

REGJERINGSADVOKATEN

Ugradert

Kulturdepartementet
Postboks 8030 Dep
0030 OSLO

Deres ref

Vår ref

2019-1045 MST/MST

Dato

10.03.2020

HØRING - NOU 2019: 9 FRA KALVESKINN TIL DATASJØ - NY LOV OM SAMFUNNSDOKUMENTASJON OG ARKIVER

1 INNLEDNING

Vi viser til høringsbrev 1. juli 2019, hvor departementet ber om synspunkter på NOU 2019: 9 innen 2. desember 2019. Vi viser også til telefonsamtale 27. november 2019, hvor vi ga beskjed om at høringsuttalelsen herfra dessverre ville bli inngitt etter fristens utløp.

Vi nevner innledningsvis at det kan være grunn til å vurdere om det videre arbeidet med lovutkastet bør koordineres med forslaget til ny forvaltningslov (NOU 2019: 5) og arbeidet med offentleglova. Særlig gjelder dette konsekvensene av forslaget om å forlate dokumentbegrepet, som i dag i stor grad er felles i de tre lovene, se NOU 2019: 9 side 49.

Regjeringsadvokaten har ut over denne overordnede betraktningen ikke funnet det riktig å inngi en høringsuttalelse til hele utredningen, men vil i stedet kommentere enkeltspørsmål som vi har festet oss ved i de tre første kapitlene i lovutkastet.

2 LOVUTKASTETS KAPITTEL I

Lovutkastets kapittel I inneholder enkelte innledende bestemmelser.

Lovutkastet § 1 angir lovens formål. Vi har merket oss at formålet etter *første ledd* blant annet skal være «å sikre dokumentasjon om samfunnet». Det er et spørsmål om dette favner for vidt. Dokumentasjonspliktene i lovutkastets kapittel II gjelder visse sider ved den virksomhet som drives av lovens pliktsubjekter, f.eks. kommunikasjon (§ 8) og avgjørelser som treffes under utøving av offentlighet myndighet (§ 11). Dokumentasjonsplikten gjelder ikke «samfunnet».

Det fremgår videre av *annet ledd bokstav b* at loven skal legge til rette for å «drive forsvarlig offentlig virksomhet». Utredningen går imidlertid i liten grad inn på hva som ligger i dette (se NOU 2019: 9 s. 88 og 266), og man kan derfor spørre hvor god veiledning denne rettesnoren gir. Det ble ikke foreslått noe forsvarlighetskrav i utkastet til ny forvaltningslov under henvisning til

REGJERINGSADVOKATEN

«den uklarhet som knytter seg til hva et slikt krav i tilfelle skulle romme» (se nærmere NOU 2019: 5 s. 156-157). Man kan videre spørre om en slik bestemmelse går videre enn det som naturlig hører hjemme i en lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver.

I *lovutkastet § 5* defineres noen av de sentrale ordene i lovutkastet.

Det er et spørsmål om definisjonen av ordet «dokumentasjon» i *bokstav a første punktum* kan forenkles noe.

For det første kan det vurderes om ordene «som løpende bekrefter» bør erstattes med «om». Da unngår man både de innvendinger som kan reises mot ordet «bekrefte», som ikke uten videre passer så godt i denne sammenhengen, og mot at bekreftelsen skal skje «løpende».

For det annet merker vi oss at lovutkastet § 5 regner opp både «virksomhet, organisasjon eller person», mens lovutkastet § 6 ser ut til å bruke ordet «virksomhet» i en så vid betydning at det også dekker alternativene «organisasjon eller person». For å unngå at dette skaper usikkerhet i praksis, kan det vurderes om også ordet «virksomhet» bør legaldefineres. Dette vil i tilfelle også gi anledning til å klargjøre at et forvaltningsorgan er en «virksomhet» i lovens forstand.

I *bokstav a annet punktum* gis det eksempler på hva som skal dokumenteres. Slik bestemmelsen er utformet, kan imidlertid innledningsordene gi inntrykk av at eksemplene gjelder ulike former for dokumentasjon. Dette kan antakelig klargjøres noe. Når det gjelder selve oppregningen, kan man spørre om ordet «prosesser» er for uklart til at det kan stå alene. Det er også et spørsmål om alternativet «handlinger med rettslige virkninger» kan gjøre det uklart om alternativet «har handlet» i første punktum skal tas på ordet eller ikke, og om alternativet «vesentlige hendelser og forhold» i tilstrekkelig grad er knyttet til forhold som har med virksomheten å gjøre.

3 LOVUTKASTETS KAPITTEL II

Lovutkastets kapittel II fastsetter dokumentasjonsplikter. Disse pliktene ser ut til å innebære en betydelig utvidelse av arkivplikten sammenlignet med gjeldende rett, se blant annet NOU 2019: 9 pkt. 14.4.1 (side 160) og side 271. Selv om intensjonen er at dokumentasjon skal «høstes» automatisk, vil dette trolig forutsette at det utvikles teknologi som ikke er tilgjengelig nå. Det er grunn til å spørre om kostnadene ved dette vil stå i forhold til gevinstene ved å lagre informasjon som ikke anses arkivverdig etter dagens regler.

I *lovutkastet § 6* er det gitt bestemmelser som pålegger virksomheter å fastsette og ajourføre en dokumentasjonsstrategi. For at dette skal komme enda klarere til uttrykk, kan ordene «fastsette og» føyes til før ordet «regelmessig». Vi antar at det vil kreve en del ressurser å oppfylle kravene. De økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget er imidlertid ikke drøftet nærmere (se NOU 2019: 9 s. 264).

I *lovutkastet § 7* er det gitt bestemmelser om dokumentasjon i felles systemer.

Det fremgår av *første ledd* at der «flere virksomheter produserer dokumentasjon som nevnt i §§ 8-13 i felles systemer», «skal» virksomhetene «avtale hvem som har ansvar for å ivareta pliktene etter denne loven». Det ser ut til at en virksomhet på denne måten kan avtale seg bort fra plikter som ellers ville følge av lovutkastet. Etter vårt syn bør departementet vurdere om dette også kan gjelde for plikter som springer ut av personvernforordningen, jf. personopplysningsloven § 1.

Når det gjelder forskriftshjemmelen i *annet ledd*, kan man spørre om alternativene «bevaring og tilgjengeliggjøring» er sideordnet med alternativet «behandling», eller om det reelt sett er tale

REGJERINGSADVOKATEN

om eksempler på behandlingsmåter. I sistnevnte fall er det et spørsmål om de kan sløyfes som overflødige. Man kan også spørre om alternativet «samhandling» har selvstendig betydning ved siden av alternativet «saksbehandling».

I *lovutkastet § 8* er det gitt bestemmelser som innebærer plikt til å dokumentere kommunikasjon.

Det fremgår av *første ledd* at virksomheter «skal dokumentere sin eksterne kommunikasjon». Plikten ser ut til å være generell, og omfatter i så fall også kommunikasjon som i dag ikke anses som arkivverdig, bl.a. kommunikasjon om rent praktiske spørsmål. I noen virksomheter vil denne plikten lede til en vesentlig økning i omfanget av hva som skal lagres. Dette vil kunne resultere i at dokumentasjons- og arkivsystemer blir mer uoversiktlige, og dermed også mindre nyttige som daglige arbeidsverktøy.

Forslaget vil på ett punkt kunne innebære visse administrative lettelser, siden det ikke lenger vil være nødvendig å ta standpunkt til hvorvidt virksomhetsrelatert korrespondanse skal lagres eller ikke. Dette forutsetter imidlertid at dokumentasjonsplikten kan oppfylles på automatisert måte, jf. tredje ledd. At all ekstern kommunikasjon skal lagres, kan imidlertid lede til nye byrder som ikke er bagatellmessige, bl.a. når det gjelder etterlevelse av reglene om dokumentforvaltning (§ 16) og reglene om tilgjengeliggjøring (§ 17) og vedlikehold (§ 19). De økonomiske og administrative konsekvensene bør derfor drøftes mer inngående enn det som så langt er gjort (se NOU 2019: 9 s. 263 og 265). Vi antar for øvrig at «kommunikasjon» bare tar sikte på skriftlig kommunikasjon, og at ordet derfor skal forstås snevrere enn det som må legges til grunn etter Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. Departementet kan vurdere om det er grunn til å klargjøre dette.

Også når det gjelder plikten til å dokumentere intern kommunikasjon etter *annet ledd*, kan det være grunn til å drøfte de økonomiske og administrative konsekvensene av forslaget, bl.a. når det gjelder arbeidsformen mellom ledere og de krav som følger av personvernforordningen. Det er dessuten mulig at innslaget av privat kommunikasjon vil være større når det gjelder interne e-poster mv. enn når det gjelder e-post som sendes til eksterne mottakere. Det vil i så fall være behov for verktøy som gjør det praktisk mulig å lagre bare den delen av kommunikasjonen som omfattes av dokumentasjonsplikten.

En plikt til å dokumentere all ekstern kommunikasjon vil i noen saker gi Regjeringsadvokaten særegne problemer ut fra våre oppgaver som prosessfullmektig og rådgiver for statlige organer. (Oppgavene framgår av instruksene som gjelder for vår virksomhet gitt i kgl. res. 9. mai 1962 med senere endringer.) Alle innkommende dokumenter og ethvert dokument som framlegges for domstolene i saker vi fører, blir arkivert hos oss på vanlig måte. Men det finnes situasjoner, i meget omfattende saker, der våre advokater må gjennomgå betydelige mengder informasjon med sikte på å avklare om noe er relevant for den aktuelle saken. En del slike oppgaver utføres – gjerne på et innledende stadium – etter begjæring framsett av motparter. I internasjonal voldgift vil det ikke være uvanlig at titusener av dokumenter, fra flere og forskjellige arkiver og kilder, må gjennomgås for å kunne besvare motpartens «provokasjoner». Dersom enhver slik dokumentmengde (kommunikasjonen vil jo være «ekstern») skulle behandles på linje med det som utgjør saksrelevant dokumentasjon, vil våre systemer lett drukne i irrelevant informasjon. Dette til skade bl.a. for oversikt og fremfinnbarhet. Vi varsler derfor at vi har et behov for at det blir vurdert å gi særregler om denne siden av vår virksomhet når det utformes forskrifter, bl.a. etter utkastet § 8 fjerde ledd.

REGJERINGSADVOKATEN

I *lovutkastet § 9* oppstilles det en plikt til å dokumentere beskrivelser av informasjonssystemer, databaser og registre mv. Gjenstanden for dokumentasjonsplikten er blant annet «systemet», «datamodell» og «systemegenskaper som sikrer betryggende forvaltning, drift og vedlikehold». Man kan spørre om lovutkastet på dette punkt gir tilstrekkelig veiledning til dem plikten retter seg mot.

I *lovutkastet § 10* oppstilles det en plikt til dokumentasjon ved automatisert rettsanvendelse. Det fremgår av *første ledd* hva som skal dokumenteres. Departementet kan vurdere om det er grunn til å klargjøre deler av denne oppregningen, bl.a. ordet «datatype» i bokstav a og hva som ligger i uttrykket «andre politiske vedtak» i bokstav d. Det kan også oppstå et innholdsmessig spørsmål om hva som skiller «politiske» vedtak fra andre former for vedtak. Vi nevner for ordens skyld at det i NOU 2019: 5 er foreslått en tilsvarende bestemmelse i utkastet til ny forvaltningslov § 12. Departementet kan vurdere – eventuelt i samråd med Justis- og beredskapsdepartementet – om det er behov for begge bestemmelser, og om det i tilfelle er behov for å samordne dem.

I *lovutkastet § 11* oppstilles det en plikt til å dokumentere avgjørelser mv.

Første ledd har en side mot forvaltningslovens regler om begrunnelse, jf. forvaltningsloven § 25, og mot de tilsvarende bestemmelsene i utkastet til ny forvaltningslov § 48. Departementet kan vurdere – eventuelt i samråd med Justis- og politidepartementet – om det er behov for å samordne dem. Vi har også festet oss ved at bestemmelsen gjelder «avgjørelse under utøvelse av offentlig myndighet», og at den dermed ikke er begrenset til «enkeltvedtak», jf. definisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstavene a og b. Man kan spørre om dokumentasjonsplikten også bør gjelde i bagatellsaker, hvor behovet kan være mindre enn ellers, og i saker hvor det kan være spesielt vanskelig å oppfylle den, f.eks. i forbindelse med brannslukking eller ved manuell trafikkdirigering.

Annet ledd oppstiller en plikt til å dokumentere «andre vesentlige forhold» og «avgjørelser» som «viser hvordan en virksomhet har utført sine oppgaver». Man kan spørre om det går tilstrekkelig klart frem av loven hva plikten gjelder. Det fremgår f.eks. ikke av lovteksten om «oppgaver» bare omfatter oppgaver som er pålagt gjennom lov- og forskriftsverket eller ved pålegg som er gitt av overordnet organ i kraft av organisasjons- og instruksjonsmyndigheten, eller om plikten også omfatter oppgaver som virksomheten frivillig har påtatt seg. I utredningen nevnes «innkjøp, ansettelser eller avgjørelser tatt under utøvelse av privat autonomi» som eksempler (NOU 2019: 9 s. 275), men man kan nok spørre om det er naturlig å se alt dette som «oppgaver». Bokstav b, som gjelder «delegeringsreglement og fordeling av fullmakter», bør nok ses i sammenheng med utkastet til ny forvaltningslov § 25.

I *lovutkastet § 13* oppstilles det på nærmere vilkår en plikt til å dokumentere «vesentlige hendelser, beslutninger, prosesser og forhold ellers» som ikke omfattes av §§ 7-11. Det er et spørsmål om denne oppregningen er tilstrekkelig klar. I praksis vil det kunne oppstå tvil om hvor man skal trekke grensen mellom «vesentlige» og andre hendelser, bl.a. i forvaltningsorganer der mye av det arbeidet som utføres, har eller kan ha stor samfunnmessig betydning.

4 LOVUTKASTETS KAPITTEL III

I *lovutkastet § 16* oppstilles det enkelte grunnleggende krav til dokumentasjonsforvaltningen. I *første ledd* kan det vurderes om ordet «oppfylles» passer bedre enn «ivaretas». I *annet ledd* kan flere endringer vurderes. I *bokstav a* er alternativene «tilføyelser, slettinger og endringer» delvis overlappende. I *bokstav d* er det et spørsmål om lovutkastet bør få klarere frem hva som ligger i plikten til å sikre at virksomhetsintern kommunikasjon «blir behandlet som kommunikasjon til eller fra virksomheten», og hvem som hører til «den politiske ledelsen» - som for øvrig er et noe

REGJERINGSADVOKATEN

annet avgrensningskriterium enn det som benyttes i bestemmelsen om dokumentasjonsplikt, jf. lovutkastet § 8 annet ledd. Det er også et spørsmål om alternativet «kommunikasjon til eller fra den politiske ledelsen» kan klargjøres, siden det kan skape inntrykk av at også «politikerpost» og privatkorrespondanse er omfattet. I *bokstav e* kan det videre oppstå spørsmål om hva som ligger i uttrykket «virksomhetsprosess».

Etter *lovutkastet § 17* skal den dokumentasjonen som virksomheten «har skapt eller besitter» være «tilgjengelig for allmennheten såfremt dette ikke strider mot lov, taushetsplikt eller andre begrensninger i eller i medhold av lov». Alternativet «har skapt» er antakelig «overflødig» ved siden av alternativet «besitter». Henvisningen til «lov, taushetsplikt eller andre begrensninger i eller i medhold av lov» kan forenkles. Lovbestemt taushetsplikt dekkes av alternativet «lov». Det samme gjelder alternativet «andre begrensninger i [...] lov», som før øvrig lar det stå åpent hva slags begrensninger det kan være tale om.

På et mer overordnet nivå bør bestemmelsen ses i sammenheng med både forvaltningslovens regler om partsinnsyn og offentleglovas regler om rett til innsyn for allmennheten. Forholdet til offentleglova er drøftet i kapittel 16 i utredningen, men utvalget går ikke inn på spørsmålet om «hva offentleglova skal sikre rett til innsyn i» (s. 181). Departementet bør imidlertid overveie om det er grunn til å se nærmere på forholdet mellom disse regelsettene, bl.a. for å unngå unødig dobbeltregulering. I tillegg bør man se nærmere på forholdet til de reglene som gir adgang til å unnta dokumenter eller opplysninger fra innsyn. Dersom lovutkastet innebærer en utvidet plikt til å gi merinnsyn, f.eks. i organinterne dokumenter, bør også de hensyn som taler mot en slik utvidelse drøftes nærmere.

Det er også grunn til å se bestemmelsen i sammenheng med plikten til å dokumentere virksomhetsrelatert kommunikasjon i lovutkastet § 8. Siden lovutkastet legger opp til at all ekstern og noe intern kommunikasjon skal lagres, og at det dessuten oppstilles et forbud mot sletting i lovutkastet § 18, vil dokumentasjonen raskt bli omfattende. Det må antas at dette kan lede til at det vil bli fremsatt flere innsynsbegjæringer enn i dag, og at det også vil kunne bli mer arbeidskrevende å behandle hver enkelt henvendelse. Dette skyldes dels at det kan ta tid å finne frem til den dokumentasjon som henvendelsen gjelder, og dels at det vil ta tid å ta standpunkt til hvilke opplysninger som er undergitt taushetsplikt eller som det av andre grunner ikke skal gis innsyn i. De økonomiske og administrative konsekvensene av dette forslaget bør drøftes mer inngående enn det som fremgår av utredningen.

I *lovutkastet § 18* oppstilles det et forbud mot sletting. Forbudet må forstås med de begrensninger som følger av prinsippet om dataminimering i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Departementet bør imidlertid vurdere om forbudet likevel går lenger enn nødvendig. Vi viser i den forbindelse til at utvalgets forslag innebærer at også opplysninger som i dag ikke anses som arkivverdige, skal lagres. Dette har en side mot informasjonssikkerheten, og vil også påføre virksomhetene kostnader knyttet til lagring og vedlikehold, jf. lovutkastet § 19. Også dette vil ha økonomiske og administrative konsekvenser som det kan være grunn til å vurdere nærmere.

Lovutkastet § 21 setter rammer for adgangen til å overføre digital informasjon til utlandet. Det fremgår av *første ledd bokstav a* at det må foreligge en «oppdatert risikovurdering», men det ser ikke ut til at utkastet fastlegger en øvre grense for hvor høy risikoen kan være. Det kan vurderes om en slik grense bør oppstilles. Det må også klargjøres hvem som skal utarbeide vurderingen. Skal risikovurderingen foretas av det enkelte forvaltningsorgan som vurderer å overføre digital informasjon til utlandet, eller vil denne oppgaven bli lagt til et bestemt forvaltningsorgan? Det fremgår videre av *bokstav b* at databehandleravtalen skal gi tilsynsmyndigheten «rett til å vite hvor dokumentasjon kan eller vil bli lagret, samt rett til å kreve at det settes i gang tilsyn på aktuelle steder for å påse at krav i denne loven og i databehandleravtaler blir etterlevd». Det fremgår ikke av loven hvilke former for «tilsyn» det her siktes til. Det vil her kunne oppstå

REGJERINGSADVOKATEN

folkerettslige spørsmål om rekkevidden av norsk lovgivningsjurisdiksjon og om adgangen til å håndheve norske regler i utlandet.

Med hilsen

REGJERINGSADVOKATEN

Marius Stub
advokat