

Til
Justis- og beredskapsdepartementet

Oslo, 19.12.2019

HØRING - NOU 2019: 5 NY FORVALTNINGSLOV

1 Innledning

JF-P Tech Forum ble nylig oppnevnt av Juristforbundet Seksjon Privat. Forumets mandat er å følge den teknologiske utviklingen og vurdere dens konsekvenser for samfunnet, juristprofesjonen og fremtidens juridiske arbeidsoppgaver. Herved oversendes Tech Forums synspunkter til kapitel 18 i ovennevnte NOU. Høringssvaret er utformet på selvstendig grunnlag og representerer ikke nødvendigvis Juristforbundets syn i alle deler. Juristforbundet vil avgi eget høringssvar. Vi takker for den utsatte høringsfristen.

Formålet med forslaget til ny forvaltningslov er modernisering i lys av teknologisk utvikling og i tråd med uttalte politiske mål om å fremme digitalisering av forvaltningen.¹ Ifølge mandatet skal forvaltningsloven legge til rette for hensiktsmessig bruk av informasjons- og kommunikasjonsteknologi i saksbehandlingen i individuelle og generelle saker. Utvalget drøfter tre problemstillinger som digitaliseringen medfører for forvaltningens saksbehandling. Disse er:

- teknologinøytralitet,
- behovet for å tilrettelegge for bruk av helautomatiserte avgjørelser og
- digital kommunikasjon.

I det følgende knytter vi noen betraktninger til hvert av disse punktene.

2 Behovet for teknologinøytralitet

Teknologinøytral utforming av regelverk vil være essensielt for teknologiutviklingen videre. Samtidig er det også viktig å trekke inn poenget om «formnøytralitet» som fremhevet av DND – det bør ikke stilles krav til "skriftlighet" men til "sporbar dokumentasjon".

¹ Se "Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019-2025", som er en oppfølging av Stortingsmeldingen Digital agenda (2015–2016). Strategien definerer felles mål og innsatsområder for digitaliseringsarbeidet frem mot 2025 for å støtte digitale transformasjon i offentlig sektor.

(<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/en-digital-offentlig-sektor/id2653874/>)

Man må imidlertid også understreke at dette er et arbeid som ikke bør utføres sektorspesifikt, men bør sees i sammenheng med et videre arbeid for å vurdere hindringer for digitalisering i lovverket og løsninger for slike hindringer.

I denne sammenheng bør man snarere se på hvilke begreper som er benyttet i dagens lovgivning og om disse begrepene har et entydig innhold. Det vil eksempelvis være langt enklere å kunne lage en etterfølgende "lov om teknologinøytralitet» som omdefinerer innholdet i eksempelvis begrepet "digital kommunikasjon" eller "e-post" i all lovgivning, enn dersom ulike deler av forvaltningen utvikler forskjellige prinsipper for teknologinøytralitet hva angår kommunikasjon med det offentlige.

Etter vår oppfatning vil varierende utforming gi dårligere muligheter for maskinlæring over lovtekst og dermed kan det gode ønsket om teknologinøytralitet skape et lovverk som er vanskeligere tilgjengelig digitalt enn dersom man fastholder eldre begreper som er konsekvent brukt i lovverket så langt. I denne forbindelse er vi enige med utvalgets konstatering av behovet for "*systematisk arbeid for å sikre stringente termer og behandlingsregler på tvers av lover*" jf. pkt. 18.3.3.1.

3 Bruk av helautomatiserte beslutningsprosesser

Kunstig intelligens vil være en viktig bidragsyter i digitaliseringen av offentlig sektor. Kunstig intelligens og tilgrensende områder som stordata, tingenes internett og autonome systemer er spesielt viktige teknologiområder for Norge fremover også innenfor offentlig forvaltning. Teknologiområdene vil gi oss helt nye muligheter til å forbedre offentlig forvaltning, men reiser også vanskelige spørsmål rundt åpenhet, ansvar, rettssikkerhet og personvern.

Offentlig forvaltning vil på sikt integrere flere og flere automatiserte prosesser i saksbehandlingen. Automatisering kan fremme effektivitet, likebehandling og forutberegnelighet. Alle ledd i saksbehandlingen, fra innhenting av nødvendige opplysninger til vilkårsprøving og frem til en beslutning som er bestemmende for rettigheter og plikter kan i utgangspunktet automatiseres.

Innledningsvis konstaterer vi at denne drøftelsen i stor grad ser ut til å dreie seg om alminnelig statisk programvare som får til oppgave å bearbeide informasjon med sikte på å definere hvorvidt gitt rettsfaktum er tilstede for deretter, eventuelt, å anvende rettsregler med begrenset, eller intet, innhold av skjønn på dette faktum.

Forvaltningsloven og personvernforordningen er to sidestilte regelverk som inneholder bindende regler innenfor deres respektive materielle anvendelsesområder. Når forvaltningen behandler personopplysninger som ledd i deres myndighetsutøvelse, plikter de å følge både forvaltningslovens prosessuelle krav til saksbehandling, og forordningens regler om organisering av behandlingen av personopplysninger. Forordningen har i tillegg i artikkel 22 særbestemmelser om når en virksomhet (herunder offentlig forvaltning) kan foreta

automatiserte individuelle avgjørelser som har rettslige konsekvenser eller i tilsvarende grad påvirker den registrerte (borgeren). Bestemmelsen er avgrenset til beslutninger som forvaltningen tar ovenfor borgere, helt uten menneskelig involvering. Artikkel 22 stiller ikke ytterligere krav til hvordan opplysninger som er nødvendige for slike automatiserte beslutningsprosesser skal eller kan innhentes.

Vi deler utvalgets flertall sin forståelse av bestemmelsen om at helautomatiserte avgjørelser *kun* kan innføres om det foreligger samtykke, avtale med den registrerte eller lovhjemmel samt *tilstrekkelige garantier*, slik som oppstilt i bestemmelsen. Det foreligger følgelig ikke et totalforbud mot helautomatiserte avgjørelser, men det oppstilles klare retningslinjer for hvilke forutsetninger som må være oppfylte. Denne tolkningen er i tråd med konklusjonen til det mest autoritative organet for tolkning av forordningens bestemmelser, det europeiske personvernrådet, European Data Protection Board (EDPB), som etter sitt mandat "skal sikre ensartet anvendelse av denne forordning", herunder ved å "presisere kriteriene og vilkårene for avgjørelser basert på profilering i henhold til artikkel 22 nr. 2," (artikkel 70).

Vi støtter følgelig videre utvalgets konklusjon om at for at forvaltningen skal kunne foreta helautomatiserte avgjørelser ovenfor borgere, kreves det lovhjemmel i nasjonal lovgivning, jf. artikkel 22 2 b.

Det er imidlertid tre spørsmål som må besvares for å sikre at en slik lovhjemmel oppfyller legalitetsprinsippet:

1. Hvor skal en slik hjemmel plasseres?
2. Hva skal hjemmelen regulere?
3. Hvilke "egnede tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser" skal hjemmelen omfatte?

1. Hvor skal hjemmel for individuelle automatiserte avgjørelser plasseres?

Forordningen foreskriver ikke en gitt plassering av hjemmel i nasjonal lovgivning. Sett imidlertid i forhold til at hjemmelen skal skape forutsigbarhet ved behandling av personopplysninger uten menneskelig involvering (dvs. helautomatisert), og på tvers av de ulike forvaltningsorganenes offentlige myndighetsområde, mener vi at plasseringen i forvaltningsloven er å foretrekke. En slik lovbestemmelse vil ha samme innretning som øvrige prosesskrav ved enkeltsaksbehandling, og regulere en viss fremgangsmåte i saksbehandlingen av både enkeltvedtak, og andre beslutninger som uten å være enkeltvedtak, "i betydelig grad påvirker" en person. Allikevel ser vi initiativer fra Departementer, til å utforme særskilte lovhjemler på utvalgte særrområder. Bestemmelsene har ulik innretning og innfører ulike skranker for forvaltningen til å ta i bruk helautomatiserte avgjørelser i sin saksbehandling. Et eksempel er forslaget sendt på høring av ASD, [forslag til endringer i arbeids- og velferdsforvaltningsloven, lov om Statens pensjonskasse, sosialtjenesteloven, lov om pensjonstrygd for sjømenn og lov om pensjonstrygd for fiskere \(behandling av](#)

[personopplysninger](#))². Utvalget drøfter ikke behovet for tilleggshjemmel i særlovgivning i tillegg til den generelle hjemmelen i forvaltningsloven, men vi mener at hjemler både i den generelle lovgivningen og i særlovgivning vil skape uforutsigbarhet og muligens konflikt ved tolkning og anvendelse i det daglige. Vi mener at en slik duplisering er u hensiktsmessig og at en generell hjemmel i forvaltningsloven, utformet i tråd med blant annet våre betraktninger under, vil være tilstrekkelig uten ytterligere presisering i særlovgivning.

2. Hva skal hjemmelen regulere?

Offentlige forvaltningsorganer må ha hjemmel i lov for å kunne foreta helautomatiserte avgjørelser i utøvelse av sine myndighetsoppgaver. Når det gjelder den *konkrete utformingen* av en slik hjemmel, mener vi imidlertid at *mindretallets* forslag til ordlyd gir en mer hensiktsmessig ramme for å regulere forvaltningens adgang til å foreta helautomatiserte individuelle avgjørelser.

Automatiske avgjørelser anses å utgjøre en høy risiko for den registrertes rett til privatliv ved behandling av personopplysninger, jfr. kriterier for når det skal utføres en personvernkonsekvensvurdering, jfr. artikkel 35. Slike avgjørelser utfordrer samtlige prinsipper som skal ivaretas ved behandling av personopplysninger. I Intensjonen bak bestemmelsen er å skape forutsigbarhet når behandlingen av opplysninger skjer uten menneskelig involvering OG resulterer i en avgjørelse med rettslige konsekvenser for de registrerte. Bestemmelsen innskrenker ikke muligheten for å treffe avslag eller foreta skjønnsmessige avgjørelser automatisk, men krever at disse avgjørelsene tas på bakgrunn av lovhjemler som er presise og tydelige nok til at de kan omstilles til programkode. Ved å trekke et skille mellom "*avgjørelser som er lite inngripende overfor den enkelte*", og *avgjørelser som er (veldig) inngripende ovenfor den enkelte*, mener vi at flertallets forslag skifter fokus fra fremgangsmåte til resultat av avgjørelsen, noe som ikke er forordningens hensikt. Hvorvidt noe er lite eller veldig inngripende ovenfor den enkelte er en avveining som er nesten umulig å foreta for et forvaltningsorgan. Skal for eksempel avgjørelser som gjelder små pengebeløp eller kortvarige ytelser være mindre inngripende for personvernet enn avgjørelser med en mer langvarig virkning? Poenget er derimot at risiko for personvernet er risiko for diskriminering, forskjellsbehandling, mangel på forutsigbarhet og transparens eller mangel på mulighet for etterprøvbarehet for den enkelte. Dette kan oppstå uavhengig av hva den konkrete myndighetsutøvelsen går ut på, og den risikoen er betydelig høyere ved bruk av maskinlæring og kunstig intelligens. Derfor bør lovhjemmelen tydeliggjøre forvaltningens adgang til å benytte denne fremgangsmåten (automatiserte individuelle avgjørelser) ved behandling av personopplysninger om borgere.

² <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---forslag-til-endringer-i-arbeids--og-velferdsforvaltningsloven-lov-om-statens-pensjonskasse-sosialtjenesteloven-lov-om-pensjonstrygd-for-sjomenn-og-lov-om-pensjonstrygd-for-fiskere-behandling-av/id2676571/>

3. Hvilke "egne tiltak for å verne den registrertes rettigheter, friheter og berettigede interesser" skal hjemmelen omfatte?

Det følger av ordlyden til artikkel 22 at de særskilte garantiene skal fremgå av same rettsregel som hjemmelen ellers.³ I tilfelle vil det ikke være tilstrekkelig å overlate vurderingen av hvilke tiltak som skal innføres til forvaltningen, eller til senere forskriftsarbeid. Det bør ikke være tvil om hvilke tiltak forvaltningen skal iverksette når myndighetsavgjørelsene tas helautomatisk.

Det er behov for garantier utover det som forvaltningslovens saksbehandlingsregler gir for effektivt å begrense risikoen som oppstår i tilknytning denne fremgangsmåten for å behandle borgernes personopplysninger. Dette dels som følge av at avgjørelser etter artikkel 22 favner både enkeltvedtak og andre beslutninger som "*i betydelig grad påvirker*" noen. Sistnevnte kategori er ikke enkeltvedtak, og dermed er ikke omfattet av øvrige garantier i forvaltningsloven. Garantiene i forvaltningsloven er videre minimumsgarantier som gjelder uavhengig av automatiseringsgraden, og vil dermed ikke i seg selv være egnet til å redusere den økte risiko en automatisert behandling anses å medføre.

Som et minimum bør disse gjenspeile aktuelle tiltak som forøvrig følger av artikkel 22, slik som rett til menneskelig inngripen, rett til å bestride avgjørelsen, rett til informasjon om logikken og de forventede konsekvensene av avgjørelsen for den det gjelder.

I tillegg må det vurderes om det er behov for å iverksette ytterligere tiltak. Eksempler på hva som forøvrig kan være egnede garantier, fremkommer i tillegg til fortale 71 også av veileder fra EDPB om automatiserte avgjørelser.

Hva angår måter å sikre retten til informasjon om helautomatiserte beslutningssystemer, pkt. 18.3.3.4, konstaterer vi at den svenske utredningen om Automation i förvaltningen⁴ understreker følgende:

"Vissa har menat att förordningens reglering medför en särskild rätt att få en förklaring av såväl det individuella beslutet som detaljer om det bakomliggande förfarande som lett fram till det, medan andra hävdar att enskilda enligt förordningen enbart har rätt att få övergripande information om logiken bakom besluten i generell bemärkelse. Frågan har besvarats i linje med det sistnämnda alternativet av artikel 29-gruppen"

Vi deler dette synet og stiller derfor spørsmål ved utvalgets anbefaling om at man skal utarbeide en "*rettslig kravspesifikasjon til systemets rettslige innhold, som skal testes før systemet tas i bruk ... og at den bekreftede spesifikasjonen skal utgjøre dokumentasjon av systemets rettslige innhold i form av pseudokode eller annet semiformelt uttrykk*", og at all denne systemdokumentasjonen, skal være nødvendig for å oppfylle kravet til informasjon i Art. 13.

³ Artikkel 22 sin originale tekst på engelsk presiserer at en slik behandling skal være "*authorised by Union or Member State law to which the controller is subject, **and which also lays down** suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests*

⁴ SOU 2018:25 s.164

Samtidig er dette, og problemstillingene som drøftes i pkt. 18.3.3.4-6, i stor grad basert på at det foreligger et statisk system. Som utvalget er inne på i pkt. 18.3.3.9 er disse vurderingene ikke like relevante for systemer basert på selvforsterkende læring eller resultater generert av dype nevralt nettverk.

Videre må man forutsette at informasjonsinnhenting som utvalget antar vil foretas fra ulike kilder, må basere seg på selvlerende systemer for søk og vurdering av relevans. Vi er enige i utgangspunktet om at innhenting av informasjon fra offentlige registre og andre, åpne, kilder er velegnet for automatisert behandling, herunder vil prosessen med å begrunne vedtakets faktiske grunnlag forenkles ved at en automatisert prosess inkluderer metadata for hvor opplysningene stammer fra og når de ble innhentet.

Det er et kjent problem at en slik datainnsamling kan være forutinntatt/utsatt for bias. Dette kan gjelde både innsamlingsmetodikk og utvalg av faktum som legges til grunn for rettsanvendelsen. Dermed ville vi anta at det kan være av interesse for borgeren å vite hvilke systemer som er brukt til å velge ut og vektlegge den informasjonen som begrunner et enkeltvedtak som dekker ham/henne. Da har man muligheten til å sjekke om disse tidligere har hatt problemer med bias. Videre bør man også som hovedregel få tilgang til et testgrensesnitt for systemet, slik at man kan se om andre opplysninger skaper andre resultater – basert på en hypotetisk bias i utvelgelsen.

Vi er også enige i at det er mulig å automatisere visse former for rettsanvendelse. Samtidig er det viktig å understreke at automatisert rettsanvendelse har en rekke teknologiske utfordringer:

For det første er utbredelsen av menneskelig skjønn større enn man i utgangspunktet tenker seg. Dersom to personer som forelegges samme faktiske utdrag og som får beskjed om å fatte en bestemt avgjørelse, kan komme til forskjellig resultat, så foreligger det en reell skjønnsutøvelse.

Det kan tenkes at lovgiver ikke har ment at det skal være et skjønn – eksempelvis ved tildeling av en trygdeytelse – men skjønnet vil da dreie seg om hvorvidt vilkårene er faktisk oppfylt, snarere enn om søkeren har rett på ytelsen hvis de er det. I disse situasjonene kan det tenkes at automatisert saksbehandling styrker rettssikkerheten, ved at samme faktum konsekvent genererer samme avgjørelse.

Derimot kan det tenkes at man ved en vurdering som tilsynelatende er rent faktisk, også implisitt foretar en etisk eller moralsk avveining, eller en annen vurdering som krever menneskelig skjønn. Planlegger man å automatisere saksbehandlingen, må man ta høyde for at slike vurderinger finnes, disse må identifiseres og evalueres utfra i hvilken grad de er nødvendige for å nå lovgivers formål med bestemmelsen, eller om det bare fremdeles er enklest at mennesker gjør disse vurderingene. I så fall, er prosessen faktisk ikke egnet til fullstendig automatisering. Eksempelvis kan det tenkes at en kommune bruker nærhetsprinsippet ved tildeling av skoleplasser. To skoler ligger ganske nær hverandre. Da kan plasseringen av to nabobarn kunne avhenge av om nærhetsprinsippet måles fra gymsalen, rektors kontor, eller

midt på gårdsplassen. Et menneske ville muligens utøvet litt skjønn og unnlatt å skille de to naboungene.

Det kan også skape egne problemer å automatisere denne formen for rent faktiske avveininger mer generelt. Det kan tenkes at man da fjerner en form for faktisk, men uhjemlet, rimelighetssensur som en mekanisk rettsanvendelse ikke engang vil oppfatte. I denne sammenheng kan det være interessant å merke seg høyesterettsdommer Lord Sales' forslag om en egen ekspertkomisjon som skal sikre at automatiserte beslutningsprosesser "have a capacity for mercy".⁵

Ellers slutter vi oss til vurderingene av hvordan begrunnelser for automatiserte beslutninger bør utformes i pkt. 18.3.3.5: *"Dokumentasjonen skal være egnet til å gjengi og forklare systemets funksjoner og egenskaper som er rettslig relevante. Den skal vise til reglene som de ulike delene av pseudokoden er basert på. Den skal også gjøre rede for begrepsdefinisjonene som den automatiserte innhenting av saksopplysninger er basert på, samt andre vesentlige fortolkningsspørsmål som er nedfelt i systemet. Dokumentasjonen bør være spesielt grundig når det gjelder beskrivelse av hvordan tolkningstvil er løst i systemet, hvordan skjønn eventuelt håndteres, og eventuelt hvordan eksisterende rettsregler er supplert i systemet."*

4 Digital kommunikasjon

Regelen i Forvaltningslovens § 15 a første ledd om at forvaltningen kan sende digital post hvis borgerne ikke har reservert seg mot dette, bør opprettholdes. Regelen medfører at størstedelen og en stadig økende del av befolkningen kan nås digitalt. Dette er både praktisk og kostnadseffektivt, samtidig som det ivaretar behovet til den stadig mindre gruppen som ikke ønsker, evner eller har råd til å kommunisere på denne måten.

Det er viktig at borgerne i størst mulig grad gis anledning til å kommunisere digitalt med forvaltningen, noe som ivaretas med utvalgets forslag til bestemmelse om at forvaltningsorganet skal være tilgjengelig for at den enkelte kan ta kontakt med organet på en sikker og effektiv måte. Det må legges til grunn at forvaltningsorganene vil med en slik bestemmelse tilstrebe tilgjengelighet via digitale kommunikasjonskanaler ettersom det ofte er mest hensiktsmessig, samtidig at det gis åpning for andre løsninger ved behov ettersom bestemmelsen er teknologinøytral.

Det bør ikke kunne kreves at borgerne benytter seg av digitale kanaler hvis det ikke følger av lov eller forskrift. Dersom det følger av lov eller forskrift, bør forvaltningens veiledningsplikt jf. forvaltningslovens § 11 omfatte konkret bistand til borgere til bruk av kommunikasjonskanalen slik at ingen blir hindret i bruk av den digitale løsningen og blir øvet på bruk av løsningen.

⁵ <https://www.lawgazette.co.uk/law/sc-judge-calls-for-expert-commission-on-algorithms/5102154.article>

En er enig med utvalget i at det ikke bør oppstilles en plikt til å kommunisere digitalt med forvaltningen. En slik løsning vil uansett medføre ressursbruk knyttet til nødvendige fritaksbestemmelse for enkelte grupper. Ettersom en digital kommunikasjon vil være billig og effektiv vil nok de fleste velge denne typen kommunikasjon uansett. Den generasjonen som har hatt begrenset digital kompetanse blir det færre og færre av, slik at gruppen som ikke velger å ikke bruke digital kommunikasjon vil være begrenset. I tillegg blir internettdekningen bedre år for år, slik at det vil være en stadig en mindre del av befolkningen som ikke har tilfredsstillende dekning.

Det synes imidlertid å være fornuftig at det opprettholdes en forskriftshjemmel som kan gi adgang til å fastsett at bestemte fremgangsmåter skal brukes på bestemte forvaltningsområder eller i nærmere bestemte saksbehandlingsprosesser.

På vegne av JF-P Tech Forum
Med vennlig hilsen,

Joachim Benno
Leder

Dana Jaedicke
Nestleder