

KULTURDEPARTEMENTET
Postboks 8030 DEP
0030 OSLO

Deres referanse
21/4252-

Vår referanse
21/03258-2

Dato
24.01.2022

Datatilsynets høringssvar - Ny arkivlov

Viser til Kulturdepartementets høring om forslag til ny arkivlov. Vi viser også til v rt høringssvar som ble avgitt 2.12.2019 da NOU 2019:9 Fra kalveskinn til datasjø - Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver var på høring. Vi mener de kommentarene vi ga der fortsatt er aktuelle og vi anser det ikke som nødvendig å gjenta de samme innspillene.

Som tilsynsmyndighet med ansvar for å kontrollere etterlevelsen av personvernforordningen, inkludert ivaretagelsen av de registrertes rettigheter og grunnleggende friheter har vi i hovedsak fokusert på kapittel 7 i høringsnotatet. I dette kapitlet behandler departementet forholdet mellom arkivlov og personvern.

Oppsummert er vår vurdering av høringen at departementet omtaler forholdet til personvernregelverket på en god måte, men at lovutkastet i liten grad gjenspeiler at det er en rekke forutsetninger som skal være oppfylt for å sikre at arkivplikten praktiseres i samsvar med personvernregelverket.

I 2019 ga vi uttrykk for at vi mente lovforslaget var for prematurt når det gjaldt forholdet mellom arkivlov og personvernforordningen. Vi mener fortsatt at lovforslaget i for liten grad behandler de vanskelige spørsmålene og avveiningene som må gjøres av den behandlingsansvarlige og at den viktigste reguleringen er videreført til arbeidet med å utarbeide forskrifter.

Datatilsynets overordnede kommentar er at det er positivt at departementet anerkjenner at det er behov for en nærmere regulering av forholdet til personvernregelverket, samtidig som det er viktig for oss å påpeke at vi mener det er stort behov for slike forskrifter og at vi gjerne bistår med innspill til dette arbeidet. Vi understreker at det ikke bare er nødvendig å regulere hvordan personopplysninger kan behandles, men at det er en rekke andre rettigheter og plikter som følger av personvernregelverket som skal praktiseres så langt det lar seg gjøre uten at det kommer i konflikt med arkivformålet.

Kommentarer til Departementets vurderinger i kapittel 7

I avsnitt 7.12 viser departementet til at mange høringsinstanser i høringsrunden som gjaldt personvernkommisjonens rapport (NOU 2019:9 Fra kalveskinn til datasjø – Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver), mente at departementet burde revurdere forslaget om å ha bestemmelser som overlapper mellom arkivlov, forvaltningslov, offentleglov og personopplysningslov. Datatilsynet var også av denne oppfatningen.

Departementet sier seg videre enig med de høringsinstansene som har tatt til orde for en tydelig avgrensing mellom ansvarsområdene til personopplysningsloven og arkivloven. Departementet sier at eventuelle behov for presiseringer av bestemmelser i personvernregelverket i all hovedsak bør følge av personopplysningsloven selv.

Noen presiseringer er allikevel tatt inn i loven:

1. Det foreslås en bestemmelse om at forbudet mot kassasjon går foran bestemmelser om sletting av opplysninger i andre lover, med mindre det er fastsatt at opplysninger skal tilintetgjøres.
2. Det er også tatt inn en bestemmelse som pålegger lovgiver en plikt til å forhøre seg med Nasjonalarkivet når det skal utarbeides slike lovbestemmelser.
3. Det er forslått å ta inn en forskriftshjemmel som gir departementet mulighet til å vedta en forskrift om destruering av personopplysninger i særlige tilfeller.
4. Det er foreslått forskriftshjemler slik at departementet i forskrift kan gi nærmere bestemmelser om behandling av personopplysninger i forbindelse med offentlige organers arkivplikt i § 4 og for behandling av personopplysninger ved avlevering av offentlig arkiv til depot i § 10.

Vi tar til etterretning at lovforslaget er utarbeidet med denne fremgangsmåten som utgangspunkt. Vi er enige i at det ikke er hensiktsmessig å innta i arkivloven bestemmelser som er like eller mener å si det samme som bestemmelsene i personvernforordningen og personopplysningsloven.

Vi mener allikevel at det rent lovteknisk og med hensyn til tilgjengelighet ville vært hensiktsmessig å ta inn flere bestemmelser som tydeliggjør konsekvensene og rekkevidden av unntakene i personvernforordningen når disse som hovedregel kommer til anvendelse på arkivlovens virkeområde. Vi mener også at det ville vært hensiktsmessig å ta inn bestemmelser som klargjør hvordan saker der arkivplikt skal vurderes opp mot andre rettigheter skal avgjøres, slik at man så langt det er mulig forebygger uensartet praksis ved vurdering av arkivplikten.

Kommentarer til forslagene listet opp i punkt 1-4 over.

Til punkt 1. (kassasjonsforbudet gjelder foran retten til sletting)

Kassasjonsforbudet har betydning for den registrertes rett til å kreve sletting av personopplysninger og for den behandlingsansvarlige når det skal utarbeides retningslinjer om arkivering og avlevering av arkiv. Kassasjonsforbudet praktiseres som en hovedregel relatert til arkivloven, men sett fra et personvernperspektiv utgjør bestemmelsen en unntak fra flere av de grunnleggende prinsippene i personvernforordningen. Det betyr ikke at vi mener at et kassasjonsforbud ikke er nødvendig, men vi mener det i for liten grad gis føringer om hva kassasjonsforbudet betyr for reglene som ellers gjelder for behandling av personopplysninger. Vi omtaler dette nærmere nedenfor.

Til punkt 2. (plikt til å forhøre seg med nasjonalarkivet ved utarbeidelse av regelverk som omhandler krav eller rett til sletting)

Det er viktig at det tydeliggjøres at den som fastsetter rett eller plikt til sletting av personopplysninger må kvalitetssikre at slike bestemmelser er forenlig med arkivloven. Vi har ikke spesiell kommentar til dette ut over at det kan være uryddig å innføre et nytt begrep som tilintetgjøring av personopplysninger, når det i forhold til personopplysninger er begrepet sletting som innebærer at en personopplysning ikke lenger kan knyttes til et enkelt individ.

Til punkt 3. (hjemmel i forskrift til å tillate sletting av personopplysninger i særlige tilfeller)

Fra et personvernrettslig ståsted forstår vi dette slik at det kan utarbeides en forskrift der Nasjonalarkivet gis myndighet til å vedta sletting av personopplysninger til tross for at opplysningene er vurdert som arkivverdige.

Vi synes det er positivt at en slik mulighet til å hensynta den registrertes interesser tas inn igjen i regelverket og vi mener det er riktig at myndigheten legges til nasjonalarkivet og ikke til Datatilsynet, men at beslutningen forutsetter råd fra tilsynsmyndigheten. Vår vurdering er allikevel at nasjonalarkivets myndighet til å vedta sletting i særlige tilfeller burde vært inntatt i loven og at en forskrift heller er egnet til å fastsette nærmere objektive kriterier for hvordan slike spørsmål skal vurderes.

Nærmere om arkivlovens betydning som supplerende rettsgrunnlag og betydningen av kassasjonsforbudet

Arkivloven har stor betydning som supplerende rettsgrunnlag i nasjonal rett, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 3. Når personopplysninger behandles for arkivformål i allmennhetens interesse, utløser det unntak fra viktige rettigheter for den registrerte der retten til sletting er særlig relevant i praksis.

Som departementet viser til i høringen, uttalte Justis og beredskapsdepartementet i Prop. 56 (2017-2018) at det ikke bør gjøres unntak fra de registrertes rettigheter i større grad enn det som er nødvendig og forholdsmessig. Det skal legges vekt på at arkivformål, forskning og statistikk har en særlig samfunnsverdi.

I høringen punkt 7.6.3 konkluderer departementet slik: *«Departementet legg til grunn at den behandlingsansvarlige har ei selvstendig plikt etter forordninga til å vurdere og dokumentere adekvans, nødvendighet og relevans for personopplysningar opp mot*

arkivformålet, jf. artikkel 5 nr. 1 bokstav c. Det er ikkje nødvendig med ei utfyllande regulering av denne plikta i arkivlova. Minimering av opplysningar i form av sletting kan likevel ikkje vere i strid med forbudet mot kassasjon i arkivlova.»

Vår erfaring er at det er uklart hvordan kassasjonsforbudet skal tolkes opp mot den registrertes rett til å kreve opplysninger slettet, og den behandlingsansvarliges plikt til å sikre andre relevante garantier jf. personvernforordningen artikkel 89. Vi antar at mye av usikkerheten skyldes at det er uklart i hvilken grad det er mulig å slette, anonymisere eller pseudonymisere personopplysninger uten at det kommer i konflikt med kassasjonsforbudet som etter lovens ordlyd gjelder for dokumenter.

Departementet skriver selv avslutningsvis i punkt 7.2 at «Kravet til nødvendighet inneber at behandlinga må vere nødvendig for å oppnå arkivformålet. Det betyr at det må vurderast om arkivformålet kan oppnåast på ein mindre inngripande måte. Denne proporsjonalitetsvurderinga heng nært saman med vurderinga av kva garantiar behandlinga er omfatta av. Etter artikkel 89 nr. 1 i forordninga skal behandling av personopplysningane for arkivformål i allmenta si interesse vere omfatta av garantiar som skal sikre at det er etablert tekniske og organisatoriske tiltak, for særleg å sikre at prinsippet om dataminimering blir etterlevd.»

For en uten arkivfaglig kompetanse vil det være mulig å fjerne personopplysninger i et dokument uten at det vil forringe arkivverdien av selve dokumentet. Dette avhenger av hva som sett fra et arkivfaglig perspektiv er ansett som nødvendig å ta vare på når det gjelder personopplysninger.

Et enkelt eksempel fra en klagesak er at politiet har sendt bekymringsmelding til barnevernet, men benyttet feil identitet om barnet. Det betyr at barnevernet har mottatt en bekymringsmelding om feil barn. Undersøkelser åpnes på grunnlag av bekymringsmeldingen, og det avdekkes raskt at det har skjedd en feil. Barnets mor krever opplysningene slettet fra politiets arkiv og fra barnevernets arkiv. Politiet sletter saken registrert på dette barnet, men barnevernet avslår slettekravet og henviser til at arkivplikten gjelder, men beroliger klager med at det klart fremgår av saken at dette var en feil.

Datatilsynet har forståelse for at også feil som skjer i regi av forvaltningen skal dokumenteres for ettertiden, men vi mener denne saken er eksempel på en sak hvor det kan stilles spørsmål ved om det er riktig at opplysninger som åpenbart ikke hadde noe hos barnevernet å gjøre skal oppbevares der for ettertiden. Hvis det er viktig å dokumentere at dette skjedde som følge av en feil fra politiets side, er det da mulig å slette informasjon om hvem meldingen gjaldt? Dette er ett eksempel på spørsmål som både statsforvaltere og Datatilsynet blir møtt med jevnlig og vi mener dette viser at forutsetningen om at dette håndteres av den behandlingsansvarlige ikke nødvendigvis samsvarer med virkeligheten.

Selv om retten til sletting etter personvernforordningen ikke gjelder dersom opplysninger må behandles av hensyn til arkivformål i allmennhetens interesse, gjelder personvernforordningens bestemmelser for øvrig også for den som har arkivplikt. Dette betyr i utgangspunktet at det ikke skal behandles personopplysninger i større grad enn nødvendig

for å oppnå formålet med behandlingen og at behandlingen skal være omfattet av slike garantier som det er vist til i artikkel 89.

Arkivloven betydning som supplerende rettsgrunnlag tilsier at den bør være mer tydelig når det gjelder vurderingstemaene den arkivpliktige myndigheten ta stilling til når det skal utarbeides retningslinjer for behandling av personopplysninger som er nødvendig for å oppnå formålet med arkivloven.

Departementet viser til at det er arkivskaper som er ansvarlig for å gjennomgå arkivet og kassere det som kan kasseres før arkivet overleveres til depot eller til nasjonalarkivet for langtidslagring. Det er på dette skjæringspunktet slik at det rettslige grunnlaget for behandling av personopplysninger i arkivet utelukkende er arkiv i allmennhetens interesse.

Vi erfarer at mange arkivskaperer sliter med å forstå hva slags dokumentasjon som kan og bør slettes uten å komme i konflikt med kassasjonsforbudet og at dette spørsmålet aktualiseres uavhengig av om det dreier seg om et slettekrav fra en registrert eller om det handler om å etablere rutiner for kassasjon.

Som følge av digitaliseringen av offentlig sektor, herunder digital kommunikasjon mellom for eksempel skole og hjem – ikke bare i saker som gjelder kommunen myndighetsutøvelse, men i dagligdags kommunikasjon om elever – oppstår store mengder kommunikasjon som det er uklart om og i hvilken grad er nødvendig å ta vare på.

Det er lett for forvaltningsorganet å legge til grunn at arkivplikten pålegger organet å ta vare på alt som skjer, men det er uklart både for myndighetsorganet, for Statsforvaltere og for Datatilsynet hva som er nødvendig å ta vare på for å oppnå formålet med arkivloven.

Det er et grunnleggende prinsipp i personvernforordningen at behandling av personopplysninger skal skje på en lovlig, rettferdig og gjennomsiktig måte. I dette ligger at regelverket må være tilgjengelig og forståelig for den som skal etterleve det og for de registrerte som får sine rettigheter innskrenket. Det må også være forutsigbart for de som benytter seg av tjenester fra det offentlige hva arkivplikten betyr.

Når arkivloven ikke går lenger enn å stadfeste at kassasjonsforbudet gjelder foran slettekrav i annet regelverk og det ikke er mulig å definere rekkevidden av begrepet arkivformål i allmennhetens interesse, eller hva som skal til for at et dokument mister sin verdi som arkivverdig, er det vanskelig å forstå at arkivskaper har et handlingsrom og hvor langt dette handlingsrommet rekker. Det er også vanskelig å forstå at den behandlingsansvarlige ikke bare har et handlingsrom, men også plikt til å sikre nødvendige garantier etter personvernforordningen artikkel 89 og oppfyllelse av personvernforordningens øvrige rettigheter og plikter.

Det er også vanskelig for den registrerte å forstå når siste ord er sagt eller hvem som skal avgjøre i siste instans at arkivplikten i allmennhetens interesse veier tyngre enn individets rett til å få opplysninger om seg slettet fra forvaltningens arkiver.

Vi mottar en rekke klagesaker fra privatpersoner som har fått avslag på krav om sletting av personopplysninger i forvaltningens arkiver begrunnet med arkivplikt etter arkivloven. De registrerte har som regel liten grad av forståelse for at retten til sletting ikke gjelder for arkivpliktig dokumentasjon. Det er i disse sakene viktig at det er klarhet i om omfanget av kassasjonsforbudet og om det er forskjell på kassering av dokumenter og sletting eller retting av personopplysninger i et dokument.

Departementet påpeker selv at det kun er arkivlovens formål som berettiger unntak fra sletteplikten. Vi viser til avsnitt 7.8.2 i høringen der departementet skriver om forholdet mellom retten til sletting og kassasjonsforbudet: *«Dersom vidare bevaring ikkje blir grunngjeve med at materialet må sjåast på som bevaringsverdig, vil likevel ikkje arkivskapar kunne byggje på den særlege presiseringa av arkivformål i allmenta si interesse for si lagring og sin vidare bruk.»*

Videre skriver departementet om bevaringsvedtak: *«Eit bevaringsvedtak inneber at det er gjennomført ei arkivfagleg vurdering av at bevaring av personopplysningane er nødvendige for arkivformål i allmenta si interesse, og at eventuelle unntak frå forbodet mot behandling av særlege kategoriar personopplysningar i artikkel 9, både er nødvendige og forholdsmessige. Men denne vurderinga må også kunne overprøvast i tilknytninga til den enkelte registrerte utøver rettane sine.»*

Departementet konkluderer videre slik: *«Arkivlovutvalet foreslår ei eiga føresegn om unntak frå rettane til dei registrerte i forslag til ny § 25. Ettersom forslaget overlappar med § 17 i personopplysningslova, blir dette oppfatta som eit lovstrukturelt forslag om å «flytte» reguleringa for arkivformål frå personopplysningslova til arkivlova. Departementet har ikkje funne grunn til å gå vidare med dette forslaget no.»*

Vi er ikke enig med departementet i denne konklusjonen. Det som følger av personopplysningsloven § 17 er en generell regel om at retten til innsyn, retting og begrensning av behandling sletting ikke kommer til anvendelse dersom behandlingen er nødvendig for arkivformål i allmennhetens interesse. Arkivloven som supplerende rettsgrunnlag og særlovgivning som gjelder foran generell lov, burde inneholde nærmere bestemmelser om hvordan slike spørsmål skal avgjøres og hva som er nødvendig for å oppfylle arkivformål i allmennhetens interesse.

Hvem gjør et bevaringsvedtak og hvordan overprøves dette? Det fremgår ikke av personvernforordningen, ut over at det følger av forordningen at den registrerte har rett til et effektivt rettsmiddel overfor tilsynsmyndigheten og overfor den behandlingsansvarlige eller databehandler, jf. artikkel 78 og 79.

I disse sakene er det arkivmyndigheten som har det avgjørende ordet når det gjelder å overprøve arkivskapers forståelse av arkivplikten. En registrert som klager på avslag om sletting begrunnet med arkivplikt trenger å forstå hvordan et slikt vedtak kan overprøves og hvem som kan ta den endelige avgjørelsen. Den registrerte trenger også informasjon om at det er gjort andre tiltak som er ment å redusere personvernulempen.

Datatilsynet som tilsynsmyndighet har ikke kompetanse til overprøve riktigheten av et eventuelt bevaringsvedtak. Vi kan kontrollere at slettekravet er vurdert opp mot arkivplikten og at den behandlingsansvarlige har tilbudt å gjøre andre tiltak for å redusere ulempen for den registrerte, men ikke om sletting av personopplysninger i et arkivverdig dokument vil være i strid med kassasjonsforbudet.

Det er utfordrende at arkivplikten pålegger virksomheten å ta vare på dokument som er arkivverdige uten å tydeliggjøre at virksomheten allikevel må, kan eller eventuelt skal vurdere om dokumentet inneholder personopplysninger som kan, bør eventuelt skal slettes uten at slik sletting vil være i strid med kassasjonsforbudet.

Helt til slutt vil vi si at det er positivt at det foreslås tiltak for å sikre mer ensartet forvaltning av arkivene når disse er avlevert og kun skal lagres for arkivformål i allmenhetens interesse.

Vi imøteser nærmere dialog med departementet i det videre arbeidet, enten det skjer før lovforslaget ferdigstilles eller i forbindelse med at det utarbeides nødvendige forskrifter.

Med vennlig hilsen

Bjørn Erik Thon
direktør

Grete Alhaug
juridisk fagdirektør

Dokumentet er elektronisk godkjent og har derfor ingen håndskrevne signaturer