

Avdelningen för juridik
Staffan Wikell

Automatiserat beslutsfattande i den kommunala förvaltningen

Inledning

I denna pm tas upp några aspekter på de rättsregler om automatiserat beslutsfattande i den offentliga förvaltningen som särskilt berör kommunal förvaltning. I den nya förvaltningslagen (FL) (2017:900) som träder ikraft den 1/7 2018 finns en bestämmelse om att beslut i ärenden kan fattas automatiserat, alltså utan medverkan av någon enskild individ. Kommunallagen (KL) (2017:725) som trätt ikraft den 1/1 2018 innehåller inga särskilda bestämmelser om automatiserat beslutsfattande. I EU:s dataskyddsförordning (GDPR) som börjar gälla i alla medlemsländer den 25/5 2018 finns bestämmelser som särskilt tar sikte på automatiserat individuellt beslutsfattande, inbegripet profilering. Frågan är om och under vilka förutsättningar automatiserat beslutsfattande i ärenden är möjligt i kommuner och landsting/regioner.

Beslutsfattande enligt förvaltningslagen

FL gäller handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndigheterna. Lagen gäller generellt i den statliga och kommunala förvaltningen, men den är också subsidiär i förhållande till avvikande bestämmelser i annan lag eller förordning. FL gör också undantag från ett stort antal handläggningsbestämmelser i lagen i de fall beslutet i ärendet kan överklagas med laglighetsprövning enligt KL. I de fallen gäller istället KL:s bestämmelser. FL innehåller flera bestämmelser som rör beslutsfattande. Bl a stadgas i 28 § om hur beslut i ärenden fattas. Där sägs att ett beslut kan fattas av en befattningshavare ensam eller av flera gemensamt eller automatiserat. Som bestämmelsen om automatiserade beslut är formulerad innebär den att någon fysisk person inte behöver delta i beslutsfattandet, utan det sker helt maskinellt genom användning av datorprogram och algoritmer. Bestämmelsen tar sikte på själva beslutet som sådant, alltså myndighetens avgörande och inte på hur underlaget till beslutet har hämtats in till eller bearbetats hos myndigheten. Automatiserat beslutsfattande är en nyhet i FL men förekommer de facto sedan ett antal år som beslutsform hos vissa myndigheter och då har det införts med stöd av specialregleringar (sådana finns bl a för Bolagsverket, Försäkringskassan, Skatteverket och Transportstyrelsen, t ex lag om trängselskatt) . - Automatiserade beslut och beslutsstöd förekommer numera också i kommunal förvaltning, t ex i ärenden om fortsatt ekonomiskt bistånd där man använder ett helt eller delvis automatiserat handläggningsförfarande efter en elektronisk ansökan. Det gäller normalt bara bifallsbeslut i enkla ärenden. . I propositionen (prop 2016/17:180, sid 179) till FL uttalar regeringen bl a:

Regeringen anser att det också finns anledning att i lagen tydliggöra att förvaltningsbeslut kan fattas på automatiserad väg. Utredningens förvaltningsförslag

saknar ett sådant klargörande. Regeringen kan dock konstatera att automatiseringen av beslut under senare år har kommit att bli en allt vanligare företeelse inom delar av den förvaltning som hanterar ett mycket stort antal ärenden årligen, t.ex. i Försäkringskassans verksamhet. Genom att det i lagen slås fast att beslut kan fattas automatiserat tydliggörs att det inte behövs en reglering i en specialförfattning för att en myndighet ska kunna använda denna beslutsform. Regleringen skapar därmed också bättre förutsättningar för en fortsatt utveckling av den digitala förvaltningen.

Genom FL öppnas upp för att beslutsfattande i myndigheters verksamheter ska kunna ske automatiserat och att ytterligare bestämmelser i specialförfattning inte ska krävas.

Andra bestämmelser i FL som kan vara värda att nämna i samband med automatiserade beslut är följande.

Dokumentation av beslut

I 31 § FL finns en bestämmelse om dokumentation av skriftliga beslut som stadgar att för varje skriftligt beslut ska det finnas en handling som visar dagen för beslutet, vad beslutet innehåller, vem eller vilka som fattat beslutet, vem eller vilka som varit föredragande och vem eller vilka som medverkat vid den slutliga handläggningen utan att delta i avgörandet. Motsvarande bestämmelser har tidigare inte funnits i tidigare förvaltningslagar även om det i lagstiftningen varit underförstått att dokumentation skall finnas. Kravet på beslutsdokumentation innebär dock inte att en myndighet måste inrätta sitt beslutsförfarande så att alla dessa uppräknade uppgifter alltid måste anges. När ett beslut fattas av en enskild befattningshavare utan medverkan av någon föredragande eller annan person, kan några sådana uppgifter naturligen inte ingå i dokumentationen. På motsvarande sätt bör man se saken när det gäller automatiserade beslut. När ett beslut fattas helt på automatiserad väg saknas underlag för dokumentation av i vart fall delar av den information som anges i punktupställningen, bl a uppgift om beslutsfattare och föredragande.¹ Dokumentationskravet i 31 § FL gäller inte för sådana kommunala beslut där dessa kan överklagas med laglighetsprövning enligt 13 kap KL, men däremot för alla andra beslut om det inte meddelats avvikande regler i annan lag eller förordning. Handlingsbegreppet i FL ska betraktas vidsträckt och omfattar även elektroniskt lagrat material vilket innebär att beslutsdokumentation bör kunna bevaras i elektronisk form.² Alltså det finns inget krav på att det ska finnas en med egenhändig namnteckning underskriven beslutshandling på papper.

Motivering av beslut

I 32 § FL stadgas att ett beslut som kan antas påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt ska innehålla en klargörande motivering, om det inte är uppenbart obehövligt. En sådan motivering ska också innehålla uppgifter om vilka föreskrifter som har tillämpats och vilka omständigheter som varit avgörande för myndighetens ställningstagande. I förarbetena sägs härom bl a: Den nya förvaltningslagens

¹ Prop 2016/17:180, s 185.

² Prop 2016/17:180 s. 184-185.

bestämmelser bör utformas särskilt med hänsyn till den enskildes intresse av att ett förvaltningsbeslut presenteras på ett sätt som är begripligt för honom eller henne. En part måste ges möjlighet att förstå hur myndigheten har resonerat för att kunna låta sig övertygas om att skälen är logiska och tillräckliga för den slutsats som myndigheten drar i beslutet, alternativt finna hållpunkter för att överklaga. Det innebär rent konkret att beslutet inte enbart bör innehålla de skäl som har bestämt utgången i ärendet. Skälen bör också presenteras på ett sådant sätt att de blir begripliga för den enskilde³.

Kravet på klagoräddande motivering kommer sannolikt att sätta gränser för i vilken omfattning och för vilka typer av ärenden som automatiserade beslut kan användas. Ju mer specifika motiveringar som krävs i det enskilda ärendet desto mindre utrymme för automatiserade beslut, kan man förmoda. Ju mer standardiserade beslut med likartade omständigheter desto större utrymme för automatiserade beslut. Samtidigt utvecklas området för artificiell intelligens och maskininlärning snabbt, vilket innebär att systemen blir mer avancerade hela tiden och så småningom kan de kanske också producera besluts-skäl som är specifika för det enskilda ärendet och att göra det på ett rättssäkert sätt.)

Avvikande bestämmelser i annan lagstiftning

FL är också subsidiär till annan lagstiftning om förvaltningsförfarandet. I 4 § FL stadgas att om en annan lag eller förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från FL, tillämpas den bestämmelsen. Denna bestämmelse har flyttats över från nu gällande förvaltningslag och frågan om en föreskrift i en annan lag eller förordning ska anses exklusivt reglera förfarandet i ett visst avseende får avgöras genom att myndigheten tillämpar vanliga lagtolkningsmetoder⁴. Typiskt sett torde det bara vara avvikelser som klart framgår av den speciella lagen eller förordningen som på denna grund gäller framför FL.⁵ De bestämmelser i KL som i första hand blir aktuella här är reglerna om beslutsfattande i nämnden eller beslut med stöd av delegering från nämnden.

Beslutsfattande enligt kommunallagen

Ifråga om beslutsfattande i den kommunala förvaltningen innehåller Kommunallagen (KL) ett antal bestämmelser som avviker från FL, bl a voteringsplikten i omröstningsreglerna och rätten att reservera sig mot beslut när detta fattas av flera gemensamt⁶. Vad gäller sättet för beslutsfattande i kommunal förvaltning finns också från 28 § FL avvikande regler i 6 kap KL. Lagen bygger på principen att beslutanderätten på nämndnivå utgår från nämnden själv men att den har möjlighet att

³ Prop 2016/17:180. S 193.

⁴ Prop 2016/17:180 s. 38.

⁵ Prop 1985/86:80 s. 59

⁶ Prop 2017/18 sid 180, beträffande omröstningsreglerna och sid 181-182 i samma proposition vad gäller rätten till reservation.

inom givna ramar överföra sin beslutsrätt genom delegering till antingen nämndpresidiet, till ett utskott i nämnden, en ledamot eller ersättare i nämnden eller till en anställd i kommunen⁷. Det som är typiskt för KL är att de anställda i en kommun/ett landsting inte har någon självständig beslutanderätt utan den måste ges från nämnden.

När nämnden fattar beslut

När en nämnd i en kommun/landsting fattar beslut sker det alltid på ett sammanträde där nämndens ledamöter är fysiskt närvarande. Möjlighet till deltagande på distans för enstaka ledamöter finns också numera. Helt digitala möten är inte möjliga. Nämndens beslut fattas kollektivt, särskilda omröstningsregler finns. KL innehåller också krav på att dess beslut alltid ska dokumenteras i protokoll.⁸ På grund av kraven på att det ska vara ett kollektivt beslutsfattande och att ledamöterna ska vara fysiskt närvarande vid ett sammanträde bedömer jag att automatiserat beslutsfattande i nämndens namn inte kan göras med dagens lagstiftning. Beslutet måste formellt tas på sammanträdet.

När en delegat fattar beslut

Utskotten som också är politiskt sammansatta organ fattar också beslut kollektivt, ledamöterna ska vara fysiskt närvarande på sammanträdet och besluten sätts upp i protokoll. Övriga beslut som fattas med stöd av delegering, av presidiet, en förtroendevald eller en anställd, avfattas särskilt och sådana beslut ska, i den omfattning nämnden bestämmer, anmälas till nämnden.⁹ Beslutet fattas av delegaten på nämndens vägnar. Beslut som inte behöver anmälas skall protokollföras särskilt om beslutet kan överklagas med laglighetsprövning enligt 13 kap KL. Vad gäller beslut som kan överklagas med stöd av speciallagstiftning och där besluten inte behöver anmälas innehåller KL inga krav på hur beslutet ska vara dokumenterat och då gäller NFLs regler om att beslutet ska vara dokumenterat, se ovan.

Vad innebär KL:s regler om beslutsfattande för automatiserat beslutsfattande?

Eftersom beslutanderätten i KL utgår från nämnden som sådan och eftersom reglerna om delegering av beslutanderätt är uttömmande, så finns enligt vår bedömning inte idag inom ramen för KL något utrymme för helt automatiserade beslut där ingen människa deltar i beslutet. Nämnden kan inte delegera beslutanderätten till ett helt automatiserat förfarande där maskinen eller beslutsroboten fattar beslutet. Däremot finns enligt vår bedömning inga rättsliga hinder mot att använda sig av olika automatiserade beslutsstöd så länge som antingen nämnden eller en angiven delegat fattar det enskilda beslutet på ett formellt riktigt sätt. Det kan t ex göras genom att en och samma handläggare som fått delegation att fatta beslut i en viss ärendetyp, samtidigt godkänner alla beslut som föreslagits av beslutsroboten under en och samma dag. Det innebär rent formellt att delegaten står bakom alla besluten. Vilken information som handläggaren då måste ta del av innan godkännandet beror på vilket

⁷ 6 kap 37 -39 §§ samt 7 kap 5 § KL.

⁸ . 6 kap 33 § KL jämfört med 5 kap 56 § KL.

⁹ 7 kap 8 § KL

ärendeslag det gäller, komplexiteten i ärendet och hur beslutssystemet är uppbyggt i det enskilda fallet, men det måste förmodligen gälla ärenden där det kan bli fråga om en masshantering av helt likartade okomplicerade ärenden där alla ansökningar ska bifallas enligt en digital ansökan. Rättssäkerhetsintressena får inte bli lidande.

En lagändring i KL vore högst önskvärd och förmodligen nödvändig för att göra det tydligt att automatiserat beslutsfattande kan användas som en bland andra beslutsformer även i den kommunala förvaltningen. I lagstiftningsärendet som gäller FL fanns inget förslag om automatiserade beslut i det ursprungliga betänkandet "En ny förvaltningslag" (SOU 2010:29), så inga remissinstanser hade då anledning att uttala sig specifikt om automatiserade beslut.

Rent verkställande åtgärder som inte ses som beslut i lagens mening

Sådana åtgärder inom den kommunala förvaltningen som enligt KL inte är beslutsfattande utan innebär rent förberedande eller verkställande åtgärder, alltså där det inte finns utrymme för några självständiga bedömningar hos handläggaren, t ex tilldelning av barnomsorgsplats i kommunen efter strikt turordningsprincip eller avgiftsdebiteringar för renhållningen enligt en fastställd årsavgift kan hanteras helt automatiserat utan några hinder av KL. Normalt menar man med rent verkställande åtgärder sådana åtgärder som inte kan överklagas. En fråga är då om man skulle kunna se t ex bifall till ansökan om ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen (SOL) som görs mot bakgrund av ett upphandlat beslutsstöd, där en maskin räknar ut biståndet utifrån en digitalt ingiven ansökan och där nämnden själv bestämt ramarna för det maskinella beslutsfattandet genom en given algoritm, som ren verkställighet. Alltså att det som maskinen gör inte innefattar några självständiga bedömningar och ska inte heller ses som ett beslut. Den frågan har tyvärr inget enkelt svar, helt enkelt för att rättspraxis för vad som kan utgöra ren verkställighet är så knapphändig. Sannolikt är det inte möjligt att tolka de rättsliga begreppen så långt och bedömningen blir därför att detta inte kan ses som rena verkställighetsåtgärder.

Regler om dokumentation av beslut enligt kommunallagen

När beslut fattas av nämnden själv ska beslutet alltid dokumenteras i protokoll enligt bestämmelserna i 6 kap 35 § KL jämfört med 5 kap 65-67 §§ KL. När beslut fattas av en delegat så finns dels bestämmelser om anmälan till nämnden av beslut som fattats med stöd av delegering och dels bestämmelser om att sådana beslut som inte behöver anmälas till nämnden ska protokollföras särskilt om de kan överklagas med laglighetsprövning enligt 13 kap KL. Eftersom ärenden där besluten kan överklagas genom laglighetsprövning inte omfattas av kravet i 31 § FL om dokumentation av beslut så kommer kravet i KL på särskild protokollföring att exklusivt reglera hur beslut i dessa ärenden ska vara dokumenterade. Hur ett sådant protokoll ska vara utformat och hur det ska justeras får kommunen/landstinget själv bestämma. I förarbetena sägs att protokollen kan innehålla allt från fullständiga beslut med motivering till enbart en förteckning över att beslut har fattats i vissa uppräknade

ärenden.¹⁰ Eftersom protokollen ska anslås på anslagstavlan, måste hänsyn tas till de begränsningar som gäller i personuppgiftslagen och från 25/5 2018 även dataskyddsförordningens krav, liksom de begränsningar som finns i offentlighets och sekretesslagen.

Automatiserat individuellt beslutsfattande enligt dataskyddsförordningen

En väsentlig förutsättning för möjligheten att kunna fatta beslut automatiserat i den offentliga förvaltningen generellt som inte kommenteras i propositionen till FL är hur lagen relaterar till EU:s dataskyddsförordning (GDPR) som börjar gälla i alla medlemsländer den 25/5 2018. GDPR, som är en integritetsskyddslagstiftning vars syfte är att skydda enskilda individers personuppgifter, innehåller bl a bestämmelser som tar sikte på automatiserat individuellt beslutsfattande, inbegripet profilering¹¹. I **artikel 22, 1 p.** stadgas att *”Den registrerade ska ha rätt att inte bli föremål för ett beslut som enbart grundar sig på automatiserad behandling, inbegripet profilering, vilket har rättsliga följder för honom /hennes eller på liknande sätt i betydande grad påverkar honom eller henne.* Bestämmelsen innebär i praktiken ett slags förbud. Artikel 22 gäller både i myndigheters beslutsfattande och beslut i privat sektor hos företag och organisationer, om beslutet har rättsliga följder för den registrerade som berörs av detsamma. Bestämmelsens formulering har redan varit föremål för diskussioner, bl a om kravet på profilering ska ses som ett nödvändigt rekvisit för att bestämmelsen o h t ska vara tillämplig eller om bestämmelsen också omfattar automatiserat beslutsfattande utan profilering och om profilering bara är ett exempel på ett moment bland andra som kan ingå som del i ett automatiserat beslutsförfarande. Bestämmelsen får tolkas som att den gäller ett beslutsförfarande hos den personuppgiftsansvarige, som är helt och hållet automatiserat och som leder fram till ett automatiserat beslut. Bestämmelsen är dubbetydig och skälen i förordningen ger inget entydigt svar, men med stöd av Artikel 29 -gruppens vägledning kring automatiserade beslut och i betänkandet ”Juridik som stöd för förvaltningens digitalisering SOU 2018:25” så gör vi bedömningen att bestämmelsen ska tolkas som att den gäller automatiserat beslutsfattande som grundar sig helt på en automatiserad hantering av uppgifter, och där profilering är en typ av behandling som kan ingå men är inte nödvändigt för att bestämmelsen ska gälla¹².

I artikel 4 i GDPR **definieras profilering** som varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person, i synnerhet för att analysera eller förutsäga denna persons arbetsprestationer, ekonomiska situation, hälsa, personliga

¹⁰ Prop 2016/17:171. S. 212

¹¹ Den engelska språkversionen talar om “Automated individual decision-making, including profiling”

¹² Article 29 Data Protection working party “Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679”, sid 6-8. Artikel 29-gruppen kommer i och med ikraftträdandet av GDPR att omvandlas till den europeiska dataskyddsstyrelse som ska inrättas enligt förordningen.

preferenser, intressen, pålitlighet, beteende, vistelseort eller förflyttningar. I en vägledning daterad 2017-10-03 från de europeiska dataskyddsmyndigheternas samarbetsgrupp (artikel 29-gruppen) som behandlar automatiserat beslutsfattande och profilering, redogör gruppen för sina tolkningar av artikel 22 i GDPR¹³. Man säger där bl a att automatiserade beslut är beslut där ingen människa ö h t varit inblandad i beslutsfattandet. Automatiserade beslut kan göras med eller utan profilering men ofta hänger de ihop i ett och samma förfarande. Självklart har bestämmelsen stor betydelse för utrymmet att i den svenska offentliga förvaltningen använda sig av automatiserade beslut.

I artikel 22.2 görs ett undantag från förbudet, nämligen om beslutet är tillåtet enligt unionsrätten eller medlemsstatens nationella rätt, i vilken det också ska fastställas lämpliga åtgärder till skydd för den registrerades rättigheter, friheter och berättigade intressen. Alltså i den nationella lagstiftning där ett automatiserat beslutsfattande tillåts. Vi har genom åren haft olika speciallagstiftningar, lag om trängselskatt m. fl. där lagstiftaren tagit ställning för automatiserat beslutsförfarande i en viss ärendegrupp och bestämt ramarna kring det hela. De är tillkomna före GDPR. När propositionen till FL lämnades så var däremot GDPR beslutad. Den svenske lagstiftaren hade kunnat uttala sig i frågan om hur FL förhåller sig till artikel 22, men den frågan behandlas inte i propositionen.

Hur ska man se på förhållandet mellan förbudet mot automatiserade beslut i artikel 22 GDPR och 28 § förvaltningslagen. Ska 28 § FL som ett sådant nationellt undantag där lagstiftaren generellt tillåtit automatiserat beslutsfattande i hela den offentliga förvaltningen och genom att lägga in bestämmelsen i FL också tagit ställning till frågorna om lämpliga skyddsåtgärder för de registrerades rättigheter och friheter och berättigade intressen?

Digitaliseringsrättsutredningen gör den tolkningen på sid 172, säger man: *”Det saknas förarbetsuttalanden som anger hur bestämmelsen i FL om att beslut får fattas automatiserat förhåller sig till dataskyddsförordningen. Mot bakgrund av regeringens tydliga avsikt att skapa bättre förutsättningar för en fortsatt utveckling av den digitala förvaltningen bedömer vi dock att det uttalade stödet för automatiserat beslutsfattande i FL som utgångspunkt borde innebära att automatiserat beslutsfattande inom förvaltningen ska anses tillåtet enligt dataskyddsförordningen”*¹⁴.

Inom eSams rättsliga expertgrupp har tagits fram ett ”Rättsligt uttalande om automatiserade beslut”. I detta görs tolkningen att 28 § FL utgör ett sådant nationellt undantag från artikel 22.2 i vilket lagstiftaren tagit hänsyn till frågan om lämpliga skyddsåtgärder: *”Undantag från rättigheten att inte bli föremål för automatiserat individuellt beslutsfattande gäller för beslut som tillåts enligt nationell rätt som den personuppgiftsansvarige omfattas av och som fastställer lämpliga åtgärder till skydd för den registrerades rättigheter, friheter och berättigade intressen Den nya*

¹³ Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, sid 7.

¹⁴ SOU 2018:25, sid 172

*förvaltningslagen innehåller bestämmelser om kommunikation och rätt att lämna uppgifter muntligen , rätt till omprövning och rätt till överklagande . Därutöver finns även generella krav på legalitet , objektivitet och proportionalitet.
Enligt eSams bedömning får därmed de generellt tillämpliga bestämmelserna i den nya förvaltningslagen anses innefatta sådana lämpliga skyddsåtgärder för den registrerade att automatiserade beslut får fattas när de faller inom ramen för förvaltningslagens tillämpningsområde och är överklagbara”
”*

Om man bedömer lagtexten i 28 § FL och jämför med artikel 22.2 i GDPR så kan man helt klart argumentera för att Sverige genom 28 § FL har gjort ett sådant tillåtet undantag i nationell rätt och att frågan om lämpliga skyddsåtgärder hanteras genom denna lagstiftning. En invändning kan vara att de skyddsintressen som ligger bakom GDPR inte är helt och hållet desamma som de rättskyddsintressen som ligger till grund för FL. I propositionen till FL gjordes inga uttalanden om förhållandet mellan artikel 22 i GDPR och 28 § FL, men oavsett detta så måste FL tolkas utifrån det lagliga utrymme för nationella undantag som ges i art 22.2 Vår bedömning tills vidare är därför att den svenske lagstiftaren genom 28 § FL har gjort ett sådant undantag som möjliggjort automatiserade beslut i den offentliga förvaltningen och samtidigt sört för att de skyddsintressen för den enskilde registrerade som ska tas tillvara vid sådant undantag tillgodoses genom FL i stort.

Staffan Wikell
