



DET KONGELIGE KOMMUNAL-
OG MODERNISERINGSDEPARTEMENT

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

Dato

19/3548-8

2. desember 2019

NOU 2019:9 Fra Kalveskinn til datasjø - Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver - Høring

Vi viser til brev fra KUD om offentlig høring av NOU 2019:9 *Fra Kalveskinn til datasjø – Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver*.

KMD ser at forslaget til ny arkivlov har nær sammenheng med annet generelt regelverk for forvaltningen, særlig til forvaltningsloven og offentlighetsloven, og kommuneloven for kommunene og fylkeskommunene. Det er derfor viktig at Kulturdepartementet i det videre arbeidet med ny arkivlov vurderer de enkelte lovbestemmelsene opp mot disse lovene, for å sikre at lovene harmoniserer med hverandre og at dobbeltregulering unngås:

- Fokus for Arkivlovutvalget er i stor grad å kunne dokumentere forvaltningens saksbehandling. Det er svært viktig for å ivareta tilliten til forvaltningen. Men man må her se dette utkastet i sammenheng med ny forvaltningslov, som skal oppstille krav til forvaltningens saksbehandling. I den sammenheng kan det være en utfordring at NOU om ny arkivlov er vesentlig mer tilpasset en digital hverdag og fremtid, enn NOU om ny forvaltningslov.
- I utkast til ny forvaltningslov benyttes for eksempel dokumentbegrepet, mens ny arkivlov foreslår å erstatte det med begrepet dokumentasjon.
- Utkastet avgrenser mot offentlighet og innsyn, og henviser til Offentleglova. Her er også partsinnsyn, som i dag reguleres av forvaltningsloven, tenkt flyttet. Dette forutsetter imidlertid endring/revisjon av offentleglova. Det er viktig å se dette arbeidet i sammenheng.

Postadresse
Postboks 8112 Dep
0032 Oslo
postmottak@kmd.dep.no

Kontoradresse
Akersg. 59
www.kmd.dep.no

Telefon*
22 24 90 90
Org.nr.
972 417 858

Avdeling
Administrasjonsavdelingen

Saksbehandler
Gro Solli Gultvedt
22 24 68 58

Det er viktig at man får en lov som står seg over tid. God lovteknikk tilsier at generelle regler og overordnede prinsipper fastsettes i lov. Lovteksten bør derfor kortes ned / forenkles og inneholde forskriftshjemler for de områder man ønsker å fastsette materielle regler. Materielle regler og operative tiltak bør reguleres i forskrift. Vi forutsetter at arbeidet med forskriftsverk vurderes særskilt / gjøres til gjenstand for bred vurdering før oppstart. I forbindelse med utforming av forskrifter, bør man vurdere om noen av disse kan delegeres til et annet departement. For eksempel kunne forskrifter om operative tiltak som berører effektiv informasjonsforvaltning i offentlige virksomheter, forvaltes av KMD.

Når det gjelder journalføring, legger NOU'en opp til å fjerne journalføringsplikten. Det er mulig at journalføring i fremtiden vil være uhensiktsmessig, men forvaltningen trenger regler for dokumentasjon av saksgangprosesser. I det videre arbeidet må KUD være klar på hva det er som skal erstatte journalføringsplikten, og hvordan det er tenkt løst i praksis, og hvor stor del av den offentlige informasjonen som er omfattet. Dette har jo også en side til innsynsrett, offentlig journal og offentleglov.

Det er usikkert om innføring av dokumentasjonsstrategi er et relevant grep. Skal dette gjøres, er det viktig at dette blir et reelt styringsdokument, hvis ikke kan et slikt tiltak bli en sovepute. Med gjennomføringen av de effektiviseringstiltak som skjer i departementsfellesskapet knyttet til administrative tiltak, bør det eventuelt kun være en felles dokumentasjonsstrategi for departementene og SMK. En eventuell dokumentasjonsstrategi må ses i sammenheng med informasjonsforvaltning generelt, som reglene i personopplysningsloven og for deling av data.

NOU'en tar til orde for bedre etterlevelse av arkiveringsplikten. I tillegg til dokumentasjonsstrategi foreslår utvalget å få utredet et eget statlig organ til å føre tilsyn med offentleglova, forvaltningsloven og arkivloven, omtalt som et "digitaliseringstilsyn." En slik utredning synes å være fornuftig, men den bør ta utgangspunkt i behov for nye tilsyn, sett opp mot eksisterende ordninger for dette. Videre bør en slik utredning ta høyde for mulige endringer i offentleglova og utvikling av nytt regelverk for deling av data. Dette tilsier at en slik utredning ikke bør være det første oppfølgingstiltaket man tar tak i.

Noark har gjort det mulig å digitalisere journalføringen og senere arkiv på en rask og effektiv måte. Samtidig er det avdekket utfordringer med for eksempel manglende konkurranse i markedet og få incentiver til å innovere, selv om siste versjon av Noark forsøksvis legger opp til det. Det er viktig at man i dagens situasjon vurderer realismen i fastsettelse og obligatorisk bruk av slik standard. Det bør eventuelt vurderes om standarden bør avgrenses til avleveringsformål, og da eventuelt på metadatanivå.

Merknader til utvalgets lovbestemmelser

Merknader til § 8 første ledd - plikt til å dokumentere ekstern kommunikasjon

Utvalget foreslår en plikt for virksomheter til å dokumentere sin eksterne kommunikasjon. Det siktes ikke bare til brev og e-post, men også til andre plattformer som internettsider, chat,

dialoger på sosiale medier mv. Plikten må ses i sammenheng med definisjonen av "dokumentasjon" i § 5 bokstav a, som vil sette en ramme for hva som skal dokumenteres. Legaldefinisjonen er imidlertid meget vidt formulert, noe som tilsier at tilnærmet all ekstern virksomhetsrettet kommunikasjon skal dokumenteres. Til sammenlikning har gjeldende arkivlov en mer generell angivelse av hva som skal arkiveres (er arkivverdig). Dersom det lovfestes en slik eksplisitt dokumentasjonsplikt, kan dette i praksis føre til at mer blir dokumentert *lokalt i virksomhetene* enn i dag.

Utvalget skriver at plikten til å dokumentere kommunikasjon, ikke nødvendigvis innebærer at all kommunikasjon skal bevares (arkiveres). Hva som skal langtidsbevares må ses i sammenheng med lovforslagets formålsbestemmelse § 1, adgangen til sletting etter § 18, og plikten til minimering av personopplysninger før overføring til langtidsbevaring etter § 27. Formålsbestemmelsen er imidlertid relativt vidt formulert. Det legges opp til at sletteregler skal utredes nærmere i en særskilt utredning (og fastsettes i forskrift), og at det skal foretas konkrete vurderinger for den enkelte virksomhet i hvilken grad personopplysninger skal minimeres før overføring til langtidsbevaring. KMD bemerker at det derfor er vanskelig å vurdere om den eksplisitte plikten til å dokumentere ekstern kommunikasjon, vil medføre at flere personopplysninger vil bli *langtidsbevart* enn i dag. Det er således vanskelig å forutse hvilke personvernkonsekvenser forslaget vil få. Dersom man velger å gå videre med forslaget, må det foretas en kartlegging, vurdering og dokumentasjon av de personvernkonsekvensene en (mulig) utvidet langtidsbevaring av meget store mengder kommunikasjon kan ha, og hvilke tiltak som er nødvendig for å håndtere eventuelle negative konsekvenser.

Merknader til § 8 annet ledd – plikt til å dokumentere virksomhetsrelatert kommunikasjon til og fra personer i ledende stillinger

Utvalget foreslår i ny § 8 annet ledd en plikt til å dokumentere virksomhetsrelatert kommunikasjon til og fra arbeidstakere i ledende stillinger. Forslaget omfatter både ekstern og intern kommunikasjon. Sett i sammenheng med definisjonen av "dokumentasjon" i § 5 bokstav a, vil plikten trolig innebære at omtrent all virksomhetsrettet kommunikasjon skal dokumenteres *lokalt i virksomheten*. I likhet med plikten etter § 8 første ledd, er det vanskelig å forutse hvor mye av kommunikasjonen til og fra ledere som vil bli *langtidsbevart*. På nåværende tidspunkt er det derfor utfordrende å se de fullstendige personvernmessige konsekvensene av forslaget.

Etter KMDs oppfatning er det imidlertid en risiko for at forslaget vil få en nedkjølende effekt på kommunikasjonen mellom ledere og underordnede. Når ansatte vet at intern virksomhetsrettet kommunikasjon mellom dem og ledere skal dokumenteres, og muligens langtidsbevares (arkiveres), kan det føre til at de unnlater å skriftlig uttrykke kritiske faglige innspill mv. Det kan også medføre at ansatte vegrer seg for å komme med innovative tanker og ideer, uten at disse er fullstendig gjennomtenkt. Dette vil i så fall være uheldig, ettersom enhver virksomhet er avhengig av rom for interne faglige diskusjoner mv. for at virksomheten skal utvikle seg optimalt.

Videre savner KMD en nærmere redegjørelse av hva som menes med "virksomhetsrelatert kommunikasjon". Grensen mot helt private forhold vil normalt være enkel å trekke. Men hva om en e-post inneholder både virksomhetsrelatert og privat informasjon? Og vil ansattes velferdsmessige forhold – som også kan ha en side mot arbeidsforholdet (og således virksomheten) – omfattes? Vil det eksempelvis være virksomhetsrelatert kommunikasjon hvis en ansatt sender sin leder en e-post og ber om velferdspolis pga. sykdom i familien, samt spør om noen andre kan håndtere vedkommendes arbeidsoppgaver?

KMD har også merket seg at utvalget, i bestemmelsens særmerknader, skriver at dokumentasjonen må lagres og skjermes i samsvar med forskrift om arbeidsgivers innsyn i e-postkasse og annet elektronisk lagret materiale. Det fremstår som om utvalget mener at arbeidsgiver skal dokumentere elektronisk kommunikasjon, men ikke ha adgang til å lese innholdet, med mindre vilkårene i e-postforskriften er oppfylt. Vi kan ikke se at forholdet mellom lovforslaget og nevnte forskrift er nærmere omtalt i NOU'en. Etter vår oppfatning bør både den rettslige og praktiske siden av forslaget utredes grundigere på dette punktet, for å sikre at det kommunikasjonsvernet de ansatte er gitt i e-postforskriften ikke svekkes.

En ulempe ved lovforslaget er uklarheten rundt forholdet til innsynsretten etter offentleglova. KMD mener at det er en nødvendig forutsetning at det foretas grundige vurderinger av forholdet til offentleglova før bestemmelsen eventuelt *vedtas*, ikke kun før bestemmelsen eventuelt trer i kraft – slik utvalget har påpekt. En eventuell uklarhet knyttet til innsynsrett til virksomhetsintern kommunikasjon, vil kunne ha ytterligere nedkjølende effekt på den helt nødvendige uformelle dialog mellom ledere og ansatte i en virksomhet.

Lovforslaget § 11- Plikt til å dokumentere avgjørelser mv.

Utvalget foreslår en plikt for virksomheter til å dokumentere avgjørelser. I forslaget gis det detaljerte krav til hva som skal dokumenteres. KMD mener det er behov for å se nærmere på blant annet denne bestemmelsen og forholdet til forvaltningsloven.

Merknader til § 18 – forbud mot sletting

Personvernforordningen oppstiller regler om lagringsbegrensning og sletting, se henholdsvis art. 5 nr. 1 bokstav e og art. 17. Etter forordningen art. 17 nr. 3 bokstav d kan det gjøres unntak fra retten til å kreve sletting, dersom behandlingen er nødvendig for arkivformål i allmennhetens interesse, *under forutsetning* av at nærmere bestemte vilkår er oppfylt. Behandlingen må være i samsvar med art. 89 nr. 1, og det må sannsynliggjøres at retten til sletting vil gjøre det umulig eller i alvorlig grad hindre at målene med behandlingen nås.

Utvalget foreslår i § 18 annet ledd at virksomheten skal dokumentere hva som er slettet, det rettslige grunnlaget for slettingen, og sammenhengen den slettede dokumentasjonen ble brukt i. I et personvernperspektiv fremstår det underlig at det skal dokumenteres hva som er slettet, ettersom en slik regel åpenbart vil minske effekten av slettingen. Hvis det først foreligger en plikt til å slette etter personvernforordningen, kan det også stilles spørsmål ved om lagring av informasjon om hva som ble slettet, vil være i tråd med forordningen. KMD kan

ikke se at utvalget har vurdert lovforslaget opp mot forordningen, redegjort for behovet eller vurdert forslaget personvernkonsekvenser. Dette må gjøres i det videre arbeidet.

Merknader til § 21– Overføring av digital dokumentasjon til utlandet

Regjeringen ønsker at offentlige virksomheter skal kunne ta i bruk skytjenester, og få del i den fleksibiliteten og økte profesjonaliteten som ligger i denne teknologien¹. Fra 2020 vil KMD etablere en egen innkjøpsordning for skytjenester, som skal gjøre det enklere for virksomhetene å finne fram til riktig tjeneste og stille riktige krav til sikkerhet. For å kunne ta ut den fulle samfunnsøkonomiske nytten av en slik løsning, er det viktig at også løsninger og fagsystemer som har en arkivfunksjon, kan omfattes av løsningen. Kommunal- og moderniseringsdepartementet er derfor glad for at Arkivlovutvalget foreslår å åpne for lagring av digitale arkiv utenfor Norge.

Vi vil imidlertid anbefale at det ikke legges opp til for detaljerte og uttømmende krav til løsning eller leverandør i lovteksten. Slike lovkrav vil være lite fleksible, og vil kunne legge utilsiktede begrensninger på virksomhetenes mulighet til å bruke de beste og mest hensiktsmessige løsningene for sine behov. Krav til skytjenester, også for arkiv, bør være et resultat av en risikovurdering for den enkelte virksomhet og løsning. Både Digitaliseringsdirektoratet, Datatilsynet og Arkivverket har en viktig rolle i å gi veiledning til virksomhetene, som sikrer at man stiller riktige krav for den enkelte løsningen. Innkjøpsordningen for skytjenester vil også være en slik veiledningsressurs.

Merknader til § 33 tredje ledd - forskerinnsyn i taushetsbelagte opplysninger

Etter gjeldende rett finnes enkelte særreguleringer vedrørende hvilke organer som har kompetanse til å vurdere forskerinnsyn, f.eks. i skatteforvaltningsloven og politiregisterloven. Utvalget mener at Nasjonalarkivet bør få full kompetanse til å vurdere forskerinnsyn i overført dokumentasjon, jf. § 33 tredje ledd. KMD påpeker at innsyn i taushetsbelagte opplysninger er et klart inngrep i personvernet. Det er derfor essensielt at det organet som vurderer innsyn, har tilstrekkelig faglig kompetanse. Det kan være ulike hensyn og behov for konfidensialitet som gjør seg gjeldende på ulike fagområder. KMD mener at utvalget i for liten grad redegjør for hvorfor Nasjonalarkivet anses å ha den nødvendige kompetansen til å vurdere innsyn på områder hvor dette i dag er særregulert. Vi mener dette må problematiseres og drøftes nærmere dersom forslaget videreføres.

Videre foreslår utvalget å utvide adgangen til å gi innsyn i overførte taushetsbelagte opplysninger. Forslaget omfatter ikke bare forskerinnsyn, men også alt annet innsyn som har "saklig grunn" og ikke medfører uforholdsmessig ulempe for andre interesser, jf. lovutkastet § 33 tredje ledd. Utvalget viser til at dette eksempelvis kan omfatte medieinnsyn. Forslaget innebærer en omfattende utvidelse sammenliknet med gjeldende rett, og kan potensielt få store personvernkonsekvenser. KMD kan imidlertid ikke se at utvalget i særlig grad har redegjort for behovet for lovendringen, eller mulige personvernkonsekvenser av forslaget. Videre sier lovforslaget ingenting om hva som skal ligge i begrepet "saklig grunn", herunder

¹ Nasjonal strategi for skytjenester, KMD 2016

hvilke kriterier som skal inngå i vurderingen. Dersom en velger å gå videre med lovforslaget, må disse forholdene utredes nærmere og omtales grundig.

Merknader til § 33 fjerde ledd – adgang til å nekte innsyn selv om taushetsplikt har falt bort

I lovforslagets § 33 fjerde ledd foreslår utvalget at Nasjonalarkivet gis myndighet til å nekte innsyn selv om taushetsplikten har falt bort, forutsatt at *sterke* personvern hensyn tilsier det. Av gjeldende regulering, i forvaltningslovsforskriften § 11, fremgår at Arkivverket kan forlenge taushetsplikten (og dermed nekte innsyn) dersom hensynet til personvern tilsier det. Vilkåret om at det må foreligge *sterke* personvern hensyn innebærer derfor en innsnevring av adgangen til å nekte innsyn. KMD kan ikke se at utvalget har foretatt en vurdering av behovet for en slik lovendring, eller hvilke konsekvenser dette vil få for den enkeltes personvern. Det er heller ikke redegjort for hvor terskelen skal ligge for at det anses å foreligge "sterke" personvern hensyn, herunder hvilke kriterier som skal inngå i vurderingen. Disse spørsmålene må utredes og omtales i det videre arbeidet med forslaget.

Lovforslaget § 40 - Klagerett for massemedia

Utvalget foreslår at massemedier og organisasjoner for massemedia gis adgang til å klage på brudd på nærmere angitte bestemmelser. Gjelder klagen kommuners og fylkeskommuners etterlevelse, er det departementet som skal behandle klagen. KMD viser til utgangspunktet om kommunal klageinstans etter forvaltningsloven § 28 annet ledd, og til veilederen Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner. KMD foreslår at det bør vurderes om klagen kan behandles av kommunen.

Lovforslaget § 41- Tilsyn og pålegg

Utvalget foreslår at det igangsettes utredning av et nytt tilsyn, Digitaliseringstilsynet, som skal føre tilsyn med etterlevelsen av offentleglova, forvaltningsloven og arkivloven. Ettersom et slikt tilsyn ikke eksisterer per i dag, foreslår utvalget, i lovforslagets § 41 første ledd, at Nasjonalarkivet (nåværende Arkivverket) skal føre tilsyn med lovens kapittel II, III, V, VI og VII. Samtidig følger det av forslaget § 41 fjerde ledd at Datatilsynet skal føre tilsyn med etterlevelsen av kapittel IV (Særlig om personopplysninger).

Datatilsynet er tilsynsmyndighet etter personvernforordningen art. 51, jf. personopplysningsloven § 20 første ledd. Både nasjonal lovgivning og forordningen oppstiller således en ramme for hvilken tilsynskompetanse Datatilsynet skal ha.

KMD mener det er klart at Datatilsynet minst må føre tilsyn med etterlevelsen av lovforslagets kapittel IV. Samtidig påpeker vi at behandling av personopplysninger gjennomfører hele forslaget til ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiv. KMD kan ikke se at utvalget særlig har vurdert forslaget opp mot de krav personvernforordningen stiller til Datatilsynets tilsynskompetanse. I det videre arbeidet må det sikres at forslaget er i tråd med personvernforordningen, og at det ikke på noen måte gjøres ulovlige inngrep i den kompetansen Datatilsynet er tillagt etter forordningen. I tillegg bør det vurderes om Datatilsynet bør gis kompetanse til å føre tilsyn med flere deler av lovforslaget, uavhengig av om dette er strengt påkrevd etter forordningen. Det er KMDs vurdering at disse spørsmålene

må utredes grundig for alle de delene av lovforslaget som berører behandling av personopplysninger.

Utvalget foreslår at Nasjonalarkivet fører tilsyn med etterlevelse av loven kapittel II, III, V, VI og VII. Utvalget foreslår videre at Kongen kan bestemme at fylkesmannen skal føre tilsyn med kommuner og fylkeskommuner.

KMD viser til at når det i lov gis hjemler for å føre statlig tilsyn med kommuner og fylkeskommuner, skal det gjøres en vurdering av risiko og vesentlighet for hver enkelt av de lovområdene som det skal kunne føres tilsyn med. Det skal også gjøres en vurdering av kost-nytte av tilsyn som virkemiddel, sett opp mot andre aktuelle virkemidler. Dette fremgår av veilederen Statlig styring av kommuner og fylkeskommuner, og bygger på en rekke stortingsdokumenter, senest Prop. 46 L (2016–2017). En slik vurdering skal også gjøres ved videreføring og utvidelse av eksisterende tilsynsordninger.

Med hilsen

Hanne Finstad (e.f.)
avdelingsdirektør

Gro Solli Gultvedt
seniorrådgiver

Dokumentet er elektronisk signert og har derfor ikke håndskrevne signaturer