

Høringsuttalelse vedrørende spørsmål om digital forvaltning i NOU 2019: 5

Dag Wiese Schartum, Oslo

I mandatet heter det bl.a.: *«Loven skal legge til rette for bruk av helautomatiserte saksforberedelses- og beslutningsverktøy der dette er hensiktsmessig. Det skal vurderes hvilke særlige utfordringer bruken av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi skaper for rettssikkerheten og personvernet, og hvordan disse utfordringene best kan løses.»*

Forslagene i NOU 2019: 5 gir etter min mening få av de svarene norsk digital forvaltning trenger, og er ikke et tilstrekkelig grunnlag for en fremtidsrettet forvaltningslov på området digital forvaltning.

Den største mangelen er ikke selve utredningen: Særlig i kapittel 18 og 19 gir utvalget relevante innsikter og bidrar til viktige diskusjoner. Dette munner imidlertid ikke ut i utfyllende diskusjoner om behov for lovregulering og forslag til konkrete lovbestemmelser. På noen punkter er konklusjonen av lovgivning ikke trengs, men uten at det gis annet enn helt korte og lite overbevisende begrunnelser.

Av over 90 paragrafer i forslaget gjelder *tre* digital forvaltning direkte. Disse forslagene gjelder hjemmel for helautomatiserte avgjørelser (§ 11), krav til offentlig dokumentasjon av det rettslige innholdet i automatiserte saksbehandlingssystemer (§ 12), og hjemmel for nærmere regler om digital kommunikasjon mellom forvaltningen og den enkelte (§ 13). På toppen av de lite konkrete bestemmelsene som foreslås, gis det vide forskriftshjemler. Etter min mening legger forslaget verken til rette for «bruk av helautomatiserte saksforberedelses- og beslutningsverktøy» eller løser «særlige utfordringer bruken av moderne informasjons- og kommunikasjonsteknologi skaper for rettssikkerheten og personvernet» (jf. mandatet).

Rettssikkerhet i digital forvaltning er et stort emne, og jeg har bare anledning til gi uttalelse som dekker en del av denne materien. Rent språklig dekker «digital forvaltning» alt fra det selvfølgelige og mindre betydningsfulle, til de avanserte og komplekse løsningene som hvert år er avgjørende for plikter og rettigheter til hundre tusener personer. Jeg tror det er viktig å unngå å ha alt i samme gryte, og i stedet legge avgjørende vekt på høy grad av automatisert saksbehandling, herunder på automatisering ved hjelp av «lærende» (herunder selvjusterende) algoritmer, jf. kunstig intelligens, spesielt maskinlæring. Etter min mening gjelder de særlig viktige problemområdene:

- automatisert rettsanvendelse, og
- profilering

Sammen med spørsmålet om automatisert rettsanvendelse er det også grunn til å drøfte spørsmål om adgangen til å konvertere skjønnsutøvelse til anvendelse av faste regler eller statistisk beregninger, men jeg oppfatter dette primært som spørsmål om lovgivningspolitikk

som neppe kan danne grunnlag for bestemmelser i en ny forvaltningslov.¹ Spørsmål om digital kommunikasjon med og i offentlig forvaltning er også viktig, men jeg mener dagens bestemmelser i eForvaltningsforskriften langt på vei er tilfredsstillende. Riktignok er det åpenbart grunn til å se nærmere på arbeidsdelingen mellom forvaltningsloven og denne forskriften. Det kan også være grunn til å vurdere å skille bestemmelsene om selve kommunikasjonen fra de temmelig tekniske bestemmelsene om sikker kommunikasjon. Språket bør også bli gjennomgått. Likevel er saksområdet elektronisk kommunikasjon neppe der behovene for endret lovgivning er størst. Jeg kommer derfor ikke nærmere inn på den delen av dagens regulering. I stedet konsentrer jeg meg om behovet for lovbestemmelser som i dag ikke finnes i forvaltningsloven med forskrifter, jf. punktene ovenfor om automatisert rettsanvendelse og profilering. Dette er spesielt utfordrende å regulere, fordi det etter min mening er behov for å tenke nytt. Hovedgrepet bør være å vurdere forvaltningsrettslige prinsipper i lys av nye måter å treffe enkeltvedtak på, og i forhold til det som kan beskrives som prosessledende tiltak og avgjørelser (jf. profilering²) som kan være av stor betydning for borgernes rettsstilling.

1 Behovet for å tenke nytt

Et grunnleggende problem med NOU 2019: 5 er etter min mening en tilsynelatende manglende ambisjon om å tenke nytt. Uten nye tanker om og modeller for hva moderne forvaltning kan og bør være, vil det etter min mening ikke være mulig å utvikle en forvaltningslov for fremtiden. Det er et problem at gamle paradigmer fremdeles passer på en del av det forvaltningen gjør. Dermed er det lett å insistere på at tilvante forestillinger fremdeles er relevante og en fortsatt kan legge disse til grunn for den fremtidige lovgivningen.

Tradisjonell, individorientert, forvaltning er selvsagt fortsatt relevant. Denne modellen er imidlertid ikke lenger den eneste, men er relativt sett svekket, og vil trolig fortsatt bli ytterligere svekket i årene som kommer. Den nye digitale forvaltningen er *blant annet* karakterisert ved:

- høy grad av automatisering, dvs. massive og detaljerte forhåndsavgjørelser av rettsspørsmål, uttrykt som algoritmer som kan programmeres og kjøres i en maskin;
- økt betydning av «rettslig systemutvikling», dvs. av den beslutningsprosessen som leder frem til de algoritmene som er nevnt i forrige kulepunkt;
- saksbehandling uten saksbehandler, dvs. enkeltvedtak som ikke er basert på noen saksbehandleres forståelse av beslutningsgrunnlaget og tilknyttede rettsspørsmål;
- stor grad av integrering mellom informasjonssystemer innen offentlig forvaltning;
- stor grad av integrering mellom informasjonssystemer i offentlig forvaltning og privat sektor.

¹ Jf. «automatiseringsvennlig lovgivning».

² Profilering er betegnelse på en generell teknikk som også kan brukes for en rekke andre formål enn de jeg her forutsetter.

Alle de nevnte, særlige kjennetegnene gjelder i utgangspunktet *systemnivået*, og illustrerer etter min mening hvorfor det ikke er holdbart å foreslå en ny forvaltningslov som nesten utelukkende gjelder nivået for konkret enkeltsaksbehandling. Kort sagt, gjelder de største manglene i forslagene fra Forvaltningslovutvalget spørsmål som kan knyttes til de *informasjonssystemer* forvaltningen gjør bruk av for å automatisere myndighetsutøvelsen og gjennomføre profilering.

Mitt grunnleggende poeng er at det blir vanskelig å foreslå en ny forvaltningslov tilpasset digital forvaltning uten å ha en grunnleggende forståelse for og modell av hva automatisert myndighetsutøvelse kan sies å være. En slik modell må etter min mening ha informasjonssystem som det bærende elementet.³ Legger en dette til grunn for en ny lov oppstår det fire hovedstrategier for regulering av digital forvaltning:

- A. Regulering av *utviklingsprosessen* knyttet til forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse og profilering.
- B. Regulering av *innholdsmessige* krav til forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse.
- C. Regulering av *bruk* av forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse.
- D. Regulering av *tilsyn* med og *kontroll* av forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse.

Jeg minner om at automatisert rettsanvendelse er svært effektivt, og setter forvaltningen i stand til å treffe hundretusenvís av enkeltvedtak i løpet av kort tid. Effektiviteten innebærer dessverre også evnen til raskt og effektivt å treffe *uriktige* vedtak. Et vesentlig poeng med å legge stor vekt på å regulere systemløsningene (jf. de fire punktene ovenfor), er å hindre at det skal oppstå rettslige feil og ufullstendigheter i systemet som i neste omgang kan gi massive negative konsekvenser både for parter og forvaltningen selv.

Som jeg kommer tilbake til, er det også et poeng at maskinelle systemer også effektivt kan *rette* feil som har oppstått; men bare dersom systemene er designet med slike funksjoner. Rettslige krav til funksjonaliteten i forvaltningens systemløsninger (jf. punkt B, ovenfor), er derfor av avgjørende betydning for effektiv retting av feil. NAV-skandalen kan bidra til å illustrere forskjellen: Hadde disse vedtakene vært automatiserte med uriktige regler lagt inn i programkoden, samtidig som systemløsningen var utformet slik at systemet automatisk kunne identifisere alle saker som var behandlet av en bestemt uriktig regelen i koden, kunne retting skje ved bare å «trykke på knappen». Forutsetningen er imidlertid at slik funksjonalitet finnes i systemet. Sannsynligheten for at dette er tilfellet vil trolig øke dersom funksjonaliteten må følge rettslige krav.

I det følgende vil jeg kort kommentere punktene A – D ovenfor. Jeg vil både forklare hver kategori litt nærmere og angi det jeg mener er aktuelle spørsmål som departementet bør vurdere å regulere.

³ Også infrastrukturperspektivet er viktig i denne sammenhengen, men dette har jeg ikke funnet tid til å gå nærmere inn på i denne uttalelsen. Jo mer informasjonssystemer knyttes sammen til en felles struktur der det oppstår avhengigheter og felles behov for regulering, jo mer relevant er infrastrukturperspektivet.

2 Regulering av *utviklingsprosessen* knyttet til forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse (A)

Systemutvikling er betegnelse på komplekse prosesser og beslutninger som har til formål å utvikle et informasjonssystem, for eksempel et *rettslig beslutningssystem* (RBS) som skal automatisere rettsanvendelse. I forvaltningen har systemutvikling ofte en rettslig komponent, og denne er helt avgjørende for folks rettssikkerhet og personvern. Således innbefatter systemutvikling beslutningsprosesser som leder frem til detaljerte anvisninger på hvordan rettsreglene skal anvendes i systemet. Dette handler med andre ord om å fastlegge algoritmene som skal styre automatisert rettsanvendelse. Siden hver særlov som skal være gjenstand for automatisering er unik, vil forvaltningen ofte selv måtte utvikle systemer som treffer enkeltvedtak i samsvar med bestemmelsene i særloven. Den rettslige delen av systemutvikling må etter min mening betraktes som en egen type rettslig beslutningsprosess som jeg mener lovgiver må vurdere å regulere. Slike beslutningsprosesser leder ut i det vi kan kalle «rettslige systemavgjørelser», dvs. avgjørelser med rettslig innhold som treffes som ledd i systemutviklingen. Jeg kommer tilbake til dette nedenfor.

Det politiske målet er at systemløsningene i offentlig forvaltning skal ha høy grad av automatisering. Dette sies klart i Digital agenda for Norge fra 2016,⁴ men kommer også til uttrykk i Regjeringens digitaliseringsstrategi fra 2019. I kapittel 4 i strategien heter det således at

«For å oppnå økt deling av data og mer sammenhengende tjenester må regelverket legge til rette for det. Regelverket bør være klart og forståelig, uten unødvendige skjønnsbestemmelser og med harmoniserte begreper. Regelverket bør også *legge til rette for hel og delvis automatisert saksbehandling og formålstjenlig bruk av kunstig intelligens, samt digital transformasjon.*»⁵ (min kursiv)

I så fall får rettsspørsmålene knyttet til automatisering og «digital transformasjon» stadig større betydning for innbyggerne, og faren for at fraværet av rettssikkerhetsgarantier knyttet til automatisert rettsanvendelse skal gi feil og undergrave tilliten til forvaltningen, vil øke.

Nedenfor kommenterer jeg bare spørsmål knyttet til myndighetsutøvelse. I avsnitt 6 kommer jeg nærmere inn på enkelte anvendelser av maskinlæring som ikke gjelder kjernen av myndighetsutøvelsen, men som er knyttet til aktiviteter forut for og etter utøvelse av myndighet.

En kan for det første spørre om selve systemutviklingsprosessen bør lovreguleres. I det følgende vil jeg gi noen korte eksempler på spørsmål innen denne kategorien som departementet bør vurdere regulering av.

⁴ Se Meld. St. 27 (2015–2016), «Digital agenda for Norge. IKT for en enklere hverdag og økt produktivitet».

⁵ Se «Én digital offentlig sektor. Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019–2025», Kommunal- og moderniseringsdepartementet, 11. juni 2019.

- Krav til organisering av systemutviklingsarbeidet, inklusive krav til kompetanse og representasjon

Det er etter min mening aktuelt å vurdere krav til hvordan organisering av den rettslige delen av systemutviklingen skal være. Hovedbegrunnelsen er å synliggjøre de juridiske oppgavene i et slikt arbeid for på den måten å legge til rette for aktiv deltakelse fra jurister fra relevant fagavdeling. Det er herunder aktuelt å stille direkte krav om at juridisk kompetanse skal være representert i prosjektgrupper som tar forbereder eller tar stilling til rettsspørsmål. Systemutvikling vil bli gjenopptatt i forbindelse med lov- og forskriftsendring som har virkning for systemene. Slik lovendring vil slå inn i systemene med ulike mellomrom. Implementering av endringer vil kunne ta lang tid dersom forvaltningsorganet ikke har beredskap for rask respons. For å sikre kontinuitet, bør det vurderes å stille krav om at det skal være en juridisk fagansvarlig for hvert system, også når det ikke skjer aktivt utviklingsarbeid.

Krav til felles beslutningsmodell og rettslig systemutviklingsmetode

I dag skjer systemutvikling uten at det gjelder noen saksbehandlingsregler eller særlige krav til fremgangsmåter mv. De modeller og metoder som legges til grunn for arbeidene, tar utgangspunkt i teknisk perspektiv på utviklingsarbeidet. Modellene og metodene kan fritt velges i hvert forvaltningsorgan. Skjer utviklingsarbeidet ved hjelp av eksterne konsulenter, vil det trolig være disse som reelt sett fastsetter mye av arbeidsmåtene. Modeller og metoder blir ikke fastsatt ut ifra rettslige behov. En slik situasjon borger ikke for høy juridisk kvalitet. Jeg mener det er grunn til å vurdere om hvert forvaltningsorgan som utvikler systemløsninger som skal automatisere myndighetsutøvelsen skal utføre det juridiske arbeidet på en måte som følger en viss modell og visse metoder for den rettslige delen av systemutviklingen. Lovgiver trenger ikke stille krav om konkrete modeller og metoder, det er trolig nok å pålegge at forvaltningsorganet skal fastsette disse på en måte som gir forsvarlig rettslig systemutvikling. I tillegg kan det være aktuelt å angi visse utvalgte rettslige prinsipper som særlig skal være styrende for den rettslige delen av utviklingsarbeidet.

- Krav til utredning av rettsspørsmål som ledd i systemutvikling

Dette kulepunktet kan ses som delspørsmål under forrige kulepunkt, men jeg velger å trekke det spesielt frem her. Av særlig stor rettssikkerhetsmessig betydning er valg av hvilke maskinlesbare kilder systemløsningen skal gjøre bruk av. Dette handler altså om rettslige krav til hvordan «kun én gang» prinsippet i forvaltningspolitikken⁶ skal gjennomføres for å sikre rettsriktige resultater. En av flere muligheter er å pålegge inngåelse av avtaler mellom forvaltningsorganer som automatisk utveksler opplysninger seg imellom, og herunder angi visse punkter som slike avtaler som et minstekrav må inneholde. Slike krav er beslektet med databehandleravtaler etter personvernforordningen (PVF) artikkel 28, og kan med fordel bygges opp over samme lest, gjerne harmonisert med nevnte bestemmelse.

⁶ Se

- Krav til høring, dokumentering, og tilgjengeliggjøring av rettslige systemavgjørelser

Når forvaltningen utvikler RBS vil de måtte ta stilling til i) en rekke fortolkningsspørsmål og ii) supplere de rettsregler som kan utledes fra rettskildematerialet for derved være i stand til å spesifisere en sammenhengende algoritme. En god del av disse spørsmålene vil være relativt trivielle. Andre spørsmål vil være av så stor materiell betydning at forvaltningen etter min mening ikke bare kan treffe valg om hvilken forståelse som skal anses som rettsriktig, uten at dette fremgår av en skriftlig kilde som blir til som resultat av systemutviklingsarbeidet.

Etter min mening er ulike typer systemdokumentasjon av avgjørende betydning for tilstrekkelig rettssikkerhet ved automatisert rettsanvendelse. Ovenfor nevnte fortolkningsvalg og supplerende av rettsregler, er den type avgjørelser som bør være gjenstand for dokumentering. Forvaltningslovutvalget har foreslått en bestemmelse om slik dokumentasjon i forslaget til § 12. Intensjonene her er gode, men forslaget er etter min mening helt utilstrekkelig. I stedet for å fremsette en nærmere kritikk av bestemmelsen, viser jeg til forslaget til tilsvarende bestemmelse i Arkivlovutvalgets innstilling, NOU 2019: 9, forslag til § 10.⁷ Dette forslaget er etter min mening langt mer systematisk og lettere å forstå. Dessuten kan ikke dokumentasjon av automatisert rettsanvendelse ses isolert fra andre behov for dokumentasjon, se særlig forslaget til §§ 7 – 11 i NOU 2019: 9. Fordi de konkrete dokumentasjonskravene i denne utredningen har flere begrunnelser enn det som gjelder rettssikkerhet, og bl.a. er vesentlig for praktiseringen av offentlighetsprinsippet og Grunnloven § 100 femte ledd, mener jeg de alle dokumentasjonskrav bør stå samlet i en ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver, som foreslått i NOU 2019: 9, §§ 6 – 15.

Etter min mening bør departementet også vurdere å fastsette en rutine for høring av slike rettsspørsmål som inngår i dokumentasjonen for automatisert rettsanvendelse. Jeg sikter til muligheten for å legge frem rettsspørsmål som skal styre den automatiserte rettsanvendelsen for offentlig gjennomsyn, dvs. i en slags høringsrutine. De beskrivelser som senere vil bli utviklet til dokumentasjon i henhold til nevnte bestemmelser i § 12 i Forvaltningslovutvalgets innstilling og § 10 i Arkivlovutvalgets innstilling, bør altså vurdert lagt ut (eventuelt sendt) på høring.

De detaljerte regelvalg forvaltningen gjør når de fastsetter det rettslige systeminnholdet, vil i praksis få meget stort gjennomslag. Selv om et forvaltningsorgan skulle velge å ha systemløsninger med veiledende innhold, vil det i realiteten være liten sjanse for at de regler som er nedfelt i systemet vil bli påklaget. Uansett om klage kan skje, er det grunn til å redusere risikoen for klage. Dette kan skje ved å arrangere høring som tar sikte på å avklare eventuelle uenigheter og konflikter *før* reglene implementeres i programkoden og «forstenes» der.

De rettslige systemavgjørelser vi her har med å gjøre, er uansett så like forskrifter, at det er grunn til å legge til rette for demokratisk og åpen diskusjon om de rettslige valgene. En slik

⁷ Jeg gjør oppmerksom på at jeg var medlem av Arkivlovutvalget.

«systemhøring» kan imidlertid trolig gjøres enklere enn ordinær høring etter bestemmelsene i gjeldende og foreslått forvaltningslov.

Her går jeg ikke nærmere inn på krav til dokumentering og dokumentasjon. Det er imidlertid viktig at en angir fleksible løsninger som lett og sømløst lar seg kombinere med andre dokumentasjonskrav, særlig med kravene i PVF artikkel 30 om behandlingsprotokoller og konkret dokumentasjon for å påvise etterlevelse av forordningen, jf. artikkel 24(1). Jeg viser for øvrig til forslaget til § 14 i Arkivlovutvalgets lovforslag.

- Krav til formell godkjenning, vedtak og ikrafttredelse

Det er etter min mening behov for å sikre at det rettslige innholdet i systemløsninger blir formelt vedtatt av ansvarlig myndighet. I vedtaket bør det f.eks. fremgå om rettsreglene som er nedfelt i systemløsningene er binde for rettsanvendelsen i forvaltningsorganet, eventuelt hvilke prosedyrer som må følges dersom det kan gjøres avvik og samtidig sikre likebehandling. For hvert nytt system og for hver endring som er forårsaket av endringer i de underliggende rettskildene, bør det etter min mening treffes et formelt vedtak. Dette er nødvendig for å sikre notoritet. I forskrift bør det også være aktuelt å stille nærmere krav til innholdselementer i slike vedtak. Vedtak om godkjenning og iverksetting av RBS kan eventuelt gis en egen betegnelse og definisjon med kriterier i § 6 om legaldefinisjoner i lovforslaget.

3 Regulering av *innholdsmessige krav* til forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse (B)

I tillegg til å regulere prosessen, vil det for det andre være mulig å stille rettslige krav til systemenes *innhold* direkte. Slike «systembestemmelser» finnes i personvernforordningen, som blant annet stiller grunnleggende krav til at behandling av personopplysninger⁸ skal ha formål, rettslig grunnlag mv. Innen det forvaltningsrettslige området, mener jeg lignende krav kan ivaretas gjennom krav til dokumentering, f.eks. slik at det i dokumentasjonen skal fremgå hva som er rettsgrunnlaget for og formålet med systemløsningen.

I personvernforordningen blir det krevet at personvernprinsipper og enkeltregler i forordningen om mulig skal bygges inn i behandlingsopplegget (systemløsningene), se PVF art. 25 og «innebygget personvern». I tråd med dette mener jeg det er grunn til å stille krav om «innebygget rettssikkerhet», dvs. krav om at også forvaltningsrettslige prinsipper og enkeltbestemmelser skal bygges inn i systemløsninger. I forvaltningsorganer bør ikke krav til innbygging av rettsregler og rettsprinsipper kun være avhengig av de meget skjønnsmessige bestemmelsene i forordningen. Innenfor bestemte domener innen forvaltningsretten bør en i tillegg fastsette mer konkrete krav til innebygget rettssikkerhet, herunder krav som favner videre enn kravene i personvernforordningen. På visse bestemte vilkår som jeg ikke kommer

⁸ Det vil i stor grad si, systemløsninger.

nærmere inn på her, bør det f.eks. være krav til at forvaltningsorganer som del av sine systemløsninger for myndighetsutøvelse skal ha

- innsynsrutine som gir tilgang for parter til opplysninger i enkeltsaker, og
- rutine for å kreve retting, sletting og supplering av beslutningsgrunnlag.

Slike rutiner vil trolig ofte enten være, eller komme til å bli,⁹ et krav som følger av den skjønnsmessige bestemmelsen i PVF artikkel 25(1). Innen et avgrenset område i norsk offentlig forvaltning vil en imidlertid kunne stille opp konkrete krav om slike rutiner ut i fra hensynet til rettssikkerhet. Slike spesielle regler må selvsagt være i overensstemmelse med forordningen, men det er neppe noe problem å stille krav som konkretiserer og endog overoppfyller forpliktelsene etter PVF artikkel 25 for norsk offentlig forvaltning.

I tillegg til å forsterke og overoppfylle forpliktelser som allerede følger av eller vil komme til å følge av personvernforordningen, bør det være aktuelt å innføre krav til andre innbygde funksjoner i forvaltningens systemløsninger. Ved helt automatiserte vedtak eller vedtak med høy grad av automatisert rettsanvendelse, bør det f.eks. være aktuelt å stille lovkrav om rutiner for automatisk påsetting av begrunnelse for enkeltvedtak. Stiller loven et slikt krav, vil det inngå i spesifikasjonen for utvikling av fremtidige systemløsninger, og en vil sikre at alle enkeltvedtak blir begrunnet i samsvar med lovens krav.¹⁰

Innen spesielt vanskelige rettsområder, særlig rettsområder som nødvendiggjør komplekse beregninger for å komme frem til rettsgyldige resultater, bør det også vurderes å stille krav om «systemoffentlighet». Dette betegner tilgang for enhver til forvaltningens systemer, slik at innbyggerne (uten å være parter) kan bruke de programmerte reglene for å simulere det rettslige resultatet av forskjellige scenarioer. På den måten kan de for eksempel undersøke hvordan bestemmelser om skatter, avgifter, pensjoner, sosiale ytelser, næringsstøtte osv. slår ut for dem i en virkelig eller tenkt situasjon. Lignende tjenester finnes i dag under betegnelsen «kalkulator», i bl.a. Skatteetaten og NAV. Slike muligheter kan med fordel brukes mer systematisk, og vil kunne få stor betydning for realiseringen av offentlighetsprinsippet i norsk forvaltning. Det er viktig å minne om at det her i stor grad vil være tale om «gjenbruk» av system- og programmoduler fra de løsningene som brukes ved realitetsbehandling av enkeltsaker «i produksjon». Slike tjenester vil derfor kunne være relativt billige, og kan i tillegg erstatte annet informasjons- og veiledningsarbeid.

Utenfor lovgivningen bør en etter min mening også vurdere å innføre incentivordninger for å stimulere til nyskapende bruk av teknologi for å understøtte rettssikkerhet i offentlig forvaltning. Kombinasjonen av grunnleggende rettslige krav til slike løsninger og incentivordninger, øker trolig sjansene for at det vil skje utvikling av rettsteknologi som folk flest kan ha nytte av når forvaltningsrettslige spørsmål oppstår. Jeg viser for øvrig til avsluttende kommentarer i avsnitt 8 om den samlede virkemiddelbruken for å ivareta rettssikkerhet i digital forvaltning.

⁹ Personvernforordningen art. 25(1) gjør plikten bl.a. avhengig av «den tekniske utviklingen», noe som er med å gi bestemmelsen et dynamisk innhold.

¹⁰ Selvsagt, forutsatt at kravene til begrunnelse er riktig implementert i systemet.

4 Regulering av *bruk* av forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse (C)

Det tredje aspektet som det er grunn til å regulere, gjelder *bruken* av systemløsningene. Spørsmål om bruk kan være vanskelig å holde adskilt fra spørsmål om innholdsmessige krav til systemløsninger. Årsaken er at den grunnleggende tilnærmingen bør være at feil og forbedringspotensial som fremkommer ved bruk, ofte bør foranledige en teknologisk respons. Dette er særlig viktig for selvbetjente løsninger, dvs. løsninger der den enkelte part¹¹ bidrar aktivt til behandlingen av egen sak ved å inngi opplysninger som skal være beslutningsgrunnlag i saken, fremskaffe og laste opp påkrevet dokumentasjon eller lignende.¹² Misforståelser og feil bruk av systemet må i slike tilfeller kunne avdekkes gjennom fortløpende logging og/eller brukerundersøkelser. Det kan være aktuelt å stille overordnede rettslige krav til slike rutiner, f.eks. ved at en pålegger at det skal anvendes tekniske og organisatoriske tiltak for å forsikre seg om at selvbetjeningsløsninger har en fullt ut rettslig forsvarlig og brukervennlig funksjon.

En bør etter min mening også vurdere å skjerpe og konkretisere enkelte bestemmelser vedrørende bruk av systemløsninger i den enkelte sak. Dette gjelder bl.a. veiledningsplikten ved automatisert rettsanvendelse. Denne plikten bør ses i sammenheng med og speile dokumentasjonsplikter vedørende rettslig innhold, og eventuelle krav om systemoffentlighet. En bør også tydeligere gi rett til å komme i kontakt med en person for å få veiledning om bruk og rettslig innhold av systemløsningene. Forvaltningen bør på sin side oppleve strenge veiledningsplikter som en motivasjon til å utvikle brukervennlige systemløsninger, ha god og utfyllende informasjon på nettet, direkte informasjon til parter og innbyggere, offentlig tilgang til systemløsninger (jf. «systemoffentlighet») osv. Forvaltningsorganer som lykkes i dette arbeidet vil formodentlig få relativt få personlige henvendelser. Sagt på en annen måte, bør ikke innbyggerne ha risikoen for dårlige systemer og rutiner. Det bør ikke være innbyggerne som blir sittende med belastningen ved ikke å nå frem til en saksbehandler de kan spørre, når en dårlig systemløsning har skapt rettsuvisshet.

Til spørsmål om bruk hører også spørsmål om klage og omgjøring. Utvalget foreslår å revidere de generelle reglene om dette, men foreslår ingen ting vedrørende omgjøring etter feil i forvaltningens systemløsninger. Etter min mening er det en selvfølge at uriktige enkeltvedtak som følger av feil i programkoden alltid må føre fram til omgjøring av eget tiltak når det kan skje uten skade for parten. Det samme må gjelde dersom feilen fastslås som ledd i klagesaksbehandling. Det faktum at en har med automatiske systemer å gjøre, gjør at systemfeil må endres på systemnivå, og ikke bare i de enkeltsaker der utslaget av feilen blir oppdaget. Fordi feil er systematiske, vil det alltid være mulig å bruke systemet til å identifisere alle saker som er berørt av samme feil. Det vil etter min mening være utålelig dersom et forvaltningsorgan kan velge å la være å rette opp feil i alle berørte enkeltsaker når årsaken er systemfeil. En slik situasjon vil kunne undergrave tilliten til digital forvaltning og være veldig skadelig for relasjonen mellom forvaltning og innbyggere. Etter en kort diskusjon, konkluderer Utvalget med at dette siste spørsmålet er for vanskelig å lovregulere,

¹¹ Eller den som på et senere stadium av saksbehandlingen *blir* part.

¹² Utvalget drøfter spørsmål om selvbetjening i avsnitt 13.3, men berører ikke dette spørsmålet.

og at det bør bero på god forvaltningsskikk hvor langt forvaltningen bør gå i å rette.¹³ Begrunnelsen er etter min mening lite overbevisende og henvisningen til «god skikk» har liten verdi som rettssikkerhetsgaranti.

Et videre spørsmål er om det bør være plikt til å endre på systemløsninger som viser seg å ha uriktig rettslig innhold. Det er trolig praktisk at forvaltningen kan velge å beholde en systemfeil og i stedet etablere en manuell rutine som fanger opp feilen. En årsak kan f.eks. være kombinasjonen lite antall berørte personer og store utgifter knyttet til retting av systemfeilen. Etter min mening kan en vanskelig ha en rigid regel om hva som skal skje i slike tilfeller. Imidlertid bør spørsmålet bringes opp i dagen i form av en skjønnsmessig bestemmelse som bygger på krav til risikovurdering og krav til forsvarlig saksbehandling.

5 Regulering av tilsyn med og kontroll av forvaltningens automatiserte systemer for myndighetsutøvelse (D)

Det siste reguleringsstrategien for digital forvaltning som ble introdusert i avsnitt 1, gjelder spørsmål om tilsyn og kontroll. Spørsmålet er ikke spesielt nevnt i mandatet. Jeg vil likevel kort kommentere det. I dag er det primært Datatilsynet som har tilsyn med digital forvaltning. Dette er en viktig tilsynsfunksjon, men er samtidig begrenset til de spørsmål som personopplysningsloven og personvernforordningen aktualiserer. I tillegg har Difi (snart, Digitaliseringsdirektoratet) tilsynsoppgaver knyttet til forskrift om universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger, se § 5. Spørsmål kan også bringes inn for Stortingets ombudsmann for forvaltningen, som kan uttale seg om forhold av betydning for digital forvaltning. Sivilombudsmannen har imidlertid ingen vedtaksmyndighet.

Jeg mener det er behov for å vurdere nærmere om tilsynsfunksjonen knyttet til digital forvaltning er tilfredsstillende. Selv antar jeg det er behov for et tilsynsorgan som spesielt er opptatt av rettssikkerhetsspørsmål. En ny tilsynsfunksjon kan også omfatte tilsyn med etterlevelse av en ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver, og vil også kunne ha andre tilsynsfunksjoner knyttet til digital forvaltning, f.eks. på grunnlag av digitaliseringsrundskrivet. Jeg minner om at Arkivlovutvalget i avsnitt 2.12 i sin innstilling (NOU 2019: 9) foreslo at Regjeringen burde utrede muligheten for et eget statlig organ til å føre tilsyn med offentleglova, forvaltningsloven og arkivlova.

Om ønskelig kan et «Digitaliseringstilsyn» gjennomføre integrerte tilsyn der personvernspørsmål, rettssikkerhetsspørsmål og spørsmål om dokumentasjon og åpenhet kan vurderes under ett. Så vidt jeg kan forstå gir personvernforordningen mulighet for en slik ordning, idet flere nasjonale myndigheter kan føre tilsyn med at forordningen blir etterlevet.¹⁴

¹³ Se Forvaltningslovutvalget, avsnitt 33.4.2.2.

¹⁴ Se personvernforordningen artikkel 51(1).

6 Særlig om maskinlæring og selvjusterende algoritmer

Forvaltningslovutvalget gjør kort rede for kunstig intelligens mv, se avsnitt 18.3.3. Med henvisning til den svenske forvaltningslovutredningen i SOU 2018:24 konkluderer de imidlertid med «at det er for tidlig å foreslå regulering av kunstig intelligens med maskinlærte algoritmer.» Det er etter min mening ikke grunn til å vente med å vedta grunnleggende rettslige rammer for bruk av slik teknologi på utvalgte viktige områder i forvaltningen.

Kunstig intelligens angir ikke *ett* juridisk problemområde, men betegner en familie av teknologier som kan reise noe ulike rettslige problemstillinger. Hvilke problemstillinger avhenger bl.a. av hvilken konkret teknologi og hva den brukes til. Derfor er det nødvendig å avgrense og konkretisere.

Bruk av kunstig intelligens knyttet til *utøvelse av offentlig myndighet* i individuelle saker (jf. enkeltvedtak), må etter mitt skjønn være et prioritert problemområde. Her er det bl.a. avgjørende at lovgiver motvirker utgliding i forhold til kontradiksjonsprinsippet. Et generelt lovkrav bør således være at all maskinell behandling i enkeltsaker må kunne forklares og konkret begrunnes. Dette vil begrense muligheten for å bruke kunstig intelligens som innebærer «svart boks»¹⁵ – innen dette området, og vil i stedet stimulere til bruk av f.eks. maskinlæringsteknologi basert på beslutningstrær. Jeg antar det bl.a. er grunn til å se nærmere på anvendelse av maskinlæring til erstatning for utøvelse av fritt skjønn, og for analyse av datastrømmer som er input til enkeltvedtak (f.eks. GPS-data).

Andre anvendelser som ikke skjer i direkte tilknytning til myndighetsutøvelse kan være underlagt et lempeligere regime. Likevel kan det i noen sammenhenger også være aktuelt å stille krav om regulering av slike anvendelser. Dette gjelder - muligens – for eksempel regulere utvikling og bruk av selvjusterende algoritmer som ledd i visse typer *profilering*. For eksempel kan profilering ved hjelp av maskinlæring skje for å identifisere saker og personer som forvaltningsorganet skal undergi særskilt kontroll. Det er også en rekke andre anvendelser som ikke direkte er myndighetsutøvelse, men som kan ha betydning for myndighetsutøvelse. Blant annet kan en bruke maskinlæringsmetoder for å identifisere relevante, tidligere avgjorte saker som grunnlag for å avgjøre en aktuell klagesak. Lignende metoder kan brukes for å få kunnskap om behov for informasjon og veiledning.

Jeg vil anta at det i begrenset grad er behov for å lovregulere bruk av maskinlæring som ikke direkte gjelder myndighetsutøvelse, men mener spørsmålet bør vurderes mer konkret. Særlig antar jeg behovet for regulering kan være til stede ved profilering som er prosessledende og avgjørende for prioritering av myndighetenes innsats og ressursbruk.

7 Særlig om forholdet til personopplysningsloven og personvernforordningen

Fra 20. juli 2018 har personvernforordningen og ny personopplysningslov gjeldt som ny, omfattende, kompleks og ofte uklar regulering av behandling av personopplysninger. Offentlig forvaltning behandler i meget stor grad personopplysninger, og dette regelverket

¹⁵ Det vil si at vi ikke kan observere og bedømme det maskinen gjør.

er derfor helt sentralt for digital forvaltning; både for systemutvikling og for bruk av systemene. Slik regulerer forordningen og personopplysningsloven veldig mye av *forvaltningsprosessens faktiske side*.

Etter min mening er det ikke forsvarlig å foreslå ny forvaltningslov uten tilstrekkelige vurderinger og henvisninger til dette regelverket. Med forslaget til ny forvaltningslov, overlates det helt og holdent til leserne av loven å kjenne til hvordan personvernforordningen virker inn på forvaltningsprosessen. For forvaltningen er den aktuelle situasjonen at de strever med å forstå og anvende personvernforordningen. Med Forvaltningslovutvalgets forslag stilles de i utsikt til også å måtte forholde seg til ny forvaltningslov som inneholder en rekke, underkommuniserte nære og uklare sammenhenger med forordningen. Følges en slik lovgivningsteknikk, vil det gi enda et lag med rettsuvisshet for personer i forvaltningen som utvikler og bruker systemer for automatisert saksbehandling.

Forvaltningslovutvalget har heller ikke funnet grunn til å harmonisere begrepsbruken i de to regelverkene. Således brukes ikke begrepet «personopplysning» i lovforslaget.¹⁶ «Noens personlige forhold», som åpenbart er en underkategori personopplysninger i forordningens forstand, forblir på utsiden av regelverket om personopplysninger. «Opplysninger som ... gjelder personer ... som ikke kan identifiseres» (jf. forslaget til ny § 35), forutsetter formodentlig at det er definisjonen i personvernforordningen (jf. § 4(1)) som er avgjørende for fortolkningen: Er identifisering umulig, er det ikke en personopplysning, og slike opplysninger faller derfor utenfor forordningens virkeområde. Utvalget bruker også «gyldig og informert samtykke» (jf. §36 første ledd), samtidig som de i merknadene¹⁷ sier at dette tilsvarer forordningens definisjon «... frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir ...» (se art. 4(11)). Det er etter min mening veldig uheldig å forutsette samme begrepsinnhold samtidig som innholdet uttrykkes på vidt forskjellig måter i henholdsvis utkast til forvaltningslov og personvernforordning.

Med personvernforordningen som en ufravikelig realitet i mange år fremover,¹⁸ kan jeg ikke forstå annet enn at en ny forvaltningslov i stor grad, eksplisitt må forholde seg til systematikk og begrepsbruk i forordningen. Veldig mye i offentlig forvaltning, involverer personopplysninger. Derfor bør en ny forvaltningslov forholde seg til relevante grunnbegreper i personvernforordningen. Dette bør minst gjelde en harmonisering mellom «noens personlige forhold» og «personopplysning». Dette kan f.eks. skje ved at § 33 endres til å lyde «Personopplysninger om noens personlige forhold er undergitt taushetsplikt» Dermed vil det fremgå klart at dette gjelder en underkategori av «personopplysninger» i PVF artikkel 4(1). Språklig sett vil «noens personlige forhold» uansett bli sett på som en personopplysning. Parallell, ikke harmonisert begrepsbruk vil lett skape forvirring. Det å prøve å etablere en konkurrerende kategori personopplysninger, i en digital forvaltning der personvernforordningen gjør at alt gjennomsyres av «personopplysning» i forordningens

¹⁶ Annet enn i mindretallsforslaget til § 11.

¹⁷ Se s. 596.

¹⁸ Personverndirektivet var i kraft i 23 år.

forstand, kan ikke bli vellykket, og vil gi unødvendige komplekse vurderinger i den videre digitaliseringen av offentlig forvaltning.

Jeg er den første til å innrømme at klargjøring av forholdet mellom en ny forvaltningslov og forordningen er en stor lovgivningsteknisk utfordring. Fordi vi ikke kan endre forordningen og er bundet av bestemmelsene, må sammenhengene tydeliggjøres i forvaltningsloven. Personvernforordningen har imidlertid en rekke bestemmelser som åpner for nasjonale regler. Dessuten er det flere muligheter til å skape sammenhenger mellom de to regelsettene der forordningen er «nøytral». For eksempel kan bestemmelsen om partsinnsyn (§ 45) utvides slik at også innsyn for den registrerte i PVF art. 15 blir synlig. Begge bestemmelser gjelder jo individuelle innsynsrettigheter og er aktuelle i samme situasjoner (en «part» vil alltid også være «registrert»). Slik sammenheng kan ikke synliggjøres i forordningen, men kan lett tas inn i forvaltningsloven. På lignende måte kan den veiledningsplikten for lovbestemt rett til innsyn som gikk tapt pga. forordningen,¹⁹ tas inn i forslaget til forvaltningslov § 14 om veiledningsplikt.

Jeg minner også om uttalelsen i nr. 8 i fortalen til personvernforordningen om at *«Når det i denne forordning fastsettes at det kan innføres presiseringer eller begrensninger av dens regler gjennom medlemsstatenes nasjonale rett, kan medlemsstatene, i den grad det er nødvendig av hensyn til sammenhengen og for å gjøre nasjonale bestemmelser forståelige for de personer de får anvendelse på, innarbeide elementer fra denne forordning i sin nasjonale rett.»* I dette ligger det en mulighet for f.eks. å ta inn enkeltelementer i forordningen i en ny forvaltningslov. Siden teksten i forordningen bryter radikalt med hva som språklig og regelteknisk kan regnes som klarspråk, antar jeg imidlertid at nevnte mulighet må brukes med stor forsiktighet.

Etter min mening bør et hovedgrep være å sette inn pedagogisk begrunnede bestemmelser uten selvstendig materielt innhold, for på den måten å etablere viktige sammenhenger mellom personvernforordningen og den nye forvaltningsloven. Dette bør dels skje ved hjelp av en generell bestemmelse som viser til betydningen av personvernforordningen. Dels bør det også gis henvisninger der de to regelverkene gir regler om samme type spørsmål som må tas stilling til i forvaltningsprosessen. For eksempel vil forvaltningen både være bundet av krav til språk i PVF art. 12(1) og forslag til forvaltningslov § 8. I stedet for å ta elementer av artikkel 12(1) inn i § 8, bør § 8 vise til artikkel 12(1). Lignende henvisninger bør være aktuelt på flere punkter.

8 Avslutning

Her har jeg bare kort kommentert noen utvalgte spørsmål vedrørende bestemmelser om digital forvaltning i NOU 2019: 5. Dessverre er manglende store og det systematiske grunnlaget og forståelsen for en fornyet regulering er ikke tilfredsstillende. Departementet bør derfor bruke noe tid på å «tenke fra grunnen av». Samtidig er det viktig å ikke la det gå

¹⁹ Se den personopplysningsloven 2000, § 6 annet ledd (nå opphevet).

for lang tid. Både hensynet til effektiv forvaltning og rettssikkerhet i en tid med nye arbeidsmåter og høy grad av automatisering, tilsier så rask lovgivningsprosess som forsvarlig.

Det er til slutt viktig å understreke at lovgivning sjelden er et tilstrekkelig virkemiddel alene, og at rettslig regulering med måte og klokskap er avgjørende. Ofte vil nettopp hensiktsmessige kombinasjoner av lovkrav og andre virkemidler være avgjørende: Loven kan f.eks. kreve *at* det rettslige innholdet i automatiserte beslutningssystemer skal være basert på spesifikasjoner som sikrer rettsriktige avgjørelser og ivaretar hensynet til kontradiksjon. Lovgiver trenger ikke – og bør ikke – spesifisere *hvordan* dette skal skje. Lovgivning som forutsetter og/eller påbyr egenaktiviteter i forvaltningen for å operasjonalisere lovkravene, vil dessuten sannsynligvis ha bevisstgjørende og kompetanseutviklende effekter. Slike effekter kan ha vel så store rettssikkerhetsmessig effekter som lovkravet selv.