

Kulturdepartementet
via høringsportal

Vår dato: 02.12.2019
Deres dato: 01.07.2019
Vår referanse: NPOL/HES
Deres referanse: 19/2515

Høring – NOU 2019: 9 Fra kalveskinn til datasjø – Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver

Innledning

I høringsbrevet er formålet med høringen angitt å være å få høringsinstansenes syn på "de enkelte bestemmelser i Arkivlovutvalgets lovutkast". Vi tar det for gitt at meningen ikke er å begrense høringen til dem. Vi tillater oss derfor å komme med vurderinger av og synspunkter på flere deler av utredningen. For øvrig går det forhåpentlig klart frem av kommentarene hvilke paragrafer de gjelder.

Vi understreker at vi ikke har gått detaljert inn i alle de pliktene som er foreslått i loven, siden vårt hovedsynspunkt er at foretak utenfor offentlig forvaltning ikke bør være omfattet av loven. Likevel har vi kommentarer til noen av dem. Kommentarene må leses på bakgrunn av at vi er særlig opptatt av pliktsubjekter som driver forretningsvirksomhet.

Oppsummering av synspunkter:

- Foretak som ikke er en del av offentlig forvaltning bør ikke være omfattet av loven.
- Utgangspunktet for utvalgets overveielser er i det vesentlige knyttet til offentlig sektors virksomhet. Det er ikke tatt tilstrekkelig hensyn til andre som er foreslått omfattet av loven.
- Utvalgets vurderinger av nytten av å inkludere foretak der det offentlige er eiere, er så generelle at de ikke kan brukes som begrunnelse for å inkludere dem.
- Utvalget har lagt til grunn en unyansert forståelse av det offentliges "avgjørende styring" med foretak de eier mer enn halvparten av.
- Begrunnelsene for pliktene etter loven tilfredsstillende ikke kravene i personvernforordningen.
- Pliktene som gjelder dokumentasjon og e-postfangst går utover det formålet med loven tilsier.
- De økonomiske konsekvensene for foretak tilfredsstillende ikke kravene i utredningsinstruksen, og konsekvensene er antagelig grovt undervurdert.

6 Utfordringstrekk og utfordringsbildet

Vi har forståelse for at samfunns- og teknologiutviklingen kan gjøre det nødvendig å oppdatere arkivlovgivningen.

I punkt 6.3 viser utvalget blant annet til at forvaltningsbedrifter er omdannet til foretak. I mange tilfeller er realiteten at foretakene driver forretningsmessig virksomhet på linje med rent private

foretak, uten noe annet forhold til det offentlige enn at det offentlige har eierandeler. Det er ikke nødvendigvis slik at slike foretak utfører "offentlige oppgaver", er "offentlig finansiert" eller har noe med offentlig forvaltning å gjøre.

Omtrent alle utvalgets vurderinger har virksomheten i offentlig sektor som utgangspunkt. Utvalget viser gjennomgående til "offentlig sektor", "offentlig forvaltning", "forvaltningen", "offentlig virksomhet", "myndighetsutøvelse" osv. og til prinsipper som gjelder for disse. Når også selvstendige rettssubjekter, som ikke er omfattet av disse referansene, er foreslått å være omfattet av loven, gjør det seg gjeldende også andre hensyn.

Går departementet videre med forslaget om at foretak skal være omfattet av loven, mener vi at departementet nøye må gå gjennom utvalgets begrunnelser og forslag for å sørge for at de reglene som måtte bli foreslått, tar hensyn til at foretak ikke er en del av offentlig forvaltning.

7 Lovens formål

Utvalgets forslag til formålsbestemmelse er formulert svært vidt. Utvalget ser ut til å legge til grunn en så stor nytteverdi av enhver dokumentasjon, at ulempene blir underordnet. Denne vektleggingen har formodentlig preget utvalgets overveielser i del 3 og 4. Utvalgets forslag tar, slik vi leser det, i hovedsak som utgangspunkt at det er utøvelse av tradisjonell forvaltningsmyndighet o.l. som skal være omfattet av loven. Dette har som konsekvens at overveielser og forslag ikke tar tilstrekkelig hensyn til at også foretak som driver næringsvirksomhet er foreslått omfattet av loven.

Formålet vil ha betydning for hvordan de enkelte forpliktelsene i loven skal forstås. For foretak utenfor offentlig sektor går referansen til forståelsen av "samtid" etter vår vurdering utover det som er nødvendig.

8 Lovens virkeområde

8.2 Situasjonsforståelse

Utvalget peker på arkivlovens avgrensning mot selvstendige rettssubjekter, som er omfattet av offentligloven, "selv om det offentlige har avgjørende styring med virksomheten, eller den er fullt ut offentlig eid". Selvstendige rettssubjekter, skriver utvalget, er ikke omfattet av arkivloven "selv om de treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift". Forvaltningsloven og offentligloven, på sin side, omfatter all slik virksomhet, selv om den utføres av et selvstendige rettssubjekter.

Denne situasjonsforståelsen skulle tilsi at arkivloven burde omfatte alle som utøver tradisjonell forvaltningsmyndighet, virksomhet som er nært knyttet til denne eller som må regnes som en del av offentlig sektor.

Utvalget går imidlertid lenger, ved å foreslå å inkludere også andre selvstendige rettssubjekter i virkeområdet, uavhengig av den virksomheten de driver. Bakgrunnen er blant annet såkalt fristilling av virksomheter: "Når stat og kommune fristiller virksomheter og gjør bruk av private til å løse oppgaver på sine vegne, faller de utenfor virkeområdet slik det er i dag", skriver utvalget i punkt 2.2. Som vi kommer tilbake til nedenfor, varierer bakgrunnen for og formålet med (i alle fall det statlige) eierskapet betydelig mellom selskapene. Eierskap er slett ikke alltid resultatet av

fristilling eller annen (om)organisering. Det er ikke gitt at det er naturlig å se på dem som en del av den offentlige forvaltning, selv om de skulle være omfattet av mer eller mindre omfattende offentligrettslige reguleringer.

8.3 *Overveielser*

Utvalget tar som et "naturlig" utgangspunkt at arkivloven bør ha minst samme virkeområde som offentligloven. Begrunnelsen er at den "type" dokumentasjon offentligloven gir innsynsrett i, også har "verdi som samfunnsdokumentasjon". Også dokumentasjon offentligloven ikke gir innsyn i, vil kunne ha slik verdi.

Dette gir uttrykk for en så generell og ubestridelig vurdering av nytten av samfunnsdokumentasjon at det er vanskelig å la den tjene som noe "naturlig utgangspunkt" for omfanget av arkivloven. Vi er enig i at bevaring av dokumentasjon er nyttig. Det er likevel åpenbart at viktigheten og nytten av dokumentasjon varierer sterkt, selv om det kan være vanskelig å differensiere i en lovtekst.

8.3.1 Hvilke selvstendige rettssubjekter bør være omfattet av arkivloven?

Utgangspunkter for overveielserne er at "samfunnsutviklingen" tilsier at virkeområdet for arkivloven bør være videre enn i dag. Som nevnt ovenfor, er ikke alt offentlig eierskap, som utvalget overveier i punkt 8.3.1, noe utslag av samfunnsutvikling i form av fristilling eller andre måte å organisere offentlig virksomhet på.

Virksomheter som er fullt ut offentlig eid

Overveielserne i dette avsnittet gjelder interkommunale selskaper og statsforetak. Etter vår vurdering ville det være logisk å overveie statsaksjeselskaper, jf. aksjeloven kapittel 20 avsnitt II i denne sammenhengen, se nærmere nedenfor. For statsaksjeselskaper gjelder det andre regler om eierstyring enn for andre aksjeselskaper, som vi også kommer tilbake til.

Øyensynlig som et argument for å la de aktuelle virksomhetene være omfattet av arkivloven, anfører utvalget at offentlige eiere "bør ha forståelse for behovet for og formålet med god dokumentasjon". Hvis dette er ment som et argument, burde utvalget vurdert eierforståelsen også når det gjelder virksomheter som ikke er heleide.

Vi mener at det er mulig å knytte arkivlovens virkeområde til de funksjonene virksomheter utfører. Utfører virksomhetene ikke funksjoner som er en del av offentlig sektor, må de falle utenfor loven. I tilfeller der det kan være mer uklart om dette er tilfelle, vil det være fullt mulig å fastsette funksjonelle kriterier for om virksomheten skal være omfattet eller ikke.

Virksomheter hvor det offentlige har eierandeler

Offentligloven gjelder for virksomheter der det offentlige – grovt sagt – eier mer enn halvparten av eierandelene. Utvalget mener det er nærliggende "å tenke seg" en tilsvarende avgrensning i arkivloven. Utvalget nevner ikke her avgrensningen i offentligloven mot rettssubjekter som "hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private", selv om den offentlige eierandelen overstiger halvparten.

Utvalget tar utgangspunkt i (den forrige) eierskapsmeldingens (Meld. St. 27 (2013-2014)) kategorisering i fire av statens eierskap. Selskaper i kategori 3 (selskaper med forretningsmessige mål og andre spesifikt definerte mål) og 4 (selskaper med sektorpolitiske mål) er foreslått omfattet av arkivloven.

I den nye eierskapsmeldingen (Meld. St. 8 (2019-2020)) er kategoriseringen for øvrig "videreutviklet og forenklet for å tydeliggjøre statens mål som eier" (se punkt 5.2). Tidligere kategori 3 og 4 er kort sagt slått sammen til kategori 3. Begrunnelsene for eierskapet i de enkelte selskapene er nå tydeligere enn tidligere.

For selskaper som er heleide av det offentlige, er utvalgets forslag begrunnet i at "selskapet bidrar til å løse offentlige oppgaver" siden eierskapet har sektorpolitiske begrunnelser. Langt de fleste selskapene som er regnet opp (på side 96) er heleide (og statsaksjeselskaper), og de burde vært drøftet under overskriften "virksomheter som er fullt ut offentlig eid". Da ville begrunnelsen for å foreslå dem omfattet av loven, naturlig vært den samme som for IKS-er og statsforetak, se ovenfor om vårt syn på den begrunnelsen.

Når det er også andre eiere i selskapene, er begrunnelsen "å nå formålene med arkivlova", når staten eller kommuner har "avgjørende innflytelse" i dem, tilsynelatende fordi det offentliges begrunnelse for eierskapet er dels sektorpolitisk.

Når det gjelder offentlig eide selskaper i kategori 1 (selskaper med forretningsmessige mål) og 2 (selskaper med forretningsmessige mål og nasjonal forankring av hovedkontor), skjelner utvalget ikke på samme måte mellom heleide og deleide selskaper. Langt de fleste og største av dem er for øvrig deleide. Utvalget mener at det kan være en "konkurransulempe" for slike selskaper å bli underlagt arkivloven, men de skriver ikke nærmere hva denne ulempen består i. Kostnader er en nærliggende ulempe. Utvalget toner ned denne ulempen, når de skriver (i punkt 8.3.1) at de antar

"at virksomheter med forsvarlig drift også har et regime for å forvalte dokumentasjon som har sammenheng med prosessene internt og med samspill med kunder og myndigheter. Det kan argumenteres for at arkivlovas krav antakelig ikke går noe særlig lenger enn det som allerede følger av god dokumentasjonsforvaltning i enhver virksomhet, offentlig som privat, med unntak av reglene som legger til rette for offentlighet."

Vi er enig i at det er sannsynlig at virksomhetene har "regime" for å forvalte dokumentasjon. Det er likevel nærliggende at regimet er tilpasset de behovene virksomhetene selv har og deres egen oppfatning av hva "god dokumentasjonsforvaltning" består i for deres vedkommende, som gjerne er rettet inn mot forretningsvirksomhet og kundefølgelse. Det er ikke opplagt at det tilsvarende arkivlovens regler. Utvalget går ikke inn på hva det mener at ligger i "god dokumentasjonsforvaltning" for selskapene. Da er det heller ikke mulig å gjøre en sammenligning med det som vil følge av arkivloven. Utvalgets vurderinger i dette avsnittet er uttrykkelig basert på antakelser og noe det "kan" argumenteres for. Det er en svakhet at utvalget ikke har sammenlignet grundigere situasjonen i dag med den situasjonen bedriftene vil komme i hvis de blir underlagt en ny arkivlov.

For selskaper som er omfattet av offentligloven kan en annen konkurranseulempe være kostnadene ved å behandle og systematisere dokumenter og opplysninger som er unntatt fra

innsyn. Vi kommer nedenfor tilbake til særlige spørsmål som gjelder langtidsbevaring av dokumentasjon.

Også utvalgets vurderinger av konsekvensene av forslagene, kommer vi tilbake til.

Videre skriver utvalget at "reglene om offentlighet vil uansett komme til anvendelse hvis eierandelen blir stor nok". Dette stemmer etter vår vurdering ikke godt for alle selskapene, med begrensningen i offentligloven § 2, om at loven ikke gjelder for rettssubjekter som "hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private".

Utvalget går deretter inn på nytten – fordelene – ved å la selskapene i kategori 1 og 2 være omfattet av loven. Utvalget peker på "hensynet til helhetlig samfunnsdokumentasjon", at "selskapene har spilt en stor rolle i samfunnsutviklingen" og at dokumentasjon fra disse virksomhetene "kan gi viktig kunnskap og være sentrale bidrag til forståelse". Utvalget nevner noen eksempler: "Statoils pionervirksomhet i Nordsjøen og dokumentasjonen om dykkerne eller vannkraft og infrastrukturen for denne".

Disse fordelene fremstår som hovedbegrunnelsen for å foreslå selskapene i kategori 1 og 2 omfattet av loven (over eierskapsterskelen). Begrunnelsen er dermed en annen enn at selskapene – kort sagt – er knyttet til offentlig forvaltning. Begrunnelsene er etter vår vurdering så generelle og unyanserte at de er nær uangripelige, slik vi har pekt på ovenfor.

Statens eierandeler er underlagt offentlig kontroll i den forstand at departementene har ansvaret for forvaltningen av eierandelene, noe som følger allerede av Grunnloven § 19. Nærings- og fiskeridepartementet har for eksempel en egen eierskapsavdeling. Riksrevisjonen kontrollerer eierskapsutøvelsen og gir beretning til Stortinget. Flere av bransjene er regulerte, og dermed underlagt offentlig tilsyn, som kjenner bransjene og utviklingen av dem godt.

Det er blant annet tradisjon for at regjeringen sender Stortinget en melding om utøvelse av eierskap osv., noe som ikke vil være mulig uten at departementene dokumenterer. Samferdselsdepartementet legger for eksempel frem sektormeldinger som omfatter hhv. postsektoren (Posten Norge) og Avinor.

Etter den nye kommuneloven (2018) § 26-1, skal kommuner og fylkeskommuner utarbeide eierskapsmelding minst en gang i valgperioden. Fylkesmannen er tilsynsmyndighet, som også omfatter selvstendige rettssubjekter, se § 30-3.

Man skulle derfor tro at behovet for samfunnsmessig og politisk kontroll (se side 98) vil gi seg utslag i – i alle fall langt på vei – tilstrekkelig dokumentasjon i offentlige organer allerede, blant annet i eierdepartementer og -kommuner. Utvalget er inne på dette (på side 96) når det gjelder IKS-er og statsforetak, nemlig at organiseringen er et utslag av ønsket om "å knytte virksomheten tett til det offentlige og til det offentliges interesser og for å kunne drive aktiv styring". Utvalget har imidlertid ikke vurdert om forvaltning av de offentlige eierandelene og offentlig tilsyn gjør at det blir bevart dokumentasjon som er tilfredsstillende for en arkivlovs formål. Vi oppfordrer departementet til å undersøke disse forholdene nærmere.

Utvalget nevner en forskriftshjemmel som et reguleringsalternativ til å pålegge hel eller delvis arkivplikt for selskaper i (tidligere) kategori 1 og 2. Det ville vært et nærliggende utfall av utvalgets drøftelser at virkeområdet ble knyttet til formålet med det offentlige eierskapet eller til funksjonelle kriterier.

Det kan se ut til at utvalget blander sammen selskapenes formål og eieres formål med eierskapet, i overveielsene. Et selskaps "virksomhet" (ikke "formål") skal fremgå av vedtektene, jf. aksjeloven § 2-2. Vedtektene skal være registrert i Foretaksregisteret. Eiers formål med eierskapet er selskapet i prinsippet uvedkommende. I alle fall vil det være sjelden at man finner det registrert noe sted. Den nye eierskapsmeldingen figur 8.1 viser at staten er svært tydelige når det gjelder statens roller.

I Prop. 46 L (2017-2018) er det nettopp sagt om kommunale eierskapsmeldinger at de "skal inneholde opplysninger om kommunens eller fylkeskommunens formål med eierskapet i de forskjellige virksomhetene. Ettersom meldingen skal redegjøre for formålet med eierskapet i virksomheten må formålet ikke nødvendigvis være identisk med selskapets formål" (uthevet her).

Utvalgets drøftelser tar nettopp utgangspunkt i statens egen formålskategorisering av eierskap. Utvalget antar – uten å begrunne det nærmere – at også eierskap i kommunal sektor vil kunne kategoriseres etter de samme linjene som statens. Det er derfor overraskende at utvalget konkluderer med at ulempene med å kategorisere selskapene etter formålet med eierskapet, er for store. Som nevnt ovenfor, er kommunene og fylkeskommunene pålagt (i den nye kommuneloven) å utarbeide en eierskapsmelding, der formålet med eierinteressene skal fremgå.

Utvalget konkluderer i stedet med å foreslå en offentlig eierskapserskel på 50 prosent for når et selskap skal være omfattet av arkivloven. Terskelen skal gjelde uavhengig av den virksomhet selskapene driver og det formål det offentlige har med eierskapet. Denne konklusjonen går altså langt på vei på tvers av det utvalget bruker som begrunnelse for å la selvstendige rettssubjekter være omfattet av loven, nemlig at de utøver forvaltningsvirksomhet eller for øvrig er knyttet til offentlig sektor.

Eierskapserskelen er videre basert på en premiss om at det offentlige har "avgjørende styring" med selskapet.

Premissen trenger en nyansering. En aksjeeier som eier mer enn 50 prosent av et aksjeselskap vil i utgangspunktet ha såkalt "bestemmende innflytelse" over selskapet. Det samme gjelder hvis man kan velge et flertall av medlemmene i styret i selskapet. Dette følger av aksjeloven og allmennaksjeloven § 1-3, som er en konserndefinisjon i disse lovenes forstand. "Bestemmende innflytelse" betyr imidlertid ikke at staten som eier har "avgjørende styring". Eksempelvis er staten ikke representert i selskapenes styre, se Meld. St. 8 (2019-2020) punkt 8.5.1, og staten kan ikke ta ut større utbytte enn det styret godtar, se aksjeloven og allmennaksjeloven § 8-2, motsetningsvis § 20-4 for statsaksjeselskaper.

For børsnoterte selskaper, som utgjør en viktig del av det direkte statlige eierskapet, er det i realiteten enda større begrensninger i statens bestemmelsesrett, selv med eierandel på over 50 prosent. Beskrivelsen av statens eierskapsutøvelse i Meld. St. 8 (2019-2020) kapittel 8 viser dette, blant annet slik:

De selskapsrettslige grunnprinsippene og forholdet mellom statsråden og selskapsledelsen er i utgangspunktet uavhengig av statens eierandel. Når staten eier et aksjeselskap sammen med andre vil imidlertid aksjelovens regler som ivaretar enkeltaksjeeiernes interesser ha betydning for statsrådets forhold til og innflytelse over selskapet. Dette medfører at forvaltningen av statens eierskap i slike tilfeller kan bli noe annerledes enn der staten er ene-eier.

Når staten eier et selskap sammen med andre, begrenses statsrådets myndighet som følge av blant annet aksjelovgivningens likhetsprinsipp, jf. aksje-/allmennaksjeloven § 4-1, og regelen om forbud mot misbruk av generalforsamlingens myndighet, jf. aksje-/allmennaksjeloven § 5-21, på lik linje med det som gjelder for øvrige aksjeeiere. Misbruksregelen forbyr generalforsamlingen å treffe beslutninger som er egnet til å gi visse aksjeeiere eller andre en urimelig fordel på andre aksjeeieres eller selskapets bekostning. Dette betyr at staten, selv som majoritetsaksjeeier, etter loven ikke kan begunstige seg selv på bekostning av de øvrige aksjeeierne i selskapet. Dette blir særlig relevant dersom staten som eier ønsker å pålegge selskapet oppgaver som ikke naturlig ligger til selskapet. Det er også en rekke andre regler i aksjelovgivningen som ivaretar enkeltaksjeeierne i tillegg til vernet som følger av likhetsprinsippet og misbruksregelen.

Dette innebærer blant annet at staten ikke kan bestemme at deleide selskaper kan styres og brukes som om de skulle vært del av offentlig sektor. I eierskapsmeldingen punkt 12.8 skriver departementet mer generelt at

Statlig eierskap skal ikke urettmessig medføre andre konkurransevilkår, verken fordeler eller ulemper, sammenlignet med selskaper uten statlig eierandel. ... Staten skal ikke misbruke sin makt og innflytelse gjennom øvrige roller til å fremme sine interesser som eier. ... Staten skal heller ikke fatte politiske vedtak eller utøve myndighet på måter som gir urettmessige fordeler eller ulemper for selskapene med statlig eierandel sammenlignet med privateide selskaper.

For ikke-børsnoterte selskaper med andre aksjonærer enn staten, vil begrensningene kunne være enda sterkere, for eksempel der det er inngått avtale mellom aksjonærene om fordeling av myndighet.

Utvalgets forståelse av det offentliges styring er derfor upresis. Vi understreker at det ikke er noe poeng i seg selv at utvalgets ordvalg på dette punktet ikke samsvarer med for eksempel aksjelovens. Poenget at det offentliges reelle styring med deleide selskaper er en annen enn den utvalget har basert konklusjonene på.

Utvalget har tatt utgangspunkt i foretak med direkte offentlig eierskap. Forslaget går likevel ut på at også "indirekte" eierskap og "indirekte" rett til å velge flere enn halvparten av medlemmene i det øverste organet i virksomheten, skal gjøre at et selskap blir omfattet av loven. Vi regner med at utvalget dermed mener at loven skal omfatte også datterselskaper av de selskapene det offentlige eier direkte. Datterselskaper som har også andre eiere enn selskaper kontrollert av det offentlige, ser også ut til å være omfattet. Bestemmelsen vil slik den er utformet omfatte også utenlandske selskaper som er kontrollert av selskaper der det offentlige er eier.

Blir indirekte eierskap omfattet av loven, vil det gjøre at den regulerer virksomheter som verken har eller har hatt noen tilknytning til det offentlige på noen måte noen gang. Det fremstår som helt tilfeldig at disse selskapene blir omfattet. Utvalget har ikke vurdert dette, utover implisitt å legge til grunn at disse er underlagt offentlig styring.

Med denne forståelse av utkastet er det snakk om et langt høyere antall selskaper som vil være omfattet enn det utvalget gir uttrykk for. Før man kan gi en slik regel, er det nødvendig å gi en synlig begrunnelse for den, noe utvalget etter det vi kan se ikke har gjort.

I utkastet til § 2 første ledd bokstav c er det foreslått at alle "selvstendige offentlige virksomheter" skal være omfattet av loven. Ifølge spesialmotivene (side 267) antar utvalget at bestemmelsen har "begrenset selvstendig betydning". Det må være mulig for virksomheter å vite om de er omfattet av loven eller ikke. Hvis departementet skulle velge å følge opp dette forslaget, bør det være tydelig hvilke virksomheter man egentlig sikter til.

Det er foreslått at loven skal gjelde "i Norge". Norske selskaper, også datterselskaper, kan ha virksomhet i utlandet, og utenlandske selskaper (offentlig hel- og deleide, også datterselskaper) kan ha virksomhet i Norge. Det vil være nødvendig å avgrense det geografiske virkeområdet tydeligere, hvis forslaget om eierskapsterskel blir fulgt opp.

Utvalget har foreslått en unntakshjemmel i § 2 første ledd tredje punktum, etter mønster fra offentligloven. Hvis departementet skulle mene at det er aktuelt å la loven gjelde for selvstendige rettssubjekter, mener vi at ordningen i tilfelle må speilvendes. Med en slik ordning vil departementet åpent og konkret måtte begrunne et utvidet anvendelsesområde, i stedet for slik det er etter utvalgets forslag, der det er unntak som må begrunnes. For heleide selskaper kan eier bestemme at arkivloven skal gjelde.

10 Arkivformål i allmennhetens interesse

I kapittel 10 er personvern hensyn i hovedsak knyttet til personopplysningslovens regler om arkivformål i allmennhetens interesse. Vi forstår utvalgets vurderinger i punkt 10.3.3. slik at foretak ikke driver med "arkivformål i allmennhetens interesse", med mindre de kort sagt er en arkivinstitusjon, slik det er foreslått i loven § 5. Det innebærer blant annet at unntakene fra de registrertes rettigheter i utkastet § 25 ikke gjelder for foretak.

For foretak som ikke utfører en oppgave i allmennhetens interesse eller utøver offentlig myndighet vil personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 e) ikke kunne være behandlingsgrunnlag. For de personopplysninger arkivloven vil kreve behandlet, vil det etter vår vurdering være artikkel 6 nr. 1 c) – rettslig forpliktelse – som er behandlingsgrunnlag. Den rettslige forpliktelsen vil være arkivloven. Vi mener at en hjemmel i arkivloven som pålegger foretak å behandle av personopplysninger derfor må vurderes og begrunnes grundigere enn det utvalget har gjort, se kravene i personvernforordningen artikkel 6 nr. 3, Prop. 56 LS (2017-2018) punkt 6.4 og 6.5 og Datatilsynets hørings svar 16. oktober 2017 (særlig punkt 4.3) til høringen om ny personopplysningslov.

Ovenstående gjelder særlig siden foretak er foreslått omfattet av loven begrunnet kun med at det offentlige har eierandeler, uten at virksomheten er knyttet til noen form for

forvaltningsmyndighet. Foretakene er selv ansvarlige for å etterleve personopplysningsloven. For dem er det viktig at de kan være sikre på lovgiver har sørget for at behandlingsgrunnlaget er lovlig.

For ordens skyld vil vi peke på at vi i prinsippet er uenige i utvalgets vurdering av at "hverken Grunnloven § 102 eller EMK artikkel 8 gir noe mer vidtgående vern av personopplysninger enn det som følger av personvernforordningen".

14 Plikt til å skape og bevare dokumentasjon

14.4 Overveielser

14.4.2 Kommunikasjon

Utvalget foreslår som § 8 at virksomheter skal dokumentere sin eksterne dokumentasjon. Dette omfatter "tradisjonell" korrespondanse og alle andre "budskap som kommuniseres inn eller ut av virksomheten" (side 271). En stor del av slik dokumentasjon vil innebære behandling av personopplysninger.

Vi viser til kommentaren ovenfor når det gjelder selvstendige rettssubjekters behov for å være sikre på at behandlingsgrunnlaget – en rettslig forpliktelse – etter personopplysningsloven er tilstrekkelig vurdert og begrunnet.

Kravet om å "dokumentere" er knyttet til legaldefinisjonen av "dokumentasjon" i utkastet til § 5 bokstav a. Legaldefinisjonen er tilpasset dem som utøver myndighet eller utfører tjenester eller andre oppgaver som har med det offentlige å gjøre. Skal selvstendige rettssubjekter bli omfattet av loven, innebærer utkastet til legaldefinisjon for det ene til at det er uklart hva slags informasjon de skal "bekrefte" og for det andre at kravene går ut over det som er nødvendig for å nå formålene med loven. Når man skal "dokumentere ... kommunikasjon", viser det til § 5 bokstav b ("sørge for dokumentasjon") som igjen viser til bokstav a (om at "dokumentasjon" er "informasjon", tilsynelatende skriftlig så vel som muntlig), som ikke har noen referanse til kommunikasjon. Det er i det hele tatt uklart hva et dokumentasjonskrav egentlig skal gå ut på.

Som § 13 er det foreslått en generell regel, nærmest en sekkepost, om virksomhetenes egen vurdering av andre vesentlige forhold. Den vil være vanskelig å forholde seg til, særlig når overtredelser er foreslått sanksjonert med overtredelsesgebyr så vel som straff.

15 Fangst av e-post

15.3 Overveielser

15.3.3 Dokumentasjon av lederes virksomhetsrelaterte kommunikasjon

Utvalget foreslår at "virksomhetsrelatert kommunikasjon til og fra personer i ledende stilling" skal dokumenteres av virksomheter som er omfattet av § 2 første ledd bokstav a til c.

Utvalget legger i kapittel 25 til grunn at "personer i ledende stilling" skal være de som er unntatt fra arbeidstidsbestemmelsene i arbeidsmiljøloven. Det er ikke umiddelbart enkelt å se sammenhengen.

Et slikt krav vil føre til at virksomhetene må holde oversikt over hvem som til enhver tid er unntatt fra arbeidsmiljølovens arbeidstidsbestemmelser. Videre innebærer kravet om at personer i ledende stillinger må skjelne mellom virksomhetsrelatert og ikke-virksomhetsrelatert kommunikasjon med medarbeidere. Etter forslaget skal all virksomhetsrelatert kommunikasjon dokumenteres, selv om den ikke har med "instrukser", "føringer" eller "beslutninger" å gjøre, som er begrunnelsen for dokumentasjonsplikten. Det er derfor ikke overenstemmelse mellom utkastet til lovtekst og premissene for den.

En annen begrunnelse for denne dokumentasjonsplikten er at den "vil være av verdi for virksomheten selv ved at den kan gå tilbake for å dokumentere egen aktivitet. Dokumentasjon legger til rette for å ettergå egne prosesser med sikte på å avdekke feil og å lære for å oppnå effektivitets- og kvalitetsutvikling." Dette fremstår som en ren regulering av hvordan virksomheter skal innrette sin interne kontroll. I foretak er det en oppgave for styret og daglig leder å forvalte og ha tilsyn med virksomheten, se for eksempel aksjeloven kapittel 6 avsnitt II. Det er vanskelig å se sammenhengen med formålet med arkivloven.

Utvalget legger til grunn, slik vi forstår det, at teknologien for automatisk e-postfangst ikke er tilgjengelig ennå (side 272). Hvis dette er en riktig forståelse, bør departementet ikke foreslå en regel som tilsvare utkastet § 8 tredje ledd. En slik regel bør foreslås først når det er mulig å etterleve den, og da bør regelen ha vært på høring på grunnlag av den teknologien som er tenkt brukt. Utvalgets utkast om generelle overgangsregler og individuelle søknader om unntak fremstår som unødvendig tungvint.

Forslaget om at all virksomhetsrelatert kommunikasjon – særlig fra medarbeidere til ledere – skal dokumenteres, griper inn i personvernforhold og arbeidsmiljøforhold. For lederes kommunikasjon med personer utenfor virksomheten vil personvern hensyn gjøre seg gjeldende. Uavhengig av gjeldende, og eventuelle fremtidige, krav i personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven, er det grunn til å undersøke nærmere hvilken betydning utvalgets forslag kan ha. Det er god grunn til å tro at kravet vil påvirke hvordan ansatte utfører arbeid, hvordan ansatte kommuniserer og samarbeider og den fortroligheten man normalt kan legge til grunn mellom en leder og en underordnet.

Vi viser også til kommentaren ovenfor om de kravene personvernforordningen artikkel 6 nr. 3 stiller til begrunnelser og avveininger for rettslig forpliktelse som behandlingsgrunnlag. Det kan også være spørsmål om automatisk e-postfangst kan utløse plikt til å utpeke personvernombud etter personopplysningsloven.

De samme innvendingene mot forslaget til § 8 gjør seg langt på vei gjeldende også når det gjelder § 11 annet ledd.

21 Overføring og langtidsbevaring

Foretak som etter utkastet skal være omfattet av loven, har dokumentasjon som gjelder helt andre forhold enn typisk forvaltningsmyndighet. Foretakenes eksterne kommunikasjon (se § 8 første ledd) vil typisk gjelde overfor kunder (også privatpersoner), leverandører og andre forretningspartnere, og den vil gjelde forretningsplaner, kontrakter, pristilbud, strategier, fakturaer og annet. Også kommunikasjon med regulerende myndigheter vil være omfattet.

Kommunikasjonen kan inneholde opplysninger som foretaket har behov for å holde hemmelig i mange år, for eksempel på grunn av kontraktsrettslige forpliktelser og dokumenter det er knyttet taushetsrett til. Utvalgets overveielser etterlater tvil ved om det er tilstrekkelig vurdert om overførende virksomhet kan regne med at opplysninger ikke blir utlevert når det er behov for hemmelighold og at opplysninger er tilstrekkelig beskyttet mot innbrudd.

For foretak vil langtidsbevaring og tilgang til arkiver ha betydning også for forretningsforbindelser. Utvalget har ikke vurdert hva dette kan bety for kommunikasjon mellom dem og pliktsubjektene.

24 Økonomiske og administrative konsekvenser

24.4 Økonomiske og administrative konsekvenser av øvrige forslag

24.4.2 Virkeområdet

Beskrivelsen av de administrative og økonomiske konsekvensene av forslaget til virkeområde går ut på at de nye virksomhetene "vil måtte sette seg inn i reglene" og at etterlevelse av loven "vil ... kunne kreve en viss ressursinnsats". Overføring til langtidsbevaring vil kunne kreve "noe ressursinnsats". I en "overgangsperiode" kan konsekvensene være "følbare".

Utvalget legger til grunn at bransjeorganisasjoner kan forenkle gjennomføringen, men har ikke forklart nærmere hva grunnlaget er for at bransjeorganisasjoner skal prioritere og bekoste et slikt arbeid. Konsekvensene for dem er ikke vurdert.

Utvalgets utredning av økonomiske og administrative konsekvenser tilfredsstiller etter vår mening utvilsomt ikke kravene i utredningsinstruksen. Det er ikke gjort forsøk på å tallfeste konsekvensene, heller ikke er det gitt noe tall på hvor mange selskaper som vil bli omfattet eller hvor mange ansatte som kan være omfattet. Kostnadene ved et forslag er relevant for å vurdere alternative forslag.

Som nevnt ovenfor mener utvalget at det "kan" argumenteres for at den nye lovens krav "antakelig" ikke går "noe særlig" lenger enn det som følger av god dokumentasjonsforvaltning når det gjelder virksomheter med forsvarlig drift. Vi er enig med utvalget i at det er nødvendig å ta disse reservasjonene. En mer antakelig realitet er at foretakene har systemer de selv mener er nødvendig for de formålene de har, for eksempel å dokumentere egen virksomhet og etterleve regler for eksempel i bokføringsloven.

Utvalget har i punkt 8.3.1 beskrevet konsekvensen av forslaget som "merkbar". Når utvalget ikke har beskrevet konsekvensene av forslaget grundigere enn det har, er det nærliggende å tro at de heller ikke har tatt konsekvensene i betraktning i overveielserne av forslaget. Dette innebærer at departementets grunnlag for å vurdere forslagene er for svakt.

Vi har selv ikke grunnlag for å tallfeste eller på annen måte vurdere kostnadene for dem som vil bli omfattet av den nye loven. Likevel tyder tilbakemeldinger vi har fått, på at utvalget, selv i sine generelle vendinger, til dels grovt har undervurdert kostnadene. Dette gjelder både kostnadene ved å implementere loven og den videre etterlevelsen av den. Anskaffelse av systemer vil kreve bestillerkompetanse, personell må læres opp i bruken av systemene, det kan være nødvendig å

ansette eget arkivpersonell, systemene skal driftes og vedlikeholdes, og de må tilpasse andre systemer i foretakene og det må sørges for kontroll av etterlevelse.

Ved langtidsbevaring vil det påløpe kostnader ved uttrekk av opplysninger som ikke skal langtidsbevares.

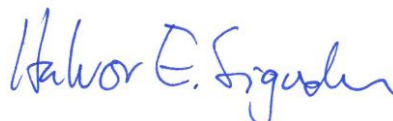
Eksisterende systemer hos foretak er ikke utformet med tanke på offentligrettslige krav i arkivlovgivningen. Vi antar derfor at overgangskostnader for foretak vil bli høyere enn for offentlig forvaltning.

Vi oppfordrer departementet til å skaffe seg langt mer informasjon enn den utvalget har gitt om de økonomiske kostnadene for de selvstendige rettssubjektene som etter forslaget skal være omfattet av loven.

Vennlig hilsen
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Avdeling næringspolitikk



Per Øyvind Langeland
Avdelingsdirektør



Halvor E. Sigurdson
fagleder