fra Datatilsynets formulering med "alene afløftes" må det lægges til grund, at den eneste mulighed for at behandle følsomme oplysninger ved i hvert fald driften af en algoritme, er efter databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra g. Bestemmelsen forudsætter, som det er tilfældet med artikel 6, stk. 1, litra e, at behandlingen har en hjemmel i national ret, og at behandlingen står i rimeligt forhold til det mål, der forfølges, respekterer det væsentligste indhold af retten til databeskyttelse og sikrer passende og specifikke foranstaltninger til beskyttelse af den registreredes grundlæggende rettigheder og interesser.

Datatilsynets udtalelse om Asta indebærer således, at det ikke er muligt at anvende en algoritme, uden at der er en præcis, dansk regel, som er vedtaget med hjemmel i artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, jf. en national regel inden for råderummet. Artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, er implementeret med databeskyttelseslovens § 7, stk. 4. Det er derfor relevant at overveje, om behandling af personoplysninger til at udvikle en algoritme kan ske inden for rammerne af den bestemmelse.

#### 4.2.2.7 Kan en algoritme udvikles med hjemmel i databeskyttelseslovens regler om behandling af følsomme personoplysninger?

Efter databeskyttelseslovens § 7, stk. 4, må behandling af følsomme oplysninger ske, hvis behandling af oplysningerne er nødvendig af hensyn til væsentlige samfundsinteresser, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 9, stk. 2, litra g. De hensyn, der kan udgøre en væsentlig samfundsinteresse, er nævnt i forordningens præambelbetragtninger nr. 52-56. Det drejer sig bl.a. om hensyn til videnskab eller forskning. En anden væsentlig interesse er folkesundheden eller afholdelse af demokratiske valg.

For at kunne anvende bestemmelsen i lovens § 7, stk. 4, skal behandlingen af personoplysninger stå i et rimeligt forhold til det mål, der forfølges med behandlingen. Med andre ord betyder det, at der gælder et krav om proportionalitet ved behandling af personoplysninger efter bestemmelsen.<sup>13</sup> Proportionalitetsprincippet svarer til proportionalitetsprincippet i artikel 5, stk. 1, litra c, jf. nedenfor.

Derudover skal behandlingen respektere det væsentligste indhold af retten til databeskyttelse. Bestemmelsen har et snævert anvendelsesområde.<sup>14</sup>

Datatilsynet udtalte i en afgørelse alvorlig kritik af Fredericia Gymnasiums brug af programmet "Examcookie". Programmet indsamlede bl.a. cookies og skærbilleder på elevernes computere under eksamen for at undgå eksamenssnyd. Gymnasiet kunne ikke udelukke, at der blev behandlet følsomme oplysninger ved indsamlingen af al browserhistorik, screendump mv. under eksamen. I sagen udtalte Datatilsynet således, at § 7, stk. 4, har et snævert anvendelsesområde. I forlængelse heraf konkluderede Datatilsynet:

<sup>13</sup> Korfits Nielsen og Lotterup: Den kommenterede databeskyttelsesforordning, DJØF-forlag, (2020), s. 1023.

<sup>14</sup> Korfits Nielsen og Lotterup: Den kommenterede databeskyttelsesforordning, DJØF-forlag, (2020), s. 1023.

*"Datatilsynet bemærker i den forbindelse, at databeskyttelseslovens § 7, stk. 4, ikke kan udgøre et grundlag for behandling af følsomme personoplysninger ved brugen af Examcookie."<sup>15</sup>*

Ud fra Datatilsynets praksis må det således lægges til grund, at det ikke muligt at anvende § 7, stk. 4, til driften af ny teknologi. Datatilsynet tager med udtalelsen ikke stilling til udviklingen af it-systemet.

I forlængelse heraf har det svenske datatilsyn taget stilling til brugen af den svenske bestemmelse svarende til databeskyttelseslovens § 7 i en afgørelse om et gymnasiums anvendelse af ansigtsgenkendelsesteknologi. I sagen skulle et gymnasium anvende ansigtsgenkendelsesteknologi til at monitorere fremmøde og fravær på gymnasiet som et forsøg. Anvendelsen af teknologien skulle gøre registreringen af fremmøde og fravær mere effektiv og hurtig, hvorved gymnasiet kunne spare 17.280 timers arbejde på et år for gymnasielærerne. Det svenske Datatilsyn kom frem til, at behandlingen af følsomme oplysninger vil skulle ske efter artikel 9, stk. 2, litra g. Derefter vurderede det svenske Datatilsyn, hvorvidt den svenske regel i den svenske databeskyttelseslov svarende til den danske § 7 i databeskyttelsesloven kunne anvendes til at bruge ansigtsgenkendelse. Det svenske datatilsyn kom frem til, at det kunne den ikke.<sup>16</sup>

Den generelle regel i databeskyttelseslovens § 7, stk. 4, kan således ikke anvendes som retligt grundlag til at behandle følsomme oplysninger som led i brugen af ansigtsgenkendelse. Udtalelsen tager ikke eksplicit stilling til udviklingen af ansigtsgenkendelsesværktøjet.

Hvis artikel 6, stk. 1, litra e, ikke kan anvendes direkte som retligt grundlag til behandlingen, og artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6 stk. 1, litra e, jf. § 7, stk.4, i databeskyttelsesloven ikke kan anvendes som behandlingshjemmel, er det relevant at se på et eksempel på en bestemmelse, der kan udgøre det fornødne, retlige grundlag til en tilsvarende behandling.

#### 4.2.2.8 Eksempel på præcis national lovgivning til at bruge ny teknologi

Datatilsynet henviser i udtalelsen om Asta til § 8, stk. 2, i lov om aktiv beskæftigelsesindsats som et eksempel på, hvornår der er en tilstrækkelig klar hjemmel til en indgribende behandling baseret på ny teknologi.

Bestemmelsen lyder:

*"Beskæftigelsesministeren fastsætter regler om et landsdækkende digitalt afklarings- og dialogværktøj, som kan benyttes af jobcentre og arbejdsløsheds-kasser."<sup>17</sup>*

Af de specielle bemærkninger til bestemmelsen fremgår følgende:

<sup>15</sup> Datatilsynets afgørelse af 16. maj 2019, j.nr. 2018-432-0015.

<sup>16</sup>Det svenske Datatilsyns udtalelse af 20. august 2019, DI-2019-2221, s. 7.

<sup>17</sup> Lovbekendtgørelse nr. 701 af 22. maj 2022 om en aktiv beskæftigelsesindsats.

*"Det foreslås i stk. 2, at beskæftigelsesministeren fastsætter regler om et landsdækkende digitalt afklarings- og dialogværktøj, som kan benyttes af jobcentre og arbejdsløsheds-kasser.*

*Forslaget medfører, at der, ligesom efter de gældende regler, vil kunne fastsættes regler om et landsdækkende digitalt afklarings- og dialogværktøj på Jobnet.*

*Værktøjet kan ligesom efter de gældende regler indeholde spørgsmål af såvel objektiv karakter, fx om borgerens uddannelse og erhvervs erfaring, fráfaldshistorik i forhold til uddannelse etc., som spørgsmål af subjektiv karakter, fx om borgerens motivation, kompetencer og forventninger.*

*Værktøjet vil herefter 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 fx alder, herkomst og ledighedshistorik. Følgende kriterier er eksempler på forhold, der kan indgå i afklaringen: Ledighedshistorik, alder, tidligere beskæftigelse, herkomst, uddannelsesmæssig baggrund og årsag til ledighed, herunder fx oplysninger om helbredsmæssige forhold.*

*Der sker med andre ord en sammenstilling og samkøring af borgerens egne oplysninger i værktøjet og de nævnte oplysninger fra eksterne registre. Borgerens egen vurdering af sine beskæftigelsesmuligheder indgår i den statistiske vurdering af borgerens risiko for langtidsledighed.*

*Værktøjet kan således medføre behandling af såvel almindelige, (ikke-følsomme personoplysninger), jf. databeskyttelsesforordningens artikel 6, som behandling af særlige kategorier af personoplysninger (følsomme personoplysninger), jf. databeskyttelsesforordningens artikel 9.*

*Analysen foretages ved at sammenholde den konkrete borgers karakteristika med karakteristika for borgere, der tidligere har været langtidsledige. Modellen kan udskille en gruppe af borgere, der på baggrund af deres karakteristika, i gennemsnit, har en forhøjet risiko for langtidsledighed.*

*Værktøjet kan således medføre en form for behandling af personoplysninger, der udgør »profilering«, som i databeskyttelsesforordningens artikel 4, nr. 4, det defineres som »enhver form for automatisk behandling af personoplysninger, der består i at anvende personoplysninger til at evaluere bestemte personlige forhold vedrørende en fysisk person, navnlig for at analysere eller forudsige forhold vedrørende den fysiske persons arbejdsindsats, økonomiske situation, helbred, personlige præferencer, interesser, pålidelighed, adfærd, geografisk position eller bevægelser«.*



*Databeskyttelsesforordningens artikel 22 fastslår, at personer har ret til ikke at være genstand for en afgørelse, der alene er baseret på automatisk behandling, herunder profilering, som har retsvirkning eller på tilsvarende vis betydeligt påvirker den pågældende.*

*Værktøjet vil bruges til at understøtte sagsbehandlerne faglige vurdering af borgeren med henblik på at forbedre muligheden for at tilbyde den rette indsats. Afgørelser træffes således ikke automatisk udelukkende på baggrund af screeningsværktøjet, men træffes af sagsbehandleren på baggrund af en samlet faglig vurdering af borgerens situation (beslutningsstøtte).*

*Inden for rammerne af den foreslåede bestemmelse vil det blive sikret, at der anvendes passende matematiske eller statistiske procedurer til profileringen. Der vil endvidere blive gennemført tekniske og organisatoriske foranstaltninger, der navnlig kan sikre, at faktorer, der resulterer i unøjagtige personoplysninger, bliver rettet, og at risikoen for fejl minimeres. Foranstaltningerne skal tillige sikre personoplysninger på en måde, der tager højde for de potentielle risici for den registreredes interesser og rettigheder, og som hindrer bl.a. forskelsbehandling af fysiske personer på grund af race eller etnisk oprindelse, politisk, religiøs eller filosofisk overbevisning, fagforeningsmæssigt tilhørsforhold, genetisk status eller helbredstilstand eller seksuel orientering, eller som resulterer i foranstaltninger, der har en sådan virkning. Derudover vil der blive gennemført de fornødne tekniske og organisatoriske foranstaltninger for løsningen inden for rammerne af databeskyttelsesforordningens artikel 32.*

*I øvrigt vil værktøjet blive udviklet og administreret inden for rammerne af databeskyttelsesforordningen og databeskyttelsesloven.*

*Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering er dataansvarlig for centrale behandlingsaktiviteter i værktøjet, herunder for sikkerheden i systemet. De enkelte jobcentre og arbejdsløshedskasser er hver især dataansvarlige for brugen af værktøjet lokalt. Arbejdsløshedskassen kan alene anvende værktøjet for egne medlemmer.*

*Med hjemlen tydeliggøres det, at det både er jobcenteret og arbejdsløshedskassen, der kan benytte afklarings- og dialogværktøjet.*

*Det forventes, at der på bekendtgørelsesniveau vil blive fastsat regler om, at jobcentrene og arbejdsløshedskasserne kan anvende et landsdækkende digitalt afklarings- og dialogværktøj på Jobnet, samt at udviklingen og implementeringen af afklarings- og dialogværktøjet forestås af Styrelsen for Arbejdsmarked og Rekruttering.<sup>18</sup>*

<sup>18</sup> Forslag L 209 af 27. marts 2019 til lov om en aktiv beskæftigelsesindsats, tillæg A, som vedtaget ved lov nr. 548 af 7. maj 2019 om en aktiv beskæftigelsesindsats, de specielle bemærkninger til § 8, stk. 2.

Datatilsynet bemærkede i det supplerende hørings svar af 5. juli 2019 til § 8, stk. 2, at værktøjet i bestemmelsen efter deres vurdering ikke udgør profilering efter forordningens artikel 22.<sup>19</sup>

Det er muligt at udlede en række forhold om kravene til en national regel, hvorefter det er muligt at behandle personoplysninger ved anvendelsen af ny teknologi.

1. Det retlige grundlag kan tilvejebringes ved en bemyndigelsesbestemmelse og bekendtgørelse: Der er således ikke et krav til, at der skal være tale om en hjemmel direkte i lovgivningen.
2. Hjemmel til udviklingen: Fagministeriet har vurderet, at udviklingen af afklarings- og dialogværktøjet kræver hjemmel i en bekendtgørelse, også selvom det ikke er profilering. Af bemærkningerne til bemyndigelsesbestemmelsen fremgår det således, at bemyndigelsen angår både driften og udviklingen.<sup>20</sup>

For at vurdere om der er en hjemmel til at behandle personoplysninger ved anvendelse af algoritmer, er det således også relevant at se på den relevante særlovgivning. Det er således reglerne i serviceloven, der i første omgang er relevante at se på.

#### 4.3 Hvilke regler i serviceloven kan være relevante for vurderingen?

Det er også relevant at se på, hvilke regler der er fastsat nationalt i serviceloven. Det skyldes, at de nationale regler inden for det nationale råderum har betydning for behandlingen af personoplysninger ved navnlig driften af algoritmer, men det kan også have betydning for udviklingen af algoritmer.

De oplysninger, som SUF ønsker at anvende til algoritme 1, stammer fra ydelser givet efter serviceloven.

Hovedloven til den nuværende servicelov er oprindeligt fra 2005.<sup>21</sup> Af forarbejderne til denne hovedlov fremgår i de almindelige bemærkninger, at:

*"Socialministeriet har gennemgået lovforslaget med henblik på en vurdering af forholdet til persondataloven og vurderer, at dataudveksling kan ske inden for rammerne af persondataloven."<sup>22</sup>*

De relevante bestemmelser i serviceloven fremgår af bilag 1. Der er hverken i ordlyden eller forarbejderne taget eksplicit stilling til behandling af personoplysninger efter databeskyttelsesretten, herunder ved brug af ny teknologi.

<sup>19</sup> Se Datatilsynets supplerende hørings svar i <https://www.datatilsynet.dk/media/7758/fornyet-udtalelse-til-star.pdf>, s. 7.

<sup>20</sup> Se i samme retning det svenske Datatilsyns udtalelse af 20. august 2019, DI-2019-2221, s. 5, hvor det svenske Datatilsyn konkluderer, at normalt kan elevens navne mv. behandles som led i registrering af fremmøde hhv. fravær, men brugen af ansigtsgenkendelse hertil kræver en tydelig, national hjemmel.

<sup>21</sup> Lov 2005-06-24 nr. 573 om social service.

<sup>22</sup> Forslag L 38 af 24. februar 2005 om til lov om social service, tillæg A, de almindelige bemærkninger om administrative konsekvenser.

Forud for ikrafttræden af databeskyttelsesforordningen gennemgik samtlige res-sortministerier lovgivning for at sikre, at den eksisterende lovgivning kunne opret- holdes. Socialministeriet har i den sammenhæng tilkendegivet, at serviceloven kan videreføres inden for rammen af artikel 6, stk. 1, litra a og/eller e, samt artikel 9, stk. 2, litra f. Ifølge Socialministeriets gennemgang af eksisterende lovgivning ved databeskyttelseslovens ikrafttræden implementerer serviceloven således ikke arti- kel 9, stk. 2, litra g.<sup>23</sup>

Der ses således ikke at være et retligt grundlag i serviceloven til at behandle hver- ken almindelige eller følsomme personoplysninger i forbindelse med udviklingen eller driften af algoritme 1.

#### **4.4 Hvilke rammer for behandlingen udgør de grundlæggende principper i data- beskyttelsesforordningen**

##### *4.4.1 De grundlæggende principper*

Databeskyttelsesforordningens artikel 5 indeholder grundlæggende principper, som også altid skal overholdes ved behandlingen af personoplysninger. De grundlæggende princip- per i databeskyttelsesretten skal *også altid* være overholdt, når der er et retligt grundlag til at behandle personoplysninger i databeskyttelsesforordningen, databeskyttelsesloven eller i anden særlovgivning.<sup>24</sup>

De grundlæggende principper er gennemgået nedenfor.

---

<sup>23</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, del II (om forholdet til eksisterende lovgivning), s. 80 ff.

<sup>24</sup> Medmindre kravene i artikel 5 og § 5 konkret er undtaget ved national lovgivning, eller der er tale om et område, der helt er undtaget fra kravene i GDPR, jf. databeskyttelseslovens § 3.

## Grundprincipper for al behandling



Kravene om integritet og fortrolighed vil ikke blive behandlet i det følgende, men skal naturligvis også kunne opfyldes.

### 4.4.2 *Lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed*

Behandling af personoplysninger skal være i overensstemmelse med princippet om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed i artikel 5, stk. 1, litra a, i databeskyttelsesforordningen.

Betingelserne om *lovlighed* og *rimelighed* indebærer bl.a., at kommunen skal overholde kravet om "god databehandlerskik". God databehandlerskik er en retlig standard, der gennem Datatilsynets og EDPB's praksis bliver udfyldt og fortolket.

Ud fra Datatilsynets praksis kan det udledes, at begrebet god databehandlerskik blandt andet indebærer, at en borger på en klar måde skal gøres bekendt med sine rettigheder ved behandlingen af personoplysninger. Det indebærer også, at personoplysninger kun må videregives til aktører, der lovligt kan behandle dem.<sup>25</sup>

Princippet om *lovlighed* indebærer, at hver behandling skal bero på et af de lovlige behandlingsgrundlag oplistet i databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, og have et retligt grundlag i artikel 9, eller i særlovgivningen.

Ved brug af kunstig intelligens kræver overholdelse af princippet om *lovlighed* ifølge ICO, at hver behandlingsaktivitet opdeles og adskilles. Herefter skal formålet hermed samt et

<sup>25</sup> Præambelbetragtning nr. 39, Datatilsynets j.nr. 2004.311-0406, j.nr. 2010-215-0469, Korfits Nielsen og Lotterup: Den kommenterede databeskyttelsesforordning, DJØF-forlag, (2020), s. 314 ff.

passende lovligt grundlag for hver enkelt behandlingsaktivitet identificeres. I den forbindelse bemærkes det, at der kan være forskellige behandlingsgrundlag, afhængigt af om aktiviteten vedrører udvikling eller implementering af et AI-system.<sup>26</sup> Det indebærer, at der skal være et lovligt grundlag til at behandle personoplysninger ved udviklingen af den kunstige intelligens. Der skal således også være et lovligt grundlag til at behandle personoplysninger til test. Endelig skal der være hjemmel til implementeringen og driften.

Princippet om *rimelighed* indebærer blandt andet, at den dataansvarlige må tage hensyn til de registreredes berettigede forventninger ved at overveje, hvilke negative konsekvenser behandlingen kan have for disse, samt hvilket forhold der eksisterer mellem de registrerede og den dataansvarlige, og hvorledes behandlingen kan medvirke en ubalance herimellem.<sup>27</sup>

Behandlingen af personoplysninger bør være *gennemsigtigt* ved, at borgerne forstår, at deres personoplysninger behandles til disse formål, og i hvilket omfang det sker. Princippet om gennemsigtighed tilsiger også, at enhver information og kommunikation er lettilgængelig og letforståelig på et klart og enkelt sprog. Det fremgår af præambelbetragtning nr. 58 til databeskyttelsesforordningen, at teknologisk kompleksitet gør gennemsigtighed ekstra vigtig.<sup>28</sup>

Ved brug af kunstig intelligens kræver overholdelse af princippet om *gennemsigtighed* ifølge ICO, at den dataansvarlige oplyser den registrerede om, hvordan vedkommendes personoplysninger bliver behandlet i AI-systemet.<sup>29</sup>

I anledning af en kommende app til sporing af COVID-19 (smitte I Stop-appen) har Datatilsynet desuden anført, at det skal være tydeligt for borgerne, hvem der står bag it-løsningen. Det skal også være tydeligt, hvad der sker med oplysningerne for at sikre gennemsigtighed. Derudover fremhævede Datatilsynet også, at der var tale om ekstraordinære omstændigheder, at appen forventeligt skulle anvendes i en begrænset periode, og at den var frivillig at anvende.<sup>30</sup> Det kan således udledes af Datatilsynets udtalelse, at det har betydning for vurderingen af gennemsigtighed og rimelighed, at det var en særlig situation, og at det var frivilligt for de enkelte borgere at anvende appen.

---

<sup>26</sup> Information Commissioner's Office, 'What do we need to do to ensure lawfulness, fairness, and transparency in AI systems?' <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/guidance-on-ai-and-data-protection/what-do-we-need-to-do-to-ensure-lawfulness-fairness-and-transparency-in-ai-systems/>.

<sup>27</sup> Det Europæiske Databeskyttelsesråd (2019), 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, pkt. 12.

<sup>28</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, s. 90f.

<sup>29</sup> Information Commissioner's Office, 'What do we need to do to ensure lawfulness, fairness, and transparency in AI systems?' <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/guidance-on-ai-and-data-protection/what-do-we-need-to-do-to-ensure-lawfulness-fairness-and-transparency-in-ai-systems/>.

<sup>30</sup> Datatilsynet (2020) 'Datatilsynet om app: Frivillighed og gennemsigtighed er afgørende' <https://www.datatilsynet.dk/presse-og-nyheder/nyhedsarkiv/2020/apr/datatilsynet-om-app-frivillighed-og-gennemsigtighed-er-afgoerende>.

#### 4.4.3 Formålsbestemthedsprincippet

Personoplysninger skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål og må ikke viderebehandles, på en måde der er uforenelig med disse formål, jf. formålsbestemthedsprincippet i databeskyttelsesforordningens artikel 5, stk. 1, litra b.

Det følger af præambelbetragtning nr. 39, at de specifikke formål med behandlingen af personoplysninger bør være udtrykkelige, legitime og fastlagt, allerede når dataene indsamles. Det har således bl.a. betydning, hvilket retsgrundlag oplysningerne indhentes efter, samt hvad der fremgår af myndighedens privatlivspolitik (informationen givet efter artikel 13 eller 14 i databeskyttelsesforordningen).

Formålsbestemthedsprincippet indebærer, at personoplysninger må viderebehandles til formål, der ikke er uforenelige med det oprindelige, udtrykkeligt angivne og legitime formål. Forenelighedsvurderingen beror således på en bedømmelse af, i hvilken grad formålet med den nye brug af oplysningerne adskiller sig fra det formål, der blev specificeret ved oplysningernes indsamling.<sup>31</sup> Der er således ikke et krav om, at den videre brug skal være til præcist det samme formål, men formålet med den videre brug må ikke være uforeneligt med det oprindelige formål.

#### Kriterier til vurdering

Ved denne "ikke-uforenelig-med-test" skal der navnlig lægges vægt på følgende:<sup>32</sup>

- Forbindelsen mellem det formål, som personoplysningerne er indsamlet til, og formålet med den påtænkte viderebehandling hos myndigheden,
- den sammenhæng, hvori personoplysningerne er blevet indsamlet, navnlig med hensyn til forholdet mellem borgeren og myndigheden,
- at der kan være tale om følsomme oplysninger,
- de mulige konsekvenser, den videre behandling har for den enkelte borger, og
- tilstedeværelse af fornødne garantier.

I forhold til ovenstående skal det bemærkes, at forenelighedsvurderingen er skærpet ved viderebehandling af følsomme oplysninger sammenlignet med almindelige oplysninger.<sup>33</sup> Generelt gælder det således, at når oplysningerne er følsomme, desto mere snæver bliver adgangen til at foretage forenelig viderebehandling heraf.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Fenger, J. m.fl. (2010), 'Finally Finalité?' i Henrichsen, C. m.fl. (2010) *Ret, informatik og samfund*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 201.

<sup>32</sup> Artikel 29-Gruppen, *Opinion 03/2013 on purpose limitation (WP302)*, s. 23 f.

<sup>33</sup> Fenger, J. m.fl. (2010), 'Finally Finalité?' i Henrichsen, C. m.fl. (2010) *Ret, informatik og samfund*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 206 f.

<sup>34</sup> Artikel 29-Gruppen, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC (WP217)*, s. 25.

Herudover kan hensynet til at sikre god datakvalitet samt konsekvensbetragtninger inddrages som supplerende kriterier, ved vurderingen af om personoplysninger kan viderebehandles.<sup>35</sup> Dermed er formålsbestemthedsprincippet relateret til princippet om rigtighed i artikel 5, stk. 1, litra d.

Formålsbestemthedsprincippet er i øvrigt ifølge ICO relateret til princippet om lovlighed, rimelighed og gennemsigtighed efter forordningens artikel 5, stk. 1, litra a. Det skyldes, at hvis den påtænkte behandling er rimelig, peger det i retning af, at behandlingen af personoplysninger ikke er uforenelig med de oprindelige formål.<sup>36</sup>

Endelig kan anden lovgivning have indflydelse på vurderingen af formålsbestemthedsprincippet. Dette gælder eksempelvis, hvis videregivelsen vil indebære, at oplysninger, der hidtil har været beskyttet af en særlig tavshedsforskrift, efter videregivelsen befinder sig hos en myndighed, der ikke er underlagt en sådan tavshedsforskrift. Det kan også være, hvis de relevante regler på området indeholder en begrænsning af, hvordan oplysninger må bruges.<sup>37</sup>

Formålsbestemthedsprincippet bliver udfyldt og fortolket af de europæiske tilsynsmyndigheder.

I en sag hvor oplysninger blev videregivet fra Det Centrale Motorkøretøjsregister under Rigspolitiet til kommuner med henblik på at udstedelse af parkeringstilladelser, fandt Datatilsynet det ikke i strid med formålsbestemthedsprincippet.<sup>38</sup>

Omvendt har Artikel 29-Gruppen, som nu er erstattet af det Europæiske Databeskyttelsesråd (EDPB), fremhævet følgende eksempel på en situation, der vil være i strid med formålsbestemthedsprincippet. I et tilfælde, hvor en app bliver videreudviklet, vil den videre behandling af personoplysninger i den forbindelse ske til et nyt formål, som er uforeneligt med det oprindelige:

*"For example, if an app originally had as purpose to allow users to e-mail each other, but the developer decides to change its business model and merges the e-mail addresses of its users with the telephone numbers of users of another app. The respective data controllers would then have to individually approach all users and ask for their prior unambiguous consent for this new purpose of their personal data processing."<sup>39</sup>*

På Datatilsynets hjemmeside om brugen af personoplysninger til at teste it-systemer, fremgår om formålsbestemthedsprincippet følgende:

<sup>35</sup> Fenger, J. m.fl. (2010), 'Finally Finalité?' i Henrichsen, C. m.fl. (2010) *Ret, informatik og samfund*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 207 f. og s. 209 f.

<sup>36</sup> Information Commissioner's Office, *Principle (b): Purpose Limitation* <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/principles/purpose-limitation/>.

<sup>37</sup> Fenger, J. m.fl. (2010), 'Finally Finalité?' i Henrichsen, C. m.fl. (2010) *Ret, informatik og samfund*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 208.

<sup>38</sup> Datatilsynets j.nr. 2001-312-0067 som omtalt i Fenger, J. m.fl. (2010), 'Finally Finalité?' i Henrichsen, C. m.fl. (2010) *Ret, informatik og samfund*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 202.

<sup>39</sup> Artikel 29-Gruppen, *Opinion 02/2013 on apps on smart devices (WP202)*, s. 17.

*"Hvis test og udvikling af it-systemet er nødvendig for, at behandlingen af personoplysninger til det oprindelige formål kan finde sted (f.eks. at du kan behandle ordrer i et kunde/ordre-system eller en borgers sag i et sagsbehandlingsystem), vil behandlingsgrundlaget typisk være det samme, når du bruger personoplysningerne til test og udvikling af it-systemet (f.eks. til opfyldelse af en kontrakt eller i forbindelse med myndighedsudøvelse).*

*Hvis test og udvikling af it-systemerne ikke er nødvendig for, at behandlingen af personoplysninger til det oprindelige formål kan finde sted, vil behandlingen af oplysningerne til test og udvikling oftest være uforenlig med det oprindelige formål. Det betyder, at du i sådanne tilfælde ikke kan bruge de indsamlede personoplysninger til test og udvikling af it-systemer."<sup>40</sup>*

### Privatlivspolitik

Det har således også betydning for vurderingen af formålsbestemthedsprincippet (og gennemsigtighedsprincippet, jf. nedenfor), hvilken information borgeren har modtaget efter artikel 13 i databeskyttelsesforordningen (ofte kaldet privatlivspolitik).

Hvis den dataansvarlige ønsker at viderebehandle personoplysninger til et andet formål, end det hvortil de er indsamlet, skal den dataansvarlige desuden forud for denne viderebehandling give den registrerede oplysninger om dette andet formål og andre relevante yderligere oplysninger, jf. databeskyttelsesforordningens artikel 13, stk. 3, medmindre den registrerede allerede er bekendt med oplysningerne, jf. stk. 4. I den forbindelse bør også den dataansvarliges privatlivspolitik opdateres således, at viderebehandlingen fortsat er lovlig.

Ifølge Københavns Kommunes privatlivspolitik forudsætter kommunens opgaveløsning, at der behandles personoplysninger. De behandlede personoplysninger omfatter blandt andet almindelige personoplysninger i verserende sager og følsomme personoplysninger om helbredsforhold, genetiske data og biometriske data. Retsgrundlaget for kommunens behandling af personoplysninger udgøres primært af databeskyttelsesforordningens artikel 6, stk. 1, litra e, og artikel 9, stk. 2, litra f.

#### 4.4.4 Dataminimering og proportionalitet

Efter artikel 5, stk. 1, litra c, i databeskyttelsesforordningen skal behandlingen af personoplysninger være tilstrækkelige, relevante og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil oplysningerne behandles. Artikel 5, stk. 1, litra c, indeholder med andre ord et såkaldt proportionalitetsprincip samt et princip om dataminimering.

---

<sup>40</sup> Datatilsynets vejledende tekst om brug af personoplysninger til test af it-systemer: <https://www.datatilsynet.dk/hvad-siger-reglerne/vejledning/sikkerhed/testdata-brug-af-personoplysninger-ved-udvikling-og-test-af-it-systemer>.



Personoplysninger om borgere må således kun behandles, hvis formålet med behandlingen ikke med rimelighed kan opfyldes på anden måde. Der må desuden ikke indhentes flere oplysninger, end der skal bruges til at opfylde formålet.

Der er imidlertid begrænset praksis vedrørende dataminimeringsprincippet, hvilket medfører, at Datatilsynet endnu ikke har taget stilling til nuancerne i princippet. Vurderingen af, om princippet bliver overholdt, må i højere grad baseres på et skøn.

Af de få sager, der er, kan nævnes en konkret sag vedrørende videregivelse af ejendomsoplysninger til Energi Randers. Her udtalte Datatilsynet, at en kommune, der agtede at videregive oplysninger fra BBR-registret til et energiselskab via en terminaladgang, skulle træffe foranstaltninger for at sikre, at energiselskabet alene fik adgang til de oplysninger, som energiselskabet skulle anvende til brug for beregning af fjernvarmafgift.<sup>41</sup>

Princippet om dataminimering gælder, desuagtet at det teknisk kan være vanskeligt at overholde princippet.

Datatilsynet har således tidligere udtalt, at hverken opbygningen af et it-system eller eventuelle omkostninger forbundet med at etablere nye systemer kan begrunde manglende overholdelse af dataminimeringsprincippet. I sagen udtalte Datatilsynet alvorlig kritik af TDC's behandling af teleoplysninger, hvor TDC via et it-system indsamlede oplysninger, som de ikke var forpligtede til at registrere efter logningsbekendtgørelsen.<sup>42</sup> En sådan overprocessering var i strid med dataminimeringsprincippet.

For at leve op til princippet om dataminimering skal det også vurderes, om hver enkelt oplysning er relevant. Datatilsynet har tidligere udtalt alvorlig kritik af, at Fredericia Gymnasium ikke i tilstrækkelig grad havde redegjort for, at behandlingen af de indsamlede oplysninger ved brug af programmet Examcookie var tilstrækkelig, relevant og begrænset til det nødvendige i forhold til formålet. Den manglende overholdelse af princippet skyldtes bl.a., at gymnasiet ikke havde redegjort for, at alle de indsamlede personoplysninger havde været nødvendige for at opfylde Fredericia Gymnasiums formål med at opdage og forebygge eksamenssnyd.<sup>43</sup>

I AI-systemer behandles typisk store mængder data. Ifølge ICO bør der ved udviklingen af AI derfor implementeres en række principper, som sikrer, at AI-systemet alene behandler personoplysninger, der er *tilstrækkelige, relevante og begrænsede* i forhold til behandlingsformålet.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup> Sag om videregivelse af ejendomsoplysninger til Energi Randers, Datatilsynets j.nr. 2003-323-0101.

<sup>42</sup> Datatilsynets j.nr. 2018-31-0070.

<sup>43</sup> Datatilsynets j.nr. 2018-432-0015.

<sup>44</sup> The Information Commissioner's Office, 'How Should we Assess Security and Data Minimisation in AI?', <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/key-dp-themes/guidance-on-ai-and-data-protection/how-should-we-assess-security-and-data-minimisation-in-ai/>.

Som led i varetagelsen af princippet om dataminimering anbefaler EDPB og Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse, at den dataansvarlige anvender anonymiseringsprocesser.<sup>45</sup>

#### 4.4.5 Datakvalitet

Personoplysninger skal være korrekte og om nødvendigt ajourførte; der skal tages ethvert rimeligt skridt for at sikre, at personoplysninger, der er urigtige i forhold til de formål, hvortil de behandles, straks berigtiges. Det følger af artikel 5, stk. 1, litra d, i databeskyttelsesforordningen.

Bestemmelsen indebærer, at behandling af personoplysninger om borgere skal tilrettelægges således, at der foretages den fornødne, relevante ajourføring af dem. Der skal også foretages kontrol for at sikre, at der ikke behandles urigtige eller ufuldstændige personoplysninger. Oplysninger, der viser sig urigtige eller vildledende, skal snarest muligt berigtiges.<sup>46</sup> Dette kan indebære tilføjelser, sletning, behandlingsrestriktioner, korrektion eller andre former for berigtigelser.<sup>47</sup> For så vidt angår ajourføring har Datatilsynet udtalt kritik af, at Danmarks Statistik ikke ajourførte oplysninger om, at en borger ikke ønskede at deltage i Danmarks Statistiks frivillige undersøgelser. Den manglende opdatering indebar, Danmarks Statistik herved ikke havde ageret i overensstemmelse med princippet i artikel 5, stk. 1, litra d.<sup>48</sup>

Eftersom der i AI-systemer typisk behandles store mængder data, herunder personoplysninger, er opmærksomhed på datakvalitet særligt vigtig i disse sammenhænge. Det skal navnlig ses i lyset af, at behandling af store mængder data ikke nødvendigvis giver et mere præcist udfald.<sup>49</sup>

#### 4.4.6 Opbevaringsbegrænsning

Personoplysninger skal opbevares på en sådan måde, at det ikke er muligt at identificere borgerne i et længere tidsrum, end det der er nødvendigt til de formål, hvortil de pågældende personoplysninger behandles, jf. artikel 5, stk. 1, litra e.

For at personoplysninger ikke opbevares i længere tid end nødvendigt, bør kommunen overveje, hvor lang tid det er nødvendigt at have oplysningerne. Det bør ligeledes overvejes, om oplysningerne efterfølgende skal overgå til arkiv eller alternativt slettes.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Det Europæiske Databeskyttelsesråd og Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse fælles udtalelse 2/2022: [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps\\_joint\\_opinion\\_22022\\_on\\_data\\_act\\_proposal\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-05/edpb-edps_joint_opinion_22022_on_data_act_proposal_en.pdf), s. 15 og 17, pr. 56.

<sup>46</sup> Justitsministeriets betænkning nr. 1565: *Databeskyttelsesforordningen – og de retlige rammer for dansk lovgivning*, s. 88.

<sup>47</sup> Det Europæiske Databeskyttelsesråd, 'Toolbox on essential data protection safeguards for enforcement cooperation between EEA data protection authorities and competent data protection authorities of third countries' [https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/toolbox\\_on\\_essential\\_data\\_protection\\_safeguards\\_for\\_enforcement\\_cooperation\\_with\\_third\\_country\\_sas\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2022-03/toolbox_on_essential_data_protection_safeguards_for_enforcement_cooperation_with_third_country_sas_en.pdf).

<sup>48</sup> Datatilsynets j.nr. 2020-32-1733.

<sup>49</sup> European Agency for Fundamental Rights (2019) Data Quality and Artificial Intelligence – Mitigating Bias and Error to Protect Fundamental Rights [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2019-data-quality-and-ai\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-data-quality-and-ai_en.pdf).

<sup>50</sup> Præambelbetragtning nr. 39.

Der skal således implementeres processuelle værktøjer, der sikrer, at opbevaringsbegrænsningen overholdes. Dette skal ses i lyset af princippet om databeskyttelse gennem design og standardindstillinger i forordningens artikel 25.<sup>51</sup> Fx pålagde Datatilsynet i en konkret sag om brud på princippet om opbevaringsbegrænsning et påbud om, at den dataansvarlige skulle fastsætte en slettefrist på 60 dage, for så vidt angår billeder, som den dataansvarlige fremover offentliggjorde på virksomhedens Facebookside.<sup>52</sup>

#### 4.4.7 Princippet om ansvarlighed

I medfør af databeskyttelsesforordningens artikel 5, stk. 2, skal den dataansvarlige sikre, at ovenstående principper i forordningens artikel 5, stk. 1, overholdes. Som led heri skal den dataansvarlige være i stand til at påvise, at behandlingerne er foretaget i overensstemmelse med disse principper.

## 5. SAMMENFATTENDE VURDERING

### Behandling af personoplysninger

Det følger af begrebet "behandling" i databeskyttelsesforordningen set i lyset af ICO's udtalelser, at behandlingshjernen skal vurderes for hver aktivitet i forbindelse med anvendelsen af en algoritme. Det betyder, at det således er relevant dels at se på behandlingshjernen i udviklingsfasen, dvs. navnlig for træningen af algoritme 1, dels på behandlingshjernen ved driften (og gentræningen) af algoritme 1.

Når det skal vurderes, om der er et retligt grundlag for behandlingen af personoplysninger, er det væsentligt at se på, hvilken kategori af personoplysninger behandlingen omhandler. Der findes to kategorier, nemlig almindelige personoplysninger og følsomme personoplysninger, som også er omtalt i artikel 9, stk. 1, i databeskyttelsesforordningen.

De data, der skal anvendes til både træning, idriftsættelse og gentræning af algoritme 1, omhandler i hovedsagen almindelige personoplysninger, såsom alder, køn, oplysninger om at vedkommende har fået et hjælpemiddel, ISO-nummeret på hjælpemidlet eller har været i genoptræning etc. Det kan dog ikke udelukkes, at en kombination af oplysninger indebærer, at oplysninger om en persons fysiske eller psykiske helbred, handicap mv. direkte eller indirekte kan udledes. Det gælder ved *indsamling* af data for at tilvejebringe datasæt. Der bliver også behandlet sådanne oplysninger ved *selve driften*, hvor algoritmen skal prædiktere den enkelte borgers gavn af genoptræningsforløb.

Der vil således i forbindelse med udviklingen, herunder indsamling af datasæt og træning, samt driften blive behandlet både almindelige og følsomme personoplysninger.

<sup>51</sup> Kuner, C. m.fl. (2020) *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary*, Oxford University Press, s. 318.

<sup>52</sup> Datatilsynets j.nr. 2019-431-0052.

Der skal dermed også være et retligt grundlag til at behandle både almindelige og følsomme oplysninger.

#### Det retlige grundlag for at behandle almindelige oplysninger

Der skal således findes et retligt grundlag for behandling ved træning, drift og gentræning. Det retlige grundlag for *almindelige personoplysninger* kan være i artikel 6, stk. 1, litra e. For harmløse behandlinger kan denne hjemmel efter Datatilsynets praksis i sig selv være tilstrækkelig. For indgribende behandlinger skal der være en præcis hjemmel i national lovgivning til i hvert fald driften af algoritmen, og muligvis også udviklingen, herunder træningen. Rækkevidden af kravet om national hjemmel til udvikling er mere tvivlsom.

En indgribende behandling består i behandling af et stort antal personoplysninger, hvor der kan være følsomme oplysninger, i en situation hvor en algoritme er beslutningsstøtte og har prædiktiv karakter – selvom det ikke er profilering. Ved brug af beslutningsstøtteværktøjer til vurdering af indsatser for at undgå langtidsledighed var artikel 6, stk. 1, litra e, efter Datatilsynets praksis ikke tilstrækkelig hjemmel som følge af værktøjets indgribende behandling.

De almindelige oplysninger, som behandles i forbindelse med algoritme 1, skal bruges til træning af en prædiktiv algoritme. Senere vil samme kategori af oplysninger blive behandlet ved drift og gentræning af algoritmen, der udgør et beslutningsstøtteværktøj til genoptræningsindsatser, herunder ved at komme med en prædiction af, om en indsats vil være gavnlig for den enkelte borger.

Det kan på den ene side anføres, at Datatilsynets praksis er en konkret udtalelse rettet mod behandling i forbindelse med driften af et bestemt beslutningsstøtteværktøj, Asta. Det kan således overvejes, om rækkevidden kan udstrækkes til også at gælde for algoritme 1 på social- og sundhedsområdet. Dette kan understøttes af bredere konsekvensbetragtninger. Hvis denne (restriktive) fortolkning lægges til grund, vil det ikke være muligt at udvikle kunstig intelligens i det offentlige som beslutningsstøtte i borgerrettede sager uden en eksplicit hjemmel. Det kan derfor også overvejes, om Datatilsynet i Asta-afgørelsen har haft til hensigt, at alle it-understøttende værktøjer, der kan give en prædiction af borgeren, skal have en eksplicit hjemmel i national ret.

Heroverfor kan det anføres, at der er tale om en behandling af personoplysninger, der i hvert fald ved *driften* er lige så indgribende over for de enkelte borgere, som Asta var. Det skal navnlig ses i lyset af, at der også med algoritme 1 bliver behandlet en stor mængde personoplysninger. Dertil kommer, at det må lægges til grund, at flere af oplysningerne er følsomme, sammenlignet med de indsamlede oplysninger ved driften af Asta. Endelig synes der ikke at være en væsentlig forskel på konsekvensen for borgeren ved driften af Asta sammenlignet med algoritme 1. Der er således ikke væsentlig forskel på prædiction af langtidsledighed sammenlignet med prædiction af behovet for genoptræning for at undgå funktionsnedsættelse.

Samlet set må det derfor lægges til grund, at der skal være en præcis hjemmel til *driften* af algoritme 1 for at kunne behandle *almindelige personoplysninger*.

Der skal også være et retligt grundlag til udviklingen, herunder træningen, af algoritme 1. Indledningsvist kan det anføres, at Datatilsynet ikke eksplicit har taget stilling til, om behandlingen af personoplysninger til at udvikle en algoritme kræver klar og tydelig lovhjemmel. Det kan således anføres, at behandlingen ved udviklingen, navnlig træningen, af algoritme 1 er mindre indgribende sammenlignet med driften og anvendelsen over for de enkelte borgere. Det skyldes, at personoplysningerne i videst muligt omfang er aggregeret og pseudonymiseret. Derudover har denne behandling ikke nogen direkte konsekvenser for den enkelte borger.

Herover for kan det anføres, at det trods pseudonymisering fortsat er et stort antal personoplysninger, der bliver behandlet. Endelig kan det anføres, at det eksempel på hjemmel, som Datatilsynet peger på, indeholder en forudsætning om, at der skal være en bekendtgørelse til udvikling.

Samlet set peger mest i retning af, at der skal være et vist ophæng i lovgivningen for at kunne behandle *almindelige personoplysninger* til at *udvikle* en algoritme. Dette skal ses i lyset af, at alle betingelserne i artikel 5 også skal være opfyldt. Som beskrevet nedenfor, at det ikke foreneligt med de grundlæggende principper at behandle personoplysninger som led i udviklingen af en algoritme, som på forhånd vurderes at være ulovlig at tage i brug.

#### Det retlige grundlag for at behandle følsomme personoplysninger

Derudover skal der være hjemmel til at behandle de følsomme oplysninger. Forbuddet imod at behandle følsomme oplysninger kan alene afløftes efter artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, som implementeret ved en national regel. Relevante regler i serviceloven afløfter ikke artikel 9, stk. 2, litra g. Derudover er det ikke muligt at bruge den generelle bestemmelse i databeskyttelseslovens § 7, stk. 4, som har et endog meget snævert anvendelsesområde inden for sundhedsvæsenet til at behandle følsomme oplysninger i et program designet til at overvåge eksamenssnyd.

Algoritme 1 indebærer indsamling af følsomme personoplysninger til datasæt. Desuden behandler algoritme 1 personoplysninger, når algoritmen konkret anvendes i driften over for den enkelte borger.

Allerede fordi der ikke er et retligt grundlag til behandling af almindelige oplysninger efter artikel 6, stk. 1, litra e, er det vanskeligt at se, hvordan følsomme oplysninger efter artikel 9, stk. 2, litra g, jf. artikel 6, stk. 1, litra e, skal kunne behandles.

Det er således ikke muligt at behandle *følsomme personoplysninger* ved *driften* af algoritme 1 uden national lovgivning. En sådan hjemmel findes ikke i serviceloven. Den generelle regel i databeskyttelseslovens § 7, stk. 4, er ikke tilstrækkelig i den forbindelse. Det samme gælder for *udviklingen* af algoritmen.

På baggrund af ovenstående er der derfor heller ikke et retligt grundlag til at behandle følsomme personoplysninger ved hverken udviklingen eller driften af algoritme 1.

#### Det grundlæggende princip om lovlighed

Som følge af den manglende hjemmel til at behandle personoplysninger ved udvikling og drift af algoritme 1 kan det grundlæggende princip om lovlighed i artikel 5, stk. 1 litra a, ikke opfyldes. Nedenfor er en vurdering af de øvrige juridiske rammer i artikel 5, som regulerer de grundlæggende principper.

#### Det grundlæggende princip om rimelighed og gennemsigtighed

Behandling af personoplysninger skal desuden være i overensstemmelse med princippet om rimelighed og gennemsigtighed i artikel 5, stk. 1, litra a. Ved vurdering af rimeligheden skal borgerens berettigede forventninger inddrages. Her kan tidsperioden og muligheden for at fravælge løsningen også indgå. Ved vurderingen af gennemsigtighed skal de oplysninger, som borgeren har om behandlingen, inddrages.

De data, der allerede er indsamlet, og som skal anvendes ved udviklingen ved at indgå i datasæt til træning, er indsamlet i henhold til Københavns Kommunes almindelige persondatapolitik samt inden for rammerne af serviceloven. Persondatapolitikken indeholder ingen information om brug af oplysningerne til udvikling af algoritmer. Der er endnu ikke udarbejdet en privatlivspolitik, som skal bruges ved driften af algoritme 1. Der er desuden ikke en særlig hjemmel til at behandle personoplysninger til dette formål.

Borgerne har – som følge af den sparsomme information givet ved indsamlingen af de eksisterende oplysninger – en berettiget forventning om, at oplysningerne *ikke* bliver behandlet som led i træningen af en algoritme. Dertil kommer, at denne behandling ikke er frivillig som følge af ekstraordinære omstændigheder. Endelig er det ikke rimeligt at behandle personoplysninger som led i udvikling, herunder træning, af en algoritme, når driften på forhånd kan forudsiges at være ulovlig.

Dette betyder samlet set, at anvendelsen af eksisterende data til at træne algoritmen på ikke er i overensstemmelse med princippet om rimelighed og gennemsigtighed.

Behandling af personoplysninger fra en bestemt borger som led i driften ville kunne lade sig gøre inden for princippet om rimelighed og gennemsigtighed, hvis borgeren forud for behandlingen blev oplyst om behandlingen i algoritme 1 på en lettilgængelig og forståelig måde.

#### Princippet om formålsbestemthed

Personoplysninger skal indsamles til udtrykkeligt angivne og legitime formål og må ikke viderebehandles, på en måde der er uforenelig med disse formål. Det følger af artikel 5, stk. 1, litra b. Formålet med behandlingen af personoplysninger bør være

fastlagt, allerede når dataene indsamles. Ved vurderingen af om formålsbestemthedsprincippet er opfyldt, skal det oprindelige formål sammenholdt med den påtænkte viderebehandling vurderes. Her har privatlivspolitikens indhold betydning. Følsomheden af oplysningerne og konsekvensen for borgeren skal tages i betragtning. Hvis en behandling ikke er rimelig, er behandlingen næppe i overensstemmelse med formålsbestemthedsprincippet.

Personoplysningerne, som ønskes anvendt, er indsamlet som led i afgørelsesvirksomhed og inden for rammerne af den almindelige privatlivspolitik i Københavns Kommune.

Det kan på den ene side anføres, at formålet med at udvikle og drifte algoritme 1 er, at algoritmen skal understøtte afgørelsesvirksomheden i SUF, og at de historiske oplysninger også blev indsamlet for at træffe afgørelse. Dette kan tale for, at formålet ikke er uforeneligt.

Denne måde at anskue de oprindelige og nuværende formål er dog for snævert. Det oprindelige formål var konkret afgørelsesvirksomhed. Det nuværende formål er dels træning af en algoritme, dels drift af en algoritme. Dertil kommer, at privatlivspolitikken alene indeholder oplysninger om, at oplysningerne anvendes til administration. Endelig er behandlingen også i strid med rimelighedsprincippet.

Samlet set taler mest for, at behandlingen af personoplysninger til at udvikle og drifte algoritme 1 ikke er forenelig med de oprindelige formål med at behandle personoplysningerne. Denne konklusion bygger navnlig på den manglende information om dette formål ved indsamlingen af oplysningerne.

#### Princippet om dataminimering

Behandlingen af personoplysninger skal være tilstrækkelig, relevant og begrænset til, hvad der er nødvendigt i forhold til de formål, hvortil oplysningerne behandles.

Træning og drift af algoritme 1 indeholder alene de oplysninger, der er nødvendige, og ikke oplysninger som alene er "rare" at have. Derudover er det muligt som led i arbejdet at pseudonymisere og aggregere oplysningerne.

Det burde således kunne lade sig gøre at overholde kravet om dataminimering.

#### Princippet om datakvalitet

Personoplysninger skal være korrekte og om nødvendigt ajourførte. Dette princip indebærer også, at der føres kontrol med, at de anvendte data har den forudsatte kvalitet.

Såfremt SUF forud for og evt. i forbindelse med, at dataene renses og vaskes, foretager den nødvendige kontrol af, at dataene, som behandles, er korrekte, og desuden fastsætter en teststrategi for også at følge op på dette, bør princippet om datakvalitet kunne overholdes.

### Princippet om opbevaringsbegrænsning

Personoplysninger skal opbevares på en sådan måde, at det ikke er muligt at identificere borgerne i et længere tidsrum, end det der er nødvendigt til de formål, hvortil de pågældende personoplysninger behandles.

SUF har til hensigt i videst muligt omfang af aggregere og pseudonymisere personoplysninger.

Princippet om opbevaringsbegrænsning kan også opfyldes ved at fastsætte relevante slettefrister eller frister for fuldstændig anonymisering. Derudover tilgodeser aggregering også dette princip. Det kan således være muligt at behandle personoplysninger inden for rammerne af dette princip.

### Princippet om ansvarlighed

Den myndighed, der behandler personoplysningerne, skal være i stand til at vise, at ovenstående principper er opfyldt.

Princippet om ansvarlighed kan på nuværende tidspunkt som følge af manglende retligt grundlag samt manglende overholdelse af dele af de grundlæggende principper i artikel 5 ikke overholdes.

Horten  
Hellerup, 30. september 2022

Erik Wendelboe Christiansen

Emilie Loiborg



**BILAG 1**

Relevante gengivelser af servicelovens bestemmelser:

**§ 86** Kommunalbestyrelsen skal tilbyde genoptræning til afhjælpning af fysisk funktionsnedsættelse forårsaget af sygdom, der ikke behandles i tilknytning til en sygehusindlæggelse.

*Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen skal tilbyde hjælp til at vedligeholde fysiske eller psykiske færdigheder til personer, som på grund af nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne eller særlige sociale problemer har behov herfor.

**§ 112.** Kommunalbestyrelsen skal yde støtte til hjælpemidler til personer med varigt nedsat fysisk eller psykisk funktionsevne, når hjælpemidlet

- 1) i væsentlig grad kan afhjælpe de varige følger af den nedsatte funktionsevne,
- 2) i væsentlig grad kan lette den daglige tilværelse i hjemmet eller
- 3) er nødvendigt for, at den pågældende kan udøve et erhverv.

*Stk. 2.* Kommunalbestyrelsen kan bestemme, at et hjælpemiddel skal leveres af bestemte leverandører. I forbindelse med kommunalbestyrelsens indgåelse af leverandøraftaler inddrages repræsentanter for brugerne ved udarbejdelse af kravspecifikationerne.

*Stk. 3.* Ansøgeren kan vælge leverandør af hjælpemidler, jf. dog stk. 4. Hvis kommunalbestyrelsen har indgået en leverandøraftale og ansøgeren ønsker at benytte en anden leverandør end den, som kommunalbestyrelsen har indgået leverandøraftale med, indkøber ansøgeren selv hjælpemidlet og får udgifterne hertil refunderet, dog højst med et beløb svarende til den pris, kommunen kunne have erhvervet hjælpemidlet til hos sin leverandør. Har kommunalbestyrelsen ikke indgået leverandøraftale, kan ansøgeren vælge leverandør, og støtten ydes efter regning, dog højst med et beløb svarende til prisen på det bedst egnede og billigste hjælpemiddel.

*Stk. 4.* Ansøgerens ret til at vælge leverandør af hjælpemidler efter stk. 3 gælder ikke, hvis kommunalbestyrelsen kan stille et hjælpemiddel til rådighed, som er fuldstændig identisk med det hjælpemiddel, som ansøgeren ønsker at anskaffe fra en anden leverandør.

*Stk. 5.* Social- og Indenrigsministeren kan i en bekendtgørelse fastsætte regler om

- 1) afgrænsningen af de hjælpemidler, hvortil der kan ydes støtte, og adgangen til genanskaffelse,
- 2) i hvilket omfang modtageren selv betaler en del af udgiften til anskaffelse, reparation og drift af et hjælpemiddel,
- 3) hvornår støtte til et hjælpemiddel kan ydes som udlån eller udleveres som naturalydelse,
- 4) hvorvidt der skal gælde særlige betingelser for støtte til visse hjælpemidler, herunder muligheden for udlevering af visse hjælpemidler fra en offentlig institution, og
- 5) hvorvidt visse hjælpemidler kan stilles til rådighed som led i et botilbud.