



Justis- og beredskapsdepartementet
(Levert elektronisk på www.regjeringen.no)

Deres referanse: 19/2580 EO TRR/bj
Vår referanse: 2019/318
Dato: 02/12/2019

Høringsvar – NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov

1. Innledning

1.1. NIMs rolle

Vi viser til høringsbrev fra Justis- og beredskapsdepartementet av 3. juni 2019 der Forvaltningslovutvalgets utredning NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov sendes på høring.

Norges institusjon for menneskerettigheter (NIM) har som hovedoppgave å fremme og beskytte menneskerettighetene i tråd med Grunnloven, menneskerettsloven og den øvrige lovgivning, internasjonale traktater og folkeretten for øvrig, jf. lov om Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter § 1 annet ledd. NIM skal blant annet gi råd til regjeringen og andre offentlige organer om gjennomføringen av menneskerettighetene, jf. § 3 første ledd bokstav b. I dette ligger det særlig at NIM skal komme med innspill i lovgivningsprosesser som berører menneskerettighetene, jf. Innst. 2016 L (2014–2015) s. 3.

NIMs rolle er primært å vurdere av hvordan det foreslåtte lovforslaget forholder seg til Norges menneskerettslige forpliktelser. Det er i utgangspunktet ikke NIMs oppgave å uttale seg om hensiktsmessigheten av forslaget.

1.2. Noen overordnede utgangspunkter for vårt innspill

Forvaltningslovutvalget har gitt en kort oversikt over menneskerettslige føringer for lovarbeidet i kapittel 7. Som utvalget er inne på i relasjon til Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK), er utgangspunktet at menneskerettighetene primært stiller krav til innholdet i forvaltningens avgjørelser, ikke til saksbehandlingen.¹ Dette gjør at det bare er begrensede deler av utredningen der det er relevant for NIM å vurdere forslagene opp mot Norges menneskerettslige forpliktelser.

¹ NOU 2019: 5 Ny forvaltningslov (heretter «utredningen») s. 117.

Samtidig vil vi fremheve at menneskerettighetene bør synliggjøres i større grad i en ny forvaltningslov. Vi kommer tilbake til dette i punkt 2, men utgangspunktet for dette perspektivet er at forvaltningen spiller en nøkkelrolle for ivaretagelsen av menneskerettighetene. Selv om Stortinget har et viktig ansvar for å utforme sektorlovgivningen innenfor menneskerettighetenes rammer, vil lovgivningen uansett legge opp til en større eller mindre grad av rettslig og faktisk skjønn på forvaltningens hånd.² I mange tilfeller er det nettopp her, når forvaltningen i det daglige skal anvende generelle rettsregler i konkrete møter med enkeltindivider, at menneskerettighetene kan realiseres – eller krenkes. NIM mener derfor det er praktisk og pedagogisk viktig at forvaltningens ansvar for å ivareta menneskerettighetene presiseres og synliggjøres overfor offentlige tjenstepersoner. Forvaltningsloven, som brukes i det daglige i langt større grad enn for eksempel Grunnloven og menneskerettsloven, er etter vårt syn et godt egnet sted for flere slike «påminnelser».

Vi vil særlig påpeke at dagens lovverk med fordel kunne tydeliggjort at kommunene har en plikt til å respektere og sikre menneskerettighetene.³ NIM har i ulike sammenhenger erfart at det er lav bevissthet om kommunenes menneskerettslige forpliktelser, tidvis også at enkelte bestrider at et slikt ansvar i det hele tatt foreligger.⁴

2. Synliggjøring av menneskerettighetene i forvaltningsloven

2.1. Henvisning til menneskerettighetene i lovens formålsbestemmelse

Forvaltningslovutvalget foreslår en formålsbestemmelse i lovens § 1. I forslaget lyder § 1 første ledd som følger: «Loven skal legge til rette for at forvaltningens saksbehandling er god, tillitskapende og effektiv. Den skal ivareta hensynet til den enkelte og til samfunnet.»

Utvalget har begrunnet forslaget med at en slik bestemmelse kan ha rettslig betydning ved å angi retning eller føringer for tolkningen av lovens øvrige bestemmelser, at den gi veiledning for forvaltningens skjønnsutøvelse og at den kan ha en pedagogisk funksjon som en verdimerking.⁵ NIM er enig i disse vurderingene. Vi mener imidlertid de taler for at departementet også bør vurdere om formålsbestemmelsen bør inkludere en henvisning til menneskerettighetene.

² Om ulike typer skjønsmessige vurderinger, se Hans Petter Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015, s. 234–236. Med «skjønn» sikter vi altså her til noe videre enn det som ofte går under rubrikken «fritt forvaltningsskjønn»

³ NIM spilte inn dette synspunktet overfor Kommunal- og moderniseringsdepartementet i vår høringsuttalelse av 6. oktober 2016 til NOU 2016: 4 Ny kommunelov. Tilgjengelig på www.nhri.no. NIMs forslag til en henvisning til menneskerettighetene i kommuneloven § 1-1 andre ledd ble ikke fulgt opp i det videre lovgivningsarbeidet.

⁴ Om kommunenes menneskerettslige forpliktelser, se Michael Reiertsen, «EMK og kommunene», 2015 nr. 7 *Lov og Rett* s. 414–431, særlig punkt 1.2 og 2.1.

⁵ Utredningen s. 148.

For det første mener vi at forvaltningsloven – som på sett og vis er «kjerneloven» for hele den utøvende statsmakt – bør reflektere den sentrale stillingen menneskerettighetene har i det norske rettssystemet og det norske samfunnet i dag. Her har det skjedd en betydelig og grunnleggende rettsutvikling siden forvaltningsloven ble vedtatt i 1967. Menneskerettighetenes særskilte stilling kommer nå til uttrykk verdimesig i Grunnloven § 2 andre punktum og rettslig i kapittel E om menneskerettigheter, jf. særlig § 92.

For det andre tilsier ønsket om en praktisk-pedagogisk funksjon at menneskerettighetene bør synliggjøres. Rettskildemessig er en slik henvisning strengt tatt ikke påkrevet – alle plikter uansett å tolke og anvende eksisterende lovverk i overensstemmelse med Grunnloven, og menneskerettslovens inkorporerte konvensjoner har forrang, jf. § 3. Likevel mener NIM at en slik formålsbestemmelse vil sende et tydelig og viktig signal og på den måten kunne bidra til god menneskerettslig etterlevelse i praktisk forvaltning, på alle nivåer, herunder fylkeskommunalt og kommunalt nivå. Dette er ikke minst av betydning fordi kunnskapen om menneskerettigheter kan være høyst varierende mellom ulike forvaltningsorganer.

For det tredje har den nære sammenhengen mellom forvaltningens virksomhet og menneskerettighetene allerede har fått et uttrykk i sivilombudsmannslovens formålsparagraf. I § 3 heter det at Sivilombudsmannen skal «søke å sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene».

Vi ber av disse grunner departementet om å vurdere å inkludere en henvisning til menneskerettighetene i formålsparagrafen. Denne bestemmelsen kunne da for eksempel sett slik ut (endringer i kursiv):

«Loven skal legge til rette for at forvaltningens saksbehandling er god, tillitskapende og effektiv. Den skal ivareta hensynet til den enkelte og til samfunnet, *og bidra til at offentlig forvaltning respekterer og sikrer menneskerettighetene.*»

2.2. Utredning og høring ved forskriftsarbeid

Utvalget foreslår å regulere saksbehandlingen ved forskriftsarbeid i lovens kapittel 14. Det foreslås blant annet bestemmelser om utredningsplikt (§ 86), om offentlig kunngjøring ved oppstart av forskriftsarbeid (§ 87) og om høringer (§ 88). Dels dreier det seg om videreføring fra den nåværende loven, dels om justeringer og endringer.

I forslaget § 86 om utredningsplikt heter det i første ledd at forvaltningsorganet skal «utrede behovet for forskriften, alternative tiltak og virkninger som forskriften vil ha for allmenne og private interesser som den vil berøre.» Andre ledd regulerer omfanget av

utredningen. Omfanget skal «tilpasses sakens viktighet for berørte allmenne og private interesser og behovet for en rask avgjørelse».⁶

NIM vil understreke viktigheten av at både statlige og kommunale forvaltningsorganer foretar grundige vurderinger av menneskerettslige spørsmål i sitt forskriftsarbeid, der det er relevant. En rekke forskrifter berører ulike menneskerettighetsområder.⁷ En grundig utredning av menneskerettighetsspørsmål vil styrke offentlige myndigheters forutsetninger for å ivareta sin forpliktelse til å respektere og sikre menneskerettighetene, jf. Grunnloven § 92. Synliggjøring av slike grundige utredninger er også relevant for den konvensjonskontroll EMD foretar av hvorvidt nasjonale myndigheter faktisk har vurdert relevante menneskerettslige prinsipper i sine beslutningsprosesser.⁸

I lys av dette anbefaler NIM at § 86 første ledd endres slik at det eksplisitt fremgår at forvaltningen skal utrede menneskerettslige spørsmål i forbindelse med forskriftsarbeid. Vi viser også til tidligere anbefalinger om å innta plikten til å utrede menneskerettslige spørsmål i Utredningsinstruksen, der vi har redegjort nærmere for behovet for en slik tydeliggjøring.⁹

Utvalget foreslår også en regulering av høringsfrister i § 88 andre ledd. Høringsinstituttet står helt sentralt i et deliberativt demokrati og gir også offentlige myndigheter et bedre beslutningsgrunnlag. Gode høringsprosesser, der ulike aktører med forskjellig kunnskap og perspektiver får komme med innspill til forskriftsarbeidet, reduserer risikoen for å vedta regelverk som er i strid med menneskerettighetene.

NIM har, i likhet med flere andre aktører, ved flere anledninger påpekt at det i en del tilfeller settes høringsfrister som er for korte i lys av sakens kompleksitet.¹⁰ Vi er derfor positive til formuleringene i forslaget § 88 andre ledd andre og tredje punktum, der det heter at høringsfristen «skal tilpasses forskriftens omfang og betydning» og at fristen «bør settes slik at høringsinstansene får en reell mulighet for medvirkning». Vi er imidlertid usikre på om forskjellen mellom en «skal»-forpliktelse og en «bør»-forpliktelse i

⁶ I dag er forvaltningens utredningsplikt i forbindelse med forskriftsarbeid regulert av forvaltningsloven § 37 og, for statlige organer sin del, av Utredningsinstruksen (FOR-2016-02-19-184).

⁷ Se for eksempel Forskrift om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern m.m. (FOR-2011-12-16-1258), Forskrift om kommunikasjonskontroll, romavlytting og dataavlesing (FOR-2016-09-09-1047), Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (FOR-2009-10-15-1286) og Forskrift om rettigheter og bruk av tvang under opphold i barneverninstitusjon (FOR-2011-11-15-1103). På kommunalt nivå kan eksempelvis ordensreglementer i skolen og forskrifter som regulerer kommunale helse- og omsorgstjenester berøre menneskerettighetsspørsmål.

⁸ Om utviklingen i EMDs tilnærming de senere årene – hvor domstolen på en del områder har beveget seg mer i retning av en mer prosessorientert kontroll –, se Robert Spano, «The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law», 2018 *Human Rights Law Review* s. 473–494, særlig punkt 4.

⁹ Se NIMs årsmelding 2016, s. 20–21 og NIMs årsmelding 2017, s. 19–20. Tilgjengelig på www.nhri.no.

¹⁰ Se for eksempel nylig i vår høringsuttalelse av 5. juli 2019 til Barne- og familiedepartementets forslag til ny barnevernslow, punkt 1.2. Se mer generelt NIMs årsmelding 2016, s. 20–21. Tilgjengelig på www.nhri.no.

henholdsvis andre og tredje punktum er tilsiktet og er ment å ha rettslig betydning, og hva som eventuelt er begrunnelsen for en slik forskjell.

I § 88 andre ledd fjerde punktum foreslås det også en normalfrist på to måneder.¹¹ Som utvalget selv er inne på vil forslaget for statsforvaltningens del innebære en kortere normalfrist enn det som følger av Utredningsinstruksen § 3-3, der normalfristen er tre måneder. Utvalget er inne på at dette kan by på betenkeligheter, men argumenterer for at tremånedersfristen er for lang for mange mindre forskrifter, ikke minst på kommunalt nivå.¹² NIM antar at en normalfrist på to måneder vil være tilstrekkelig i forskriftssaker, men understreker viktigheten av at forvaltningen praktiserer regelen i samsvar med føringen i tredje punktum om en reell medvirkningsmulighet for høringsinstansene. Vi mener det er positivt at dette er spesifisert i spesialmerknadene.¹³

2.3. Kort om synliggjøring av den urfolksrettslige konsultasjonsplikten som saksbehandlingskrav

Myndighetene har en menneskerettslig plikt til å konsultere samene i saker som kan påvirke samiske interesser. Plikten følger av blant annet FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 27 og ILO-konvensjon nr. 169 om urfolk og stammefolk i selvstendige stater artikkel 6.¹⁴

Det pågår for øyeblikket et arbeid med å lovfeste konsultasjonsplikten i et nytt kapittel i sameloven. Kommunal- og moderniseringsdepartementet sendte nylig et lovforslag på høring som har høringsfrist 29. februar 2020.¹⁵

NIM antar at det ikke er aktuelt å innta konsultasjonsplikten direkte i en ny forvaltningslov, men mener det er viktig for forvaltningen å ha kjennskap til og bevissthet om denne saksbehandlingsregelen. NIM mener av den grunn det er positivt at konsultasjonsplikten er omtalt i utredningens punkt 7.4.5. Den er også henvist til helt kort under punkt 31.3 om gjeldende rett for saksbehandling ved utarbeiding av forskrifter. Vi

¹¹ Vi vil gjøre oppmerksom på at når bestemmelsen sier at fristen som hovedregel bør være på «minst» to måneder, er det mulig å lese den som en minstefrist (med mulighet for unntak hvis det foreligger «særlige grunner»). Utvalget var tydelige på at de ikke ønsket en minstefrist, men en normalfrist, se utredningens s. 501.

¹² Se utredningen s. 501.

¹³ Se utredningen s. 630.

¹⁴ Se blant annet HR-2017-2428-A, avsnitt 72 og HR-2018-456-P, avsnitt 178 f. Konsultasjonsplikten er nærmere omtalt i NIMs årsmelding 2018, s. 69 f. Tilgjengelig på www.nhri.no.

¹⁵ Se høringsbrev av 29. november 2019. Forslaget som er sendt på høring ble opprinnelig lagt frem som lovforslag for Stortinget høsten 2018, se Prop. 116 L (2017–2018). NIM leverte et skriftlig innspill til Stortingets kommunal og forvaltningskomité av 14. januar 2019, der vi stilte oss positive til en lovfesting av konsultasjonsplikten. Dokumentet ligger tilgjengelig på www.nhri.no. I sin behandling av forslaget ba Stortinget regjeringen sende forslaget ut på alminnelig høring før saken fremmes for Stortinget til ny behandling, se sak 4, 9. mai 2019 (vedtak 507 og 508), og den forutgående innstillingen fra Kommunal- og forvaltningskomiteen (Innst. 253 L (2018–2019)).

vil imidlertid understreke at konsultasjonsplikten gjelder som et saksbehandlingskrav i *alle* typer saker som kan påvirke samiske interesser, og ikke bare i forskriftssaker. Vi mener derfor departementet bør presisere i forarbeidene at konsultasjonsplikten også er relevant ved saksforberedelse før det treffes enkeltvedtak, jf. det som i utvalgets lovutkast er § 44.

3. Forvaltningens informasjonsbehandling

3.1. Menneskerettslige utgangspunkter

Forvaltningens informasjonsbehandling befinner seg i et spenningsfelt mellom flere kryssende rettigheter og hensyn. På den ene siden skal informasjonsbehandlingen respektere og sikre den enkeltes rett til privatliv, jf. særlig Grunnloven § 102, EMK artikkel 8 og SP artikkel 17. På den andre siden må dette balanseres både mot ytrings- og informasjonsfriheten, jf. særlig Grunnloven § 100, EMK artikkel 10 og SP artikkel 19, og behovet for informasjonsdeling mellom forvaltningsorganer.¹⁶

For taushetspliktsreglene kommer det som et tilleggsmoment at brudd på taushetsplikten er straffbart etter straffeloven §§ 209 og 210. Bestemmelsene definerer ikke selv innholdet i taushetsplikten, men henviser til taushetsplikt «i henhold til lovbestemmelse eller forskrift».¹⁷ For å ivareta det strafferettslige lovkravet etter Grunnloven § 96, EMK artikkel 7 og SP artikkel 15, må disse reglene være klare, presise og tilgjengelige.¹⁸ Et oversiktlig regelverk kan også rent faktisk være av stor betydning for informasjonsfriheten, fordi man kan tenke seg at forvaltningsansatte ved usikkerhet vil anvende reglene med en sikkerhetsmargin for å unngå straffansvar for brudd på taushetsplikten.

NIM er overordnet positiv til måten taushetspliktsreglene er utformet på i lovforslagets kapittel 5. Forslaget fremstår som mer klart, presist og tilgjengelig enn den nåværende reguleringen i forvaltningsloven §§ 13 f. Vi har likevel enkelte anbefalinger til ulike sider av regelverket (punkt 3.2–3.3). I tillegg har vi noen innspill til forslaget om regulering av helautomatisert saksbehandling (punkt 3.4).

3.2. Avveiningen mellom taushetsplikt og innsynsrett i saker av allmenn interesse

¹⁶ I noen tilfeller kan man til og med tenke seg at det er en menneskerettslig *plikt* til å dele informasjon mellom forvaltningsorganer, for eksempel for å sikre retten til liv, se *Tagayeva m.fl. v. Russland*, 13. april 2017, avsnitt 481–493. Et eksempel på en sentral bestemmelse om opplysningsplikt i norsk lovverk er barnevernloven § 6-4. For øvrig er det andre kryssende hensyn og problemstillinger vi ikke går nærmere inn på her, for eksempel den enkeltes rett til innsyn i opplysninger om seg selv.

¹⁷ Dette fremgår av § 209 første ledd. Det følger for øvrig av andre ledd at også brudd på taushetsplikt som følger av gyldig instruks for tjeneste eller arbeid for statlig eller kommunalt organ er straffbart.

¹⁸ Se HR-2018-1650-A, avsnitt 36–37 med videre henvisninger.

Som utvalget er inne på i punkt 19.12.7, kan det oppstå tilfeller der beskyttelsen av personlige opplysninger må avveies mot allmennhetens innsynsrett. En slik innsynsrett er forankret i informasjonsfriheten i Grunnloven § 100 og EMK artikkel 10.¹⁹ NIM vil fremheve at pressens innsynsrett i offentlige dokumenter har fått et sterkere vern i EMDs og Høyesteretts praksis etter EMK artikkel 10 de senere årene. Dette er en rettsutvikling som i begrenset grad er omtalt i utredningen.

I Treholt-kjennelsen fra 2013, som omhandlet pressens rett til innsyn i lydopptak fra hovedforhandlingen i straffesaken mot Arne Treholt i 1985, uttalte Høyesterett følgende:

Pressen har en anerkjent og viktig funksjon som vokter av blant annet organer og personer som utøver offentlig myndighet [...]. Dette er også fremhevet av EMD, blant annet i Tarsasag-saken, der funksjonen som «watchdog» trekkes frem i avsnitt 26.²⁰

I Oslo legevakt-dommen, der Høyesterett med grunnlag i EMK artikkel 10 kom til at pressen hadde krav på å få utlevert opptak fra overvåkningskameraer i en avsluttet straffesak, påpekte Høyesterett at EMD i avgjørelser om pressens og presselignende organisasjoners innsynsrett viser til «pressens rolle som “public watchdog” og om retten til “access” til foreliggende informasjon».²¹ Etter at disse avgjørelsene ble avsagt har det kommet enda flere avgjørelser fra EMD der innsynsretten for pressen og andre aktører som rapporterer om saker av allmenn interesse har blitt gitt et sterkt vern. En helt sentral storkammeravgjørelse fra 2016, som utvalget også omtaler, er *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn*. Her uttalte EMD blant annet følgende:

The manner in which public watchdogs carry out their activities may have a significant impact on the proper functioning of a democratic society. It is in the interest of democratic society to enable the press to exercise its vital role of “public watchdog” in imparting information on matters of public concern (see *Bladet Tromsø and Stensaas*, cited above, § 59), just as it is to enable NGOs scrutinising the State to do the same

¹⁹ Også Grunnloven § 100 femte ledd første punktum gir rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter. I andre punktum heter det at det i lov kan fastsettes begrensninger i denne rett ut fra hensyn til personvern og av andre tungtveiende grunner. I utgangspunktet antar vi at bestemmelsen legger visse skranker for hvilken avveining lovgiver kan foreta mellom innsynsrett og taushetsplikt. I forarbeidene heter det for eksempel at ordlyden «legger opp til relativt strenge vilkår for unntak, men det vil være atskillig rom for Stortinget til å presisere hva dette innebærer.», se St.meld. nr. 26 (2003–2004) s. 148. Flertallet i Kontroll- og konstitusjonskomiteen sluttet seg til departementets tilråding, se Innst. S. nr. 270 (2003–2004) punkt 6.3. I Rt. 2015 s. 1467 omtales § 100 som «en rettesnor ved tolkningen av bestemmelser som begrenser retten til innsyn [...]». Vi går ikke nærmere inn på spørsmålet, og vurderer problemstillingen opp mot EMK artikkel 10 i det følgende.

²⁰ Se Rt. 2013 s. 374, avsnitt 50. Kjennelsen er kort omtalt på s. 281 i utredningen. Henvisningen i Høyesteretts sitat er til *Társaság v. Ungarn* (37374/05), som er en av de grunnleggende avgjørelsene på området.

²¹ Rt. 2015 s. 1467, avsnitt 57.

thing. Given that accurate information is a tool of their trade, it will often be necessary for persons and organisations exercising watchdog functions to gain access to information in order to perform their role of reporting on matters of public interest. Obstacles created in order to hinder access to information may result in those working in the media or related fields no longer being able to assume their “watchdog” role effectively, and their ability to provide accurate and reliable information may be adversely affected (see *Társaság*, cited above, § 38).²²

Dommen klargjør kriteriene og retningslinjene for pressens og presselignende organisasjoners innsynsrett i offentlige dokumenter.

Utvalget har drøftet flere ulike modeller for å ivareta hensynet til informasjonsfriheten. Den foreslåtte løsningen er en unntaksbestemmelse i § 36 andre ledd bokstav d), der det heter at taushetsplikten ikke er til hinder for at opplysningene deles med «andre så langt det er nødvendig for å unngå fare for liv eller helse eller for å unngå vesentlig skade eller tap». Denne bestemmelsen og unntaket i § 35 første ledd bokstav a) for opplysninger som er «alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelige, eller som det for øvrig ikke er grunn til å holde hemmelig» vil ifølge utvalget samlet sett «antakelig dekke de fleste av de tilfellene som omfattes av EMK artikkel 10.»²³

Utvalget har ikke gjort noen egentlig vurdering av de kriteriene og retningslinjene EMD har trukket opp i sin praksis, og NIM er usikre på om § 36 andre ledd bokstav d) slik den er utformet vil være egnet til å ivareta hensynet til informasjonsfriheten etter EMK artikkel 10. Informasjonsfriheten skal typisk verne om journalistisk virksomhet og andre former for informasjonsspredning som kan bidra til offentlig debatt.²⁴ Slik NIM vurderer det vil unntaket i bokstav d) antakelig være for snevert utformet til å fange opp de fleste slike tilfeller.²⁵

NIM anbefaler derfor at departementet i det videre lovarbeidet tilpasser bestemmelsen til de kriteriene og de retningslinjene EMD opererer med.

For øvrig mener vi det kan være verdt å vurdere om systematikken i lovverket tilsier at en slik bestemmelse – som i realiteten er en innsynsbestemmelse – bør plasseres i

²² *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn* (18030/11), avsnitt 167. Selv om det ungarske regelverket var annerledes enn taushetspliktsbestemmelsene i norsk lovgivning, er ikke NIM enig i utvalgets betraktning på s. 281 om at «[d]enne avgjørelsen [...] ikke i seg selv [er] særlig relevant for norske forhold [...]».

²³ Utredningen s. 300.

²⁴ *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn*, avsnitt 158 og 164.

²⁵ Som en illustrasjon ville Oslo legevakt-saken (Rt. 2015 s. 1467) og Treholt-kjennelsen (Rt. 2013 s. 374) neppe vært omfattet av ordlyden i bokstav d). Disse sakene ble riktig nok vurdert opp mot andre regelverk, men poenget i denne sammenheng er å illustrere det typiske anvendelsesområdet for informasjonsfrihetens vern.

offentleglova, for eksempel i § 13.²⁶ Vi understreker at dette er et hensiktsmessighetsspørsmål, og ikke noe som menneskerettighetene gir føringer for.

3.3. Taushetsplikstens omfang og forholdet til EMK artikkel 8

For personrelaterte opplysninger har utvalget foreslått en hovedregel i § 33 første ledd om at «[o]pplysninger om noens personlige forhold er undergitt taushetsplikt». Bestemmelsens andre ledd angir eksempler på hva som typisk vil være «personlige forhold». I tredje ledd er det foreslått følgende begrensning:

«Taushetsplikten omfatter ikke opplysninger om fødselsnummer, statsborgerskap, bosted, sivilstand, yrke, arbeidsgiver eller arbeidssted. Det samme gjelder opplysninger om straffbare forhold i verv eller ledende stilling i offentlig tjeneste.»

Materielt sett er forslaget et godt stykke på vei en videreføring av nåværende § 13, selv om det er noen endringer.

Fra et menneskerettslig perspektiv oppstår det et spørsmål om hvorvidt opplysningskategoriene som er foreslått unntatt etter tredje ledd, eller i hvert fall enkelte av dem, kan falle inn under privatlivsbeskyttelsen i EMK artikkel 8 første ledd.²⁷ Utredningen inneholder ikke noen konkret drøftelse av spørsmålet. Dersom en opplysning faller inn under privatlivsbeskyttelsen i artikkel 8, vil deling av informasjonen, enten offentlig eller med andre forvaltningsorganer, være et inngrep i denne rettigheten. Et slikt inngrep krever lovhjemmel, at delingen ivaretar et legitimt formål og at den er forholdsmessig, jf. artikkel 8 andre ledd.²⁸ En praktisk problemstilling er at dersom en opplysning ikke er underlagt taushetsplikt vil forvaltningen ha en plikt til å gi offentligheten innsyn, jf. Grunnloven § 100 femte ledd og offentliglova § 3, med mindre opplysningen faller inn under en av de mer spesifikke unntakshjemlene i §§ 14 f.²⁹ Ettersom innsynsreglene ikke åpner for noen konkrete forholdsmessighetsvurderinger, er det viktig at man på lovgivningsnivå finner en riktig balanse.

EMD har ved flere anledninger uttalt at «the concept of 'private life' is a broad term not susceptible to exhaustive definition».³⁰ Domstolen har videre understreket at privatlivsbegrepet skal tolkes vidt, og har i den forbindelse vist til Europarådets personvernkonvensjon fra 1981, som har en identisk definisjon av «personopplysninger»

²⁶ For ordens skyld har utvalget foreslått å endre navnet på offentliglova til innsynslova, se nærmere om dette utredningens punkt 22.4.5.

²⁷ Det tilsvarende spørsmålet oppstår i relasjon til Grunnloven § 102. Vi begrenser oss i det følgende til EMK artikkel 8, som § 102 uansett skal tolkes i lys av, jf. Rt. 2015 s. 93, avsnitt 57.

²⁸ Se *M.S. mot Sverige* (20837/92), avsnitt 31–44.

²⁹ En type opplysning som er positivt unntatt taushetsplikten i den foreslåtte § 33 tredje ledd, men der det er adgang til å nekte innsyn, er fødselsnummer, jf. offl. § 26 femte ledd.

³⁰ Se *Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy v. Finland* (931/13), avsnitt 129, med videre henvisninger.

som EUs personvernforordning (GDPR) artikkel 4 nr. 1.³¹ NIM kjenner ikke til rettspraksis der EMD tar stilling til hvorvidt deling av den typen opplysninger det er snakk om her er omfattet av privatlivsbeskyttelsen.³² Det er imidlertid verdt å merke seg at skatteopplysninger angår privatlivet etter artikkel 8, noe som illustrerer at terskelen etter første ledd kan være lav.³³

NIM antar at spørsmålet om hvorvidt en opplysning fra de opplysningskategoriene det er snakk om faller inn under privatlivsvernet i artikkel 8 vil kunne variere ut ifra konkrete omstendigheter.³⁴ Mens opplysninger om bosted som en klar hovedregel neppe vil være omfattet, vil dette stille seg annerledes dersom personen har adresse i et fengsel eller en psykiatrisk institusjon.³⁵ Det samme kan gjelde barn på barnevernsinstitusjon. Et annet eksempel er at opplysninger om arbeidsgiver og arbeidssted kan være sensitivt for en person som jobber i en vernet bedrift.

I lys av dette vil NIM anbefale at man velger en annen reguleringsteknikk enn den utvalget har foreslått. Etter vårt syn er dagens § 13 andre ledd mer hensiktsmessig utformet, fordi det der er lagt inn en reservasjon for de tilfellene hvor opplysningene «røper et klientforhold eller andre forhold som må anses som personlige.» En slik regulering åpner for mer nyanserte vurderinger, og er slik sett bedre egnet til å ivareta EMK artikkel 8, særlig ved innsynsbegjæring etter offentleglova. Et alternativ kan være å fjerne opplistingen av unntak, men dette vil i så fall gi mindre veiledning til de som skal håndheve reglene.³⁶

Vi vil for ordens skyld legge til at vårt innspill om å gi taushetsplikten et videre omfang må ses i sammenheng med anbefalingen i punkt 4.2 om å vedta en unntaksbestemmelse som er i tråd med EMDs praksis om innsynsrett etter EMK artikkel 10.

Avslutningsvis vil NIM helt kort nevne et aspekt knyttet til taushetsplikten omfang som det kan være verdt å ta i betraktning i departementets videre arbeid. Ved partsinnsyn i sakens dokumenter vil nemlig parter, partsrepresentanter og vitner som får tilgang til opplysninger som er undergitt taushetsplikt, selv få taushetsplikt, jf. forslaget § 37. Når

³¹ Se *Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy v. Finland*, avsnitt 133, med videre henvisning.

³² EMD har riktig nok ansett navn og sivilstatus som beskyttet under EMK artikkel 8 første ledd, men da i andre relasjoner. Se for eksempel *Johansson v. Finland* (10163/02), avsnitt 28, om at foreldres valg av barns navn er beskyttet av EMK artikkel 8 første ledd. Se videre *Dadouch v. Malta* (38816/07), avsnitt 48, om at offisiell registrering av et ekteskap berører beskyttede privatlivsinteresser. Disse avgjørelsene har slik NIM ser det ikke noen direkte overføringsverdi til spørsmålet her.

³³ Se *Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy v. Finland*, avsnitt 138.

³⁴ Se i denne retning *Magyar Helsinki Bizottság v. Ungarn* (18030/11), avsnitt 193.

³⁵ Eksempelet er hentet fra Justis- og politidepartementet, «Rettleier til offentleglova», 2009, s. 79.

³⁶ Utvalgets begrunnelse for å fjerne reservasjonen i dagens § 13 andre ledd er at «[h]vis man uansett må vurdere konkret om opplysningen gjelder et personlig forhold eller ikke, er det lite vunnet med en særregulering.», se s. 286. En alternativ synsmåte er at en særregulering med en sikkerhetsventil gir veiledning til de som skal praktisere regelverket, samtidig som man ivaretar behovet for mer nyanserte vurderinger i unntakstilfeller. NIM har allikevel ingen synspunkter på hvorvidt man bør velge en slik løsning eller fjerne hele opplistingen av unntak.

det gjelder vurderingen av om for eksempel fødselsnummer skal være underlagt taushetsplikt, vil dette kunne være et relevant moment å ha med seg.³⁷

3.4. Helautomatisert saksbehandling

Utvalget har foreslått å regulere helautomatisert saksbehandling i § 11. I korte trekk foreslår utvalgets *flertall* at hjemmel for å treffe vedtak ved helautomatisert saksbehandling må vedtas i forskrift, unntatt i saker som er «lite inngripende overfor den enkelte» – for disse tilfellene er § 11 selv rettsgrunnlag. *Mindretallet* foreslår på sin side at § 11 skal fungere som en generell hjemmel for automatisert saksbehandling, med visse vilkår og garantier som må være oppfylt for at slik behandling skal være tillatt.

Som utvalget har gitt en oversikt over, har helautomatisert saksbehandling både potensielle fordeler og ulemper. Fra et menneskerettslig perspektiv kan helautomatisert saksbehandling ha den positive effekt at den bidrar til større grad av likhet for loven, sml. blant annet Grunnloven § 98 og SP artikkel 26. Samtidig kan slik saksbehandling reise personvernspørsmål, og videre kan fraværet av menneskelig involvering i saksbehandlingen skape rettssikkerhetsutfordringer – herunder på områder der enkeltpersoners menneskerettigheter berøres.³⁸

NIM er ikke kjent med rettspraksis fra EMD som omhandler helautomatisert saksbehandling. Domstolen har imidlertid i relasjon til artikkel 8 uttalt at en stat som inntar en «pioneer role in the development of new technologies bears special responsibility for striking the right balance in this regard».³⁹ Generelt mener NIM det er viktig at myndighetene er oppmerksomme og har et føre var-perspektiv på potensielle menneskerettslige utfordringer som kan oppstå når forvaltningen skal digitaliseres.⁴⁰

For reguleringen av helautomatisert behandling av personopplysninger er antakelig GDPR artikkel 22 et nærliggende utgangspunkt for en menneskerettslig tilnærming.⁴¹

³⁷ Spørsmålet om fødselsnummer er drøftet av utvalget på s. 284–285. Poenget med at parter m.fl. som får innsyn blir underlagt taushetsplikt er ikke nevnt.

³⁸ Diskusjoner som fulgte i kjølvannet av Justis- og beredskapsdepartementets høringsnotat om bruk av automatiserte avgjørelser i utlendingsforvaltningen viser at det kan være ulike synspunkter på hvordan rettssikkerheten ivaretas ved slik saksbehandling. Se høringsnotat av 3. juli 2019 om endringer i utlendingsforskriften – behandling av personopplysninger, bruk av automatiserte avgjørelser m.m. Tilgjengelig på www.regjeringen.no. Om diskusjonene, se for eksempel Åse Brandvold, «Vil ha flere robotvedtak», *Klassekampen* 27. september 2019 og Åse Brandvold, «– Mennesker kan gjøre feil», *Klassekampen* 28. september 2019.

³⁹ *S. og Marper v. Storbritannia* (30562/04 og 30566/04), avsnitt 112. Direkte gjaldt uttalelsen bruk av DNA-databaser.

⁴⁰ For nærmere om dette, se også NIMs innspill av 1. august 2019 til regjeringens arbeid med strategi for kunstig intelligens. Tilgjengelig på www.nhri.no

⁴¹ Som nevnt ovenfor viser EMD ofte til Europarådets personvernkonvensjon. I *Satakunnan Markkinapörssi Oy og Satamedia Oy v. Finland*, avsnitt 133, uttaler domstolen at konvensjonen «underpins» det tidligere personverndirektivet, som var forløperen til GDPR.

Bestemmelsen gir den enkelte rett til ikke å være gjenstand for helautomatisert behandling av personopplysninger som har rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i betydelig grad påvirker vedkommende, jf. første ledd.⁴² Den lister så opp visse unntak i andre ledd. For disse unntakene presiserer tredje ledd at visse rettssikkerhetsgarantier må være på plass, mens fjerde ledd inneholder begrensninger for helautomatisert behandling av sensitive personopplysninger.

NIM har ikke noe bestemt synspunkt på om man bør gå for flertallets eller mindretallets forslag, eventuelt en alternativ regulering. Vi anbefaler imidlertid at dersom man velger å gå for flertallets forslag, så bør lovhjemmelen presisere at visse rettssikkerhetsgarantier må være på plass ved helautomatisert saksbehandling. Dette kan for eksempel gjøres ved at man føyer til siste punktum i mindretallets forslag, der det heter at «[b]ehandlingen må sikre partens krav til forsvarlig saksbehandling og være forenlig med retten til vern av personopplysninger.» En slik pedagogisk henvisning er av særlig betydning fordi forslaget ikke bare er en forskriftshjemmel, men også – i «lite inngripende» saker – et selvstendig rettsgrunnlag for den helautomatiserte saksbehandlingen. I lys av GDPR artikkel 22 nr. 3 bør det i det minste være en henvisning til rettssikkerhetsgarantier, som så eventuelt kan presiseres og utdypes i forarbeider, forskrift og/eller rundskriv.⁴³

Videre mener NIM at man bør gjøre en nærmere vurdering av hvordan en hjemmel for helautomatisert saksbehandling skal ivareta begrensningene i adgangen til å bygge avgjørelsene på sensitive personopplysninger, jf. artikkel 22 nr. 4. Vi kan ikke se at dette er kommentert i nevneverdig grad i utredningen.

Til sist anbefaler vi at man i det videre lovarbeidet foretar en prinsipiell vurdering av helautomatisk saksbehandling i saker som angår barn. I fortalepunkt 71 til GDPR heter det at slik behandling «should not concern a child». I departementets høringsnotat av 3. juli 2019 om blant annet bruk av automatiserte avgjørelser i utlendingsforvaltningen uttaler Justis- og beredskapsdepartementet at «[d]ette kan trolig ikke forstås som et absolutt forbud, men departementet mener likevel det bør vises en viss varsomhet ved utformingen av rettsgrunnlaget.»⁴⁴ NIM mener man bør gjøre en grundigere vurdering av

⁴² Utvalget viser til at det er uenighet om hvorvidt artikkel 22 nr. 1 skal forstås som et *forbud* mot helautomatisert behandling eller bare en *rettighet* som den enkelte i så fall må påberope seg. Flertallet har lagt til grunn at det dreier seg om et forbud, mens mindretallet ikke konkluderer endelig på spørsmålet, se s. 262.

⁴³ GDPR artikkel 22 kommer riktig nok bare til anvendelse der den helautomatiserte behandlingen «har rettsvirkning for eller på tilsvarende måte i *betydelig grad* påvirker [den registrerte]», jf. nr. 1 (vår utheving). En kan da spørre seg om artikkel 22 i det hele tatt er relevant for § 11 når denne fungerer som selvstendig rettsgrunnlag, ettersom dette bare er tilfelle når en avgjørelse er «*lite inngripende* overfor den enkelte» (vår utheving). Slik NIM leser forslaget har imidlertid ikke hensikten vært å avstemme § 11 med GDPR slik at bestemmelsen bare skal gi rettsgrunnlag i tilfeller som faller utenfor artikkel 22 sitt virkeområde. På s. 262 legger for eksempel utvalget til grunn at ethvert enkeltvedtak vil være omfattet av artikkel 22. Man kan tenke seg enkeltvedtak som vil være «lite inngripende», og som altså kan treffes etter helautomatisert behandling i medhold av § 11, men som samtidig vil falle inn under artikkel 22 sitt virkeområde.

⁴⁴ Høringsnotat av 3. juli 2019 om endringer i utlendingsforskriften – behandling av personopplysninger, bruk av automatiserte avgjørelser m.m. s. 10.

om GDPR oppstiller et forbud eller ikke. Hvis svaret på det er ja, bør dette presiseres. Er svaret nei, bør man allikevel vurdere å skissere noen overordnede og prinsipielle retningslinjer enten i lovtekst, forarbeider, rundskriv og/eller forskrift.

4. Barns medvirkningsrett – retten til *fritt* å gi uttrykk for sine synspunkter

Barnekonvensjonen artikkel 12 første ledd slår fast at barn har en medvirkningsrett. Rettigheten er generelt angitt i første ledd, før det er gitt særlige presiseringer i andre ledd av barnets rett til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet. En medvirkningsrett for barn følger også av Grunnloven § 104 første ledd andre punktum.

Utvalget har foreslått en regulering av barns medvirkningsrett ved saksforberedelsen i enkeltvedtakssaker i § 46 andre ledd. Bestemmelsen er, med noen språklige justeringer, en videreføring av nåværende § 17 første ledd første og andre punktum.

NIM vil påpeke at etter ordlyden i Barnekonvensjonen artikkel 12 første ledd, har barnet en rett til *fritt* å gi uttrykk for egne synspunkter i alle forhold som vedrører barnet. I General Comment no. 12 (2009) om barns rett til å bli hørt har Barnekomiteen uttalt følgende om denne komponenten i medvirkningsretten:

«Freely» means that the child can express her or his views without pressure and can choose whether or not she or he wants to exercise her or his right to be heard. «Freely» also means that the child must not be manipulated or subjected to undue influence or pressure. «Freely» is further intrinsically related to the child's «own» perspective: the child has the right to express her or his own views and not the views of others.⁴⁵

Et praktisk eksempel er at foreldre kan utsette barnet for press eller tvang.⁴⁶ Forvaltningen må da sikre at barnet fritt får komme til orde med sine egne, selvstendige synspunkter.

Denne komponenten i medvirkningsretten er ikke inkludert i utvalgets lovforslag. Den følger for øvrig heller ikke av dagens § 17 eller, for den saks skyld, Grunnloven § 104.⁴⁷ Vi kan ikke se at forarbeidene til nåværende § 17, som sammen med medvirkningsbestemmelser i flere andre lover ble vedtatt i forbindelse med

⁴⁵ Se General Comment no. 12 (2009) The right of the child to be heard (CRC/C/GC/12), avsnitt 22. Se også avsnitt 23–25 for videre presiseringer av innholdet i denne komponenten i artikkel 12.

⁴⁶ Kirsten Sandberg, «Barns rett til å bli hørt» i Njål Høstmælingen, Elin Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red.), *Barnekonvensjonen. Barns rettigheter i Norge* (Universitetsforlaget 2008) s. 77–96, på s. 92–93.

⁴⁷ Heller ikke i medvirkningsbestemmelsene i barnelova § 31, vergemålsloven § 17, adopsjonsloven § 9, opplæringslova § 5-4 tredje ledd, barnehageloven § 3 eller straffegjennomføringsforskriften § 3-1b er det presisert at barnet har rett til *fritt* å gi uttrykk for egne synspunkter.

inkorporeringen av barnekonvensjonen i menneskerettsloven i 2003, gir noen forklaring på hvorfor kravet om en rett til å uttale seg *fritt* ikke ble inkludert i lovteksten.⁴⁸

NIM mener det er viktig at lovteksten utformes slik at den er i tråd med Barnekonvensjonen. En presisering av at medvirkningsretten gir en rett til *fritt* å gi uttrykk for sine synspunkter vil også harmonere godt med barnevernloven § 1-6, som ble tilføyd som en ny bestemmelse i 2018, og som er foreslått videreført i forslaget til ny barnevernslov.⁴⁹ NIM anbefaler departementet å innta en slik presisering også i den nye forvaltningsloven.

Vennlig hilsen
for Norges nasjonale institusjon for menneskerettigheter

Adele Matheson Mestad
Direktør

Marius Mikkel Kjølstad
Rådgiver

Dette dokumentet er elektronisk godkjent og har dermed ingen signatur.

⁴⁸ Se Ot.prp.nr.45 (2002–2003), primært punkt 5 om synliggjøring av barnekonvensjonen artikkel 12. Heller ikke Lønning-utvalget, som forberedte grunnlovsreformen i 2014 og deriblant vedtakelsen av § 104, sier noe om problemstillingen, se Dokument 16 (2011–2012) kapittel 32.

⁴⁹ Barne- og likestillingsdepartementet, «Høringsnotat – Forslag til ny barnevernslov», sendt på høring 4. april 2019. I vår høringsuttalelse av 5. juli 2019 uttrykte vi støtte til forslaget på dette punktet, se s. 16. Tilgjengelig på www.nhri.no. For øvrig pekte vi også på at det ikke er tilstrekkelig med et godt regelverk, og at flere utredninger viser at barns rett til medvirkning ikke ivaretas godt nok i praksis. Myndighetene må derfor sikre at regelverket gjennomføres i praksis over hele landet.