



SIVILOMBUDSMANNEN

KULTURDEPARTEMENTET
Postboks 8030 DEP
0030 OSLO

Vår referanse
2019/2675

Deres referanse
19/2515

Vår saksbehandler
Kari Bjella Unneberg

Dato
28.11.2019

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

Ombudsmannen viser til Kulturdepartementets høringsbrev 1. juli 2019 der NOU 2019: 9 om ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver ble sendt på høring. Ombudsmannen har merknader til lovens virkeområde (forslagets § 2 og kapittel VIII), til den foreslåtte dokumentasjonsplikten (forslagets kapittel II, og særlige kommentarer til § 11), til forslaget om klagerett (forslaget § 40) og til forslaget forhold til offentleglova.

1. Virkeområde § 2: skal ny arkivlov gjelde for Sivilombudsmannen?

Etter gjeldende rett gjelder arkivlova kapittel II i utgangspunktet ikke for ombudsmannen, jf. arkivlova § 5. Arkivlova og -forskriften gjelder likevel «tilsvarende så langt de passer på Ombudsmannens virksomhet», jf. Instruks for Sivilombudsmannen § 11 nr. 5 siste setning.

Av lovforslaget § 2 første ledd bokstav a fremgår det at loven gjelder for «staten, fylkeskommunene og kommunene». Videre fremgår det av annet ledd at «Stortinget fastsetter selv regler for dokumentasjon av Stortingets virksomhet og om hvordan dokumentasjonen skal bevares og gjøres tilgjengelig for allmennheten».

Det er uklart om utvalget med «Stortingets virksomhet» mener også andre organer for Stortinget. En slik tolkning virker noe anstrengt. I utredningen pkt. 8.3.5 omtaler utvalget Stortinget og «Stortingets virksomhet» uten at det fremgår hva som legges i dette. I merknaden til bestemmelsen (utredningen kap. 25) heter det:

«Annet ledd fastsetter at Stortinget har plikt til å dokumentere sin virksomhet. Stortinget fastsetter selv regler for hvordan de skal bevare dokumentasjonen og gjøre den tilgjengelig. Stortinget fastsetter også selv hvordan arkiver skal langtidsbevares. I dag tar Stortingsarkivet seg av dette.»

Siste setning tilsier at Sivilombudsmannen ikke er omfattet av bestemmelsen ettersom Stortingsarkivet ikke håndterer arkivet for ombudsmannen.

De konstitusjonelle betenkelighetene som diskuteres i utredningen pkt. 8.3.5 gjør seg gjeldende også for Sivilombudsmannen. Særlig er det betenkelig dersom

Sivilombudsmannen skal underlegges tilsyn fra forvaltningen etter forslaget til ny arkivlov kapittel VIII. Ombudsmannen fører kontroll med forvaltningen på vegne av Stortinget. Det er derfor problematisk dersom Nasjonalarkivet skal kunne kontrollere ombudsmannen. En slik gjensidig kontroll vil kunne svekke ombudsmannens uavhengighet og føre til en uklar rollefordeling mellom de to organene. Det vil også passe dårlig med vårt konstitusjonelle system dersom et forvaltningsorgan gis adgang til å føre tilsyn med og overprøve eller kritisere Stortinget eller dets organer. Det vises i denne sammenheng også til at Stortinget i 2017 – gjennom vedtakelsen av diskrimineringsombudsloven – besluttet at diskrimineringsombudet og diskrimineringsnemnda fortsatt ikke skal ha myndighet overfor Sivilombudsmannen. De prinsipielle hensyn som ligger til grunn for denne regelen – se Prop. 80 L (2016–2017) pkt. 9.4.2 – gjør seg også gjeldende for forholdet mellom ombudsmannen og Nasjonalarkivet.

I 2018 oversendte ombudsmannen en arbeidsgrupperapport med forslag om endringer i sivilombudsmannsloven til Stortinget. Den ovennevnte formuleringen i Instruks for Sivilombudsmannen § 11 nr. 5 siste setning er foreslått videreført i selve loven. Arbeidsgruppens rapport ble behandlet av Stortinget 7. mai 2019, som i vedtak 504 (2018–2019) besluttet at det skal utarbeides en ny sivilombudsmannslov. I innstillingen fra kontroll- og konstitusjonskomiteen¹ heter det at arbeidsgrupperapporten bør ligge til grunn for arbeidet. Videre heter det:

«I samme prosess bør ombudsmannens forhold til regelverk som er tilpasset til forvaltningens organer, men som det er konstitusjonelt problematisk for ombudsmannen å være underlagt, avklares. Dette gjelder blant annet forholdet til regler som etablerer tilsyns- og kontrollorganer som har status som forvaltningsorganer.»

Arbeidet med ny sivilombudsmannslov er tatt inn i arbeidet til et utvalg som er nedsatt for å utrede Stortingets kontrollfunksjon. Utvalget har frist for sitt arbeid ut januar 2021.

Ombudsmannen ser behov for særlige regler om lovens anvendelse på Sivilombudsmannens virksomhet. I tråd med det som er påpekt ovenfor, bør Nasjonalarkivet ikke kunne føre tilsyn med eller gi pålegg til ombudsmannen, og heller ikke ilegge ombudsmannen overtredelsesgebyr. Selv om ombudsmannen i utgangspunktet er innstilt på å følge de *materielle* reglene i arkivloven, kan særtrekk ved virksomheten videre tilsi at også enkelte av disse bestemmelsene ikke bør gis anvendelse fullt ut. Det vises i denne sammenheng blant annet til at det materielle innholdet i forslaget til ny arkivlov § 2 annet ledd fremstår uklart. Enkelte av de bestemmelsene i lovforslaget som gir «Kongen» fullmakt til å gi forskrifter eller pålegg, bør heller ikke uten videre gjelde for ombudsmannen.

I den nylig vedtatte sikkerhetsloven er tilsvarende betraktninger ivaretatt gjennom lovens § 1-4 første ledd, som lyder:

¹ Innst. 223 S (2018–2019) side 3.

«Loven gjelder for Stortinget og Stortingets organer så langt Stortinget bestemmer det».

Vi foreslår at det i ny arkivlov inntas en tilsvarende bestemmelse for så vidt gjelder «Stortingets organer». En slik bestemmelse gir Stortinget fleksibilitet når det skal ta stilling til hvilke av lovens bestemmelser og forskrifter i medhold av loven som bør gjelde for ombudsmannen. Herunder gir det Stortinget mulighet til å vurdere om slike tilpasninger bør fastsettes i lovs form – for eksempel gjennom egne bestemmelser i sivilombudsmannsloven – eller gjennom plenarvedtak.

2. Dokumentasjonsplikten

Lovforslagets formål er blant annet å legge til rette for offentlighet og innsyn, jf. forslaget § 1 annet ledd. Loven skal også legge til rette for forsvarlig offentlig virksomhet og forsvare og fremme rettigheter og andre rettskrav.

Et av hovedgrepene i utkastet er å gå fra dagens generelle, negative avgrensning av arkivplikten i arkivforskriften § 14 til en kasuistisk positivt avgrenset dokumentasjonsplikt i forslaget §§ 8–13. For å kunne ta stilling til forslaget betydning for innsynsretten, borgernes rettssikkerhet og muligheten til kontroll med forvaltningen, er det avgjørende å avklare hvilken informasjon som etter dagens regelverk skal bevares, som etter lovforslaget ikke lenger skal bevares.

Ombudsmannen har en rekke ganger uttalt seg om viktigheten av bevaring/skriftliggjøring av forvaltningens saksbehandling, herunder i saker om ansettelse, tildeling av driftstilskudd for fysioterapi, bortvisning etter politiloven, saker om utsatt iverksetting mv. I flere saker har ombudsmannen pekt på at manglende dokumentasjon har vanskeliggjort ombudsmannens kontroll med forvaltningen, se bl.a. SOM-2018-3030, SOM-2019-1867 med videre henvisning og SOM-2017-543.

Utvalget har i liten grad redegjort for hvilken informasjon som omfattes av dagens arkiv- eller journalføringsplikt som ikke vil være omfattet av dokumentasjonsplikten i forslaget. Blant annet er det uklart om og eventuelt i hvilken grad interne dokumenter (notater, nedtegning av muntlig kommunikasjon osv.), som ikke er kommunikasjon med ledelsen, skal dokumenteres. Det er også uklart om og i hvilken grad faglige, skjønnsmessige og juridiske *vurderinger* inngår i dokumentasjonsplikten etter forslaget § 11. Dersom slik informasjon ikke lenger skal bevares, vil det kunne innebære en vesentlig begrensning i innsynsretten, borgernes rettssikkerhet og muligheten til å føre kontroll med forvaltningen, herunder ombudsmannens mulighet for kontroll.

Ombudsmannen etterspør på denne bakgrunn en grundigere redegjørelse for omfanget og rekkevidden av den foreslåtte omleggingen av bevaringsplikten. Det er også nødvendig med en nærmere vurdering av konsekvensene av den foreslåtte omleggingen.

3. Klagerett § 40: hvem som omfattes av klageretten

Utvalget har lagt til grunn at avgjørelser etter arkivloven sjelden vil være enkeltvedtak, og at de derfor i utgangspunktet ikke kan påklages etter forvaltningsloven. Utvalget mener det er behov for å kunne følge opp etterlevelsen av arkivloven med klage, f.eks. dersom et forvaltningsorgan ikke registrerer dokumentasjon eller gjør det (systematisk) for sent. Det er derfor foreslått en klagerett på bestemmelsene i §§ 7–11, 13 og 16 første ledd, jf. forslaget § 40. Klageretten er begrenset til «massemedia og organisasjoner for massemedia». Begrunnelsen for begrensingen er oppgitt å være at «det vil føre for vidt å gi klagerett til enhver». Det er uklart hva utvalget legger i dette. Videre peker utvalget på at massemedia og organisasjoner for massemedia har «særlig aktuell interesse i etterlevelsen av arkivloven».

Ombudsmannen har flere eksempler på saker der enkeltpersoner klager over manglende journalføring/arkivering hos forvaltningen, se til illustrasjon SOM-2018-4884 om en kommunes manglende journalføring av e-poster. Et søk i ombudsmannens sak-/arkivsystem etter saker om manglende eller mangelfull arkivering/journalføring gir totalt 25 treff. I disse er «massemedia» eller journalister klager i 4 saker. I de øvrige sakene er klager privatpersoner, interesseorganisasjoner e.l. Disse eksemplene viser at også andre enn «massemedia» kan ha interesse i å påklage forvaltningens manglende dokumentasjon. Antallet slike saker (i alle fall for ombudsmannen) er likevel begrenset. Konsekvensene av å utvide kretsen av klageberettigede antas derfor å være liten.

Ombudsmannen savner en bredere vurdering av om klageretten også bør gjelde andre enn de som er tatt inn i lovforslaget § 40.

4. Forholdet til offentleglova

Utvalget ønsker å løse opp bindingen mellom offentleglova og arkivlova, slik at lovene operer mer uavhengig av hverandre. Hensynet til innsyn skal med andre ord ikke definere hvordan informasjon bevares. Utvalget foreslår derfor å gå bort fra begrepet journalføring i forslaget til den nye loven om samfunnsdokumentasjon og arkiver. Dette synes hensiktsmessig for å oppnå formålene med lovforslaget om at offentleglova ikke skal legge føringer for hvilken informasjon som fanges og hvordan bevaring skjer. Utfordringen er, som utvalget peker på, å ivareta funksjonen til dagens postjournal ved at det legges til rette for søk i dokumentasjonen på en annen måte.

Ombudsmannen har en rekke ganger pekt på viktigheten av allmennhetens tilgang til forvaltningens journaler for at offentlighetsprinsippet skal kunne gjennomføres etter sin hensikt, se bl.a. SOM-2018-3678. Både for allmennheten og journalister er tilgang til journalene helt sentralt for å få kunnskap om hva som skjer i forvaltningen og hvilke dokumenter det kan være av interesse å be om innsyn i.

Utvalget diskuterer andre muligheter for å gjøre dokumentasjonen tilgjengelig for allmennheten enn dagens postjournal. Ut fra forslaget står imidlertid forvaltningen fritt med hensyn til hvordan dokumentasjon skal tilgjengeliggjøres, jf. forslaget § 17. Videre fremgår det av merknadene til bestemmelsen at denne ikke «innebærer ... noen konkrete

handleplikter, men må leses som en ambisjon om at offentlig forvaltning ikke nøyer seg med kun å gjøre dokumentasjon tilgjengelig på forespørsel eller i ikke-digital form».

Det er avgjørende at postjournalens funksjon som nøkkel til forvaltningens arkiver sikres med et nytt system. Plikten til journalføring etter offentleglova § 10 vil fremdeles gjelde, og lovgiver bør ha tatt stilling til hvordan arkivverdig informasjon skal tilgjengeliggjøres for allmennheten før en ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver vedtas.

Aage Thor Falkanger
sivilombudsmann

Dette brevet er godkjent elektronisk og har derfor ikke håndskrevet underskrift.