

Behandling av en klagesak om innsyn i slettede datafiler

22.12.2020 (2020/1929)

Etter at et innsynskrav var fremsatt hos Folkehelseinstituttet (FHI), men før det var behandlet, ble datafilene det var begjært innsyn i, slettet. Det ble av denne grunn ikke vurdert om det kunne gis innsyn i filene. Klagen på innsynsavslaget ble avvist av Helse- og omsorgsdepartementet med den begrunnelse at det ikke var en klage etter offentleglova. Departementet viste til at loven gir rett til innsyn i dokumenter, at dokumentene i dette tilfellet ikke eksisterte, og at departementet derfor ikke kunne vurdere om det skulle ha vært gitt innsyn i dem.

Ombudsmannen mener at saken skulle ha vært behandlet som en klage etter offentleglova. God forvaltningsskikk tilsier at saksdokumenter det er begjært innsyn i, ikke slettes før innsynskravet er vurdert, selv om det etter arkivregelverket er adgang til å slette. Når sletting likevel har skjedd, vil det være god forvaltningsskikk å forsøke å bøte på feilen ved å undersøke om gjenoppretting er mulig med en rimelig tids- og ressursbruk. Departementet burde derfor ha vurdert om datafilene var saksdokumenter som var omfattet av offentleglova. I så fall burde FHI blitt bedt om å vurdere muligheten for å gjenopprette filene, for eksempel ved å innhente dem på nytt. Dersom dette lot seg gjøre med rimelig tids- og ressursbruk, burde filene ha blitt gjenopprettet, slik at

klager fikk oppfylt sin rett etter offentleglova til å få vurdert innsyn i dem.

Sakens bakgrunn

Journalist A i NRK ba 20. mars 2020 om innsyn hos Folkehelseinstituttet (FHI). I henvendelsen het det:

«Vi viser til informasjonsartikkel på fastlegen.no av 6. mars, der det går frem at Diagnosekode R991 skal benyttes for å registrere mistenkte eller bekreftede tilfeller av koronavirusykdom hos pasienter. Vi ber med dette om innsyn i all statistikk og data FHI har fått om allmennlegenes rapportering av registrerte tilfeller på denne diagnosekoden, fra tidspunktet hvor koden ble innført, til og med dagens dato».

Etter telefonkontakt og e-postkorrespondanse mellom FHI og journalisten 24. og 25. mars 2020 om hva innsynsbegjæringen gjaldt, ble den avslått av FHI 26. mars 2020. Det ble vist til at statistisk informasjon allerede var tilgjengelig i FHIs ukesrapport, og at FHI ikke kunne se hvordan man rent teknisk og tidsmessig kunne gi innsyn i ytterligere statistikk og data. Det fremgikk også av avslaget at FHI innledningsvis ikke hadde oppfattet henvendelsen som en begjæring om innsyn, men en henvendelse om å få informasjon. FHI beklaget at de hadde «kommet litt skjevt ut» ved behandlingen av innsynsbegjæringen, og viste til at dette muligens skyldes et usedvanlig stort arbeidspress, og et ønske om å få svart mange medier raskt.

Senere samme dag henvendte journalisten seg på nytt til FHI og presiserte at han ikke ba om innsyn i statistikk fra databaser, men i innkomne dokumenter. FHI ga deretter 1. april 2020 innsyn i e-postkorrespondanse med tre leverandører av EPJ-systemer (IT-systemer) til legekontorer om et eventuelt samarbeid. Instituttet opplyste samtidig at vedleggene i noen av e-postene fra leverandørene, som inneholdt aggregerte data med informasjon om covid-19-diagnoser, var slettet hos dem, og at det derfor ikke kunne gis innsyn i disse. Etter spørsmål fra journalisten opplyste FHI at datafilene var blitt slettet fortløpende, siste gang 26. mars 2020. I e-post 3. april 2020 bekreftet FHI at filene var blitt slettet både før og etter at innsynsbegjæringen var fremsatt.

Journalisten klaget til Helse- og omsorgsdepartementet over at «data ble slettet etter at krav om innsyn ... var fremmet». Departementet innhentet en nærmere redegjørelse for saken fra FHI, og avviste deretter saken 5. mai 2020. Det ble vist til at saken ikke ble vurdert som en klage etter offentleglova, ettersom de aktuelle datafilene var slettet, og det derved ikke var mulig å vurdere om innsyn skulle ha vært gitt. Departementet skrev også til at det var Arkivverkets og Kulturdepartementets oppgave å ta stilling til om slettingen var i strid med regelverket om offentlig arkiv. Dagen etter ba journalisten om å få saken vurdert på nytt. Departementet opprettholdt avgjørelsen 7. mai 2020.

Deretter klaget journalisten til ombudsmannen i e-post 7. mai 2020. Han anførte blant annet at det var i strid med offentleglova at datafilene var slettet før innsynskravet var realitetsbehandlet, og at både offentleglova og god forvaltningsskikk tilsa at Helse- og omsorgsdepartementet

skulle ha pålagt FHI å gjenopprette dem, slik at innsynskravet kunne bli behandlet. Han mente også at FHI i alle fall senest 25. mars 2020 burde ha forstått hva innsynsbegjæringen gjaldt, og pekte på at flere av datafilene det var begjært innsyn likevel ble slettet etter dette tidspunktet.

Etter å ha gjennomgått klagen og dokumentene som var vedlagt, fant ombudsmannen grunn til å ta saken opp med Helse – og omsorgsdepartementet.

Våre undersøkelser

I brev 17. juni 2020 stilte vi en rekke spørsmål til departementet om hvilke vurderinger som var gjort av klagesaken etter offentleglova, herunder om det ble vurdert om de slettede datafilene var omfattet av loven, hvordan slettingen av disse filene forholdt seg til retten til innsyn etter offentleglova, og om slettingen var i samsvar med god forvaltningsskikk. Vi spurte også om det ble vurdert å undersøke om det var mulig for FHI å gjenopprette filene, slik at innsynskravet kunne behandles. Videre ba vi departementet innhente en redegjørelse fra FHI, i hovedsak om de samme spørsmålene, men vi ba også om svar på om det ville ha vært mulig å gjenopprette de slettede datafilene, hvor tid- og ressurskrevende dette i så fall ville ha vært, og om en slik mulighet ble undersøkt.

Departementet svarte i brev 8. juli 2020. Av FHIs redegjørelse, som var vedlagt, fremgikk det at det først hadde vært uklart for dem hva innsynsbegjæringen gjaldt, og at de i e-poster og telefonsamtaler med journalisten hadde forsøkt å få klarhet i dette. Først etter ytterligere korrespondanse etter avslaget 25. mars 2020 ble det klart at han ønsket innsyn i de aktuelle datafilene med aggregerte data med informasjon om covid-19-diagnoser, som var vedlagt e-poster FHI hadde mottatt fra leverandører av IT-systemer til legekontorer. Den 1. april 2020 innvilget FHI innsyn i all e-postkorrespondansen med leverandørene. De vedlagte datafilene, totalt ca. 5 filer, ble det imidlertid ikke gitt innsyn i, ettersom de var blitt slettet etter hvert som de ble mottatt.

FHI presiserte at slettingen av datafilene ble gjort helt uavhengig av innsynsbegjæringen. Oversendelse av dataene var ifølge FHI ikke initiert fra deres side, og de hadde derfor ennå ikke planlagt eller lagt til rette for å kunne motta dem. Begrunnelsen for at de ble slettet var delvis at man ønsket å være helt sikker på at leverandørenes avtaler med legekontorer ga lovlig grunnlag for å dele datafilene med FHI. Hovedsakelig var begrunnelsen imidlertid at FHI på dette tidspunktet ikke hadde fått på plass nødvendige system for mottak og bearbeidelse av slike datafiler. I påvente av denne prosessen ble dataene slettet, enkeltvis eller samlet, etter hvert som de ble mottatt, siste gang 26. mars 2020. FHI understreket at slettingen følgelig var et faglig begrunnet valg, og startet før og helt uavhengig av innsynsforespørselen. FHI presiserte også at saksbehandleren som mottok og foretok slettingen av filene, ikke var kjent med at innsynsbegjæringen omfattet de aktuelle filene på tidspunktet for slettingen. Saksbehandleren ble riktignok den 22. mars 2020 kjent med at det forelå et innsynskrav fra NRK i covid-19 KUHR-data, men på dette tidspunktet var det enda ikke kjent at innsynskravet faktisk omhandlet de aktuelle filene.

FHI skrev videre at datafilene ikke kunne anses som arkivmateriale som det krevdes rettslig grunnlag for å slette, jf. arkivloven § 6, jf. § 9. De var imidlertid saksdokumenter i offentleglovas forstand før de ble slettet. FHI mente derfor at de i utgangspunktet var omfattet av offentleglova. Ettersom FHI ikke lenger hadde datafilene i sin besittelse da det ble klart at det var de aktuelle filene som det var begjært innsyn i, var det ikke blitt vurdert om de helt eller delvis hadde et innhold som ga grunnlag for unntak fra innsynsretten.

FHI understreket at de i utgangspunktet har gode rutiner for å behandle innsynskrav etter offentleglova, og at innsynskrav behandles etter eksterne og interne retningslinjer. Basert på den informasjonen FHI hadde på tidspunktet datafilene ble mottatt, var det deres standpunkt at de hadde handlet i samsvar med god forvaltningsskikk. FHI hadde også oppfordret journalisten til å søke om innsyn i de slettede datafilene direkte hos leverandørene.

Muligheten for å gjenopprette dataene hadde ikke blitt nærmere vurdert. De hadde heller ikke informasjon om hvorvidt det var mulig å gjenopprette dem, og hvor tid- og ressurskrevende dette eventuelt ville være. Dersom gjenoppretting av datafilene var mulig, var det uansett FHIs syn at verken hensynet til god forvaltningsskikk eller lovfestede plikter tilsa at de burde ha undersøkt muligheten for gjenoppretting. Det ble vist til at datafilene ikke ble vurdert som arkivverdige etter arkivforskriften § 14, og ikke skulle arkiveres. FHIs klare standpunkt var derfor at gjenoppretting verken var et aktuelt eller hensiktsmessig tiltak å gjennomføre.

Helse- og omsorgsdepartementet skrev i sitt svar at deres rolle var å vurdere en klage på avslag om innsyn. Når de aktuelle datafilene som det var bedt om innsyn i ikke lenger fantes hos FHI, var det etter departementets syn heller ikke noen dokumenter som departementet kunne vurdere å gi innsyn i etter offentleglova.

FHI hadde i klageoversendelsen gitt uttrykk for at de ønsket å være sikre på at deling av datafilene var lovlig og regulert i avtaler mellom leverandør og legekontorer. Departementet forstod dette slik at FHI var usikker på om de hadde hjemmel for å oppbevare de aktuelle filene, og kunne da vanskelig se at de kunne pålegges å innhente filene på nytt. Dersom et offentlig organ mottar dokumenter det ikke har rett til å oppbevare, mente departementet at arkivloven neppe kan forstås slik at organet har plikt til å oppbevare dokumentene. Hvorvidt FHI hadde rett til å oppbevare filene, måtte FHI ifølge departementet selv avklare med avtalepartene, og eventuelt med Datatilsynet. Departementet viste videre til at spørsmålet om datafilene skulle inngå i arkivet eller skulle kasseres, hører inn under Riksarkivaren som fagmyndighet. Hadde fagmyndigheten kommet til at de aktuelle filene var slettet i strid med arkivlovens regler, mente departementet at FHI ville måtte innhente filene igjen, og vurdert om det skulle gis innsyn i disse. Departementet mente også at det da var uklart om filene var saksdokumenter etter offentleglova § 3.

Departementet understreket at det ikke var grunn til å tro at datafilene ble slettet som følge av at det var bedt om innsyn. Det ble vist til at saksbehandleren som slettet dem ikke hadde kjennskap til innsynskravet, og at FHI på tidspunktet innsynskravet ble fremsatt hadde en svært krevende arbeidssituasjon som følge av deres sentrale rolle i samfunnets arbeid med å begrense spredningen av covid-19.

Avslutningsvis skrev departementet at det ikke hadde vurdert å undersøke om det var mulig å gjenopprette filene. Det ble lagt til grunn at det ville være uproblematisk å gjenopprette dem, for eksempel ved at de ble innhentet på nytt fra avsender. Departementet ville likevel ikke pålegge FHI å gjøre dette så lenge FHI selv mente at de ikke hadde rett til å oppbevare dem, eller hadde de nødvendige systemer for mottak og bearbeidelse av dataene.

Svarene er oversendt til klageren, som ikke har kommet med ytterligere merknader til saken.

Av saksdokumentene fremgikk det at Arkivverket på bakgrunnen av klage fra journalisten hadde igangsatt undersøkelser av om FHI ved å slette datafilene hadde utført hjemlet kassasjon i strid med arkivloven § 9. Ombudsmannen har innhentet Arkivverkets brev 9. juli 2020 til FHI med tilbakemelding i saken. Arkivverket skriver at de stiller seg tvilende til om filene kunne arkivbegrenses etter arkivforskriften § 14. Videre fremgår det at før FHI har utarbeidet en fullstendig bevarings- og kassasjonsplan, som er godkjent av Riksarkivaren, har FHI ikke hjemmel i arkivloven til å kassere arkivmateriale i fagsaker, jf. arkivloven § 9 b.

Ombudsmannens syn på saken

1. Forholdet mellom borgernes rett til innsyn og forvaltningens adgang til å slette dokumenter

Offentleglovas hovedregel er at saksdokumenter for et organ er åpne for innsyn for alle, jf. § 3. Unntak fra innsynsretten krever en særlig hjemmel i lov eller forskrift.

Formålet med loven er å legge til rette for en åpen og gjennomsiktig offentlig virksomhet, styrke informasjons- og ytringsfriheten, den demokratiske deltakelsen og rettssikkerheten for den enkelte. Reglene skal også styrke tilliten til det offentlige og allmennhetens kontroll, jf. offentliglova § 1.

Innsynsretten er grunnlovfestet, jf. Grunnloven § 100 femte ledd. Bestemmelsen slår fast at enhver har rett til innsyn i statens og kommunenes dokumenter, så fremt det ikke ved lov er fastsatt begrensninger ut fra hensynet til personvern eller andre tungtveiende grunner.

Retten til innsyn etter offentliglova gjelder saksdokumenter i lovens forstand. Dette er dokumenter som er «komne inn til eller lagde fram for eit organ, eller som organet sjølv har oppretta når det er sendt ut av organet, eller som organet sjølv har oppretta, og som gjeld ansvarsområdet eller verksemda til organet», jf. § 4 andre ledd.

Arkivloven og -forskriften regulerer offentlige organers plikt til å ha arkiv, jf. § 6. Regler om hvilket materiale som kan holdes utenfor eller fjernes fra arkivet, er gitt i arkivforskriften § 14. Kassasjon kan kun skje i samsvar med forskriften, som er gitt med hjemmel i arkivloven § 12, eller etter samtykke fra Riksarkivaren, jf. arkivloven § 9 c. Arkivplikten er i stor grad en forutsetning for at reglene om innsyn skal oppfylle sin funksjon, jf. også NOU 2019:9 Fra kalveskinn til datasjø – Ny lov om samfunnsdokumentasjon og arkiver, kapittel 7. Reglene om arkivbegrensning og kassasjon innebærer da også en faktisk begrensning i innsynsretten. Dersom det fremsettes en begjæring om innsyn etter at et dokument er slettet i henhold til

reglene i arkivloven og -forskriften, vil ikke dokumentet lenger være omfattet av retten til innsyn etter offentleglova.

Verken offentleglova eller arkivregelverket har bestemmelser om forholdet mellom innsynsretten og bestemmelsene om sletting. Hensynene bak offentleglova tilsier imidlertid at dersom det er fremsatt en begjæring om innsyn i et saksdokument, vil det være i strid med god forvaltningsskikk om forvaltningen sletter dokumentet før innsynskravet er ferdigbehandlet, uavhengig av om arkivloven og -forskriften gir adgang til å slette. At innsynsretten er forankret i Grunnloven § 100 femte ledd, støtter opp om dette. En adgang til å slette dokumenter i en slik situasjon, vil undergrave borgernes rett til innsyn.

2. Helse- og omsorgsdepartementets behandling av klagesaken

Departementet har lagt til grunn at klagen ikke kunne behandles som en klage etter offentleglova ettersom de aktuelle dokumentene var slettet, og at det dermed ikke var mulig å gi innsyn. Saken ble derfor avvist. Departementet viste også til at det var Arkivverkets og Kulturdepartementets oppgave å ta stilling til om slettingen var i strid med regelverket om offentlig arkiv.

Selv om klagen 20. april 2020 direkte gjaldt slettingen av datafilene, fremgikk det klart at den var knyttet til manglende innsyn. Blant annet var tittelen «Klage på sletting av data etter at krav om innsyn fra NRK var fremmet». Ombudsmannen mener det var naturlig å forstå dette som en klage etter offentleglova. Departementets avvisning viser også at den ble vurdert slik, i tillegg til å gjelde brudd på arkivloven.

Det fremgår av offentleglova § 32 første ledd første punktum at «avgjerder etter denne lova» kan påklages. Det gjelder også avslag eller avvisninger av innsynskrav som er begrunnet med at et dokument ikke finnes hos organet, jf. også Justisdepartementets Rettleiar til offentleglova s. 172. Slike klager må derfor også realitetsbehandles av klageorganet. Til tross for at det i departementets avgjørelse sies at saken er avvist, synes det som om det ble foretatt en realitetsbehandling. Saken ble utredet ved at ble innhentet en uttalelse fra FHI. Departementet vurderte også at det ikke var holdepunkter for at slettingen var foretatt for å unngå innsyn i dokumentene. Ombudsmannen har ingen merknader til dette.

Det er på det rene at datafilene ikke lenger eksisterte, og at departementet derfor ikke uten videre kunne vurdere om det var rett til innsyn i dem. Slik saken var opplyst i klagebehandling hos departementet, var det imidlertid klart at deler av datafilene ble slettet etter at innsynskravet kom inn.

At saksdokumenter slettes etter at det er begjært innsyn i dem vil, som nevnt over, begrense innsynsretten og være i strid med god forvaltningsskikk. Både hensynet til innsynsretten og borgernes tillit til forvaltningen tilsier at forvaltningen i et slikt tilfelle forsøker å rette feilen ved å gjenopprette dokumentet, iallfall dersom det ikke vil være uforholdsmessig tid- og ressurskrevende. For eksempel vil det ofte kunne være enkelt å innhente dokumentet på nytt fra avsender.

De aktuelle datafilene var mottatt av FHI som vedlegg til e-poster fra leverandører av IT-systemer til legekontorer, og inneholdt aggregerte data med informasjon om covid-19-diagnoser. Dette gjaldt uten tvil FHIs ansvarsområde. Datafilene er da saksdokumenter i offentleglovas forstand, jf. § 3. Også FHI har i svaret hit opplyst at datafilene etter deres oppfatning var saksdokumenter i offentleglovas forstand før de ble slettet, og derfor i utgangspunktet omfattet av offentleglova.

Departementet har vist til at det var i tvil om datafilene var saksdokumenter etter offentleglova. Etter ombudsmannens syn burde departementet selv tatt stilling til dette spørsmålet ved behandling av klagesaken. For å få saken forsvarlig opplyst ville det blant annet vært naturlig å ta spørsmålet opp med FHI. Det burde også ha vært undersøkt om FHI hadde mulighet til å gjenopprette filene, eventuelt å innhente dem på nytt.

Om departementet kom til at filene var saksdokumenter som FHI ikke hadde plikt til å slette, og at det var mulig å gjenopprette eller innhente filene på ny uten uforholdsmessig tids- eller ressursbruk, burde FHI blitt bedt om å gjøre dette og behandle innsynskravet.

I svaret hit har departementet gitt uttrykk for at FHI ville måtte innhente de slettede filene fra avsender og vurdere innsyn dersom slettingen viste seg å være i strid med arkivregelverket. Som det fremgår over, mener ombudsmannen at gjenoppretting må vurderes uavhengig av om slettingen ikke er i samsvar med arkivreglene, så lenge saksdokumenter er slettet etter at et innsynskrav er fremsatt. Etter ombudsmannens syn har det heller ikke betydning for spørsmålet om gjenoppretting, om organet som sletter dokumenter, er klar over at det foreligger et innsynskrav når slettingen utføres.

Departementet har også vist til at det var tvil om FHI hadde rettslig adgang til å oppbevare filene, og at de ikke kunne pålegges å innhente dokumenter som de ikke hadde rett til å oppbevare. Om de hadde rett til å oppbevare dokumentet, mente departementet at FHI selv måtte avklare.

Ombudsmannen tar ikke her stilling til om det kan tenkes situasjoner der manglende rettslig adgang til å oppbevare et dokument, og eventuelt plikt til å slette dokumentet, kan innebære at det ikke er rett til å få vurdert innsyn etter offentleglova. Dette vil i så fall antakelig gjelde i et begrenset antall tilfeller.

Verken departementet eller FHI har vist til noe konkret rettslig grunnlag for at det ikke var adgang til å oppbevare filene, eller at det var plikt til å slette dem.

Hensynet til en reell og effektiv gjennomføring av innsynsretten tilsier at dersom departementet var i tvil om FHI hadde rett til å oppbevare dokumentene, burde dette ha vært undersøkt nærmere som del av klagebehandlingen etter offentleglova.

FHI har i sin redegjørelse også vist til at journalisten ble veiledet om at han kunne be om innsyn i filene hos avsender. Dette erstatter etter ombudsmannens syn ikke FHIs plikt til selv å vurdere og eventuelt gjennomføre gjenoppretting. Å gi innsyn i samsvar med offentleglova var i utgangspunktet en plikt pålagt FHI. En slik fremgangsmåte vil også kunne være utilstrekkelig om avsenderen av datafilene er en privatperson eller virksomhet som ikke er omfattet av offentleglova, og som derfor ikke har plikt til å gi innsyn i dokumentene i samme utstrekning som FHI.

Konklusjon

Ombudsmannen mener at saken skulle ha vært behandlet som en klage etter offentleglova. God forvaltningsskikk tilsier at saksdokumenter det er begjært innsyn i, ikke slettes før innsynskravet er vurdert, selv om det etter arkivregelverket er adgang til å slette. Når sletting likevel har skjedd, vil det være god forvaltningsskikk å forsøke å bøte på feilen ved å undersøke om gjenoppretting er mulig med en rimelig tids- og ressursbruk. Departementet burde derfor ha vurdert om datafilene var saksdokumenter som var omfattet av offentleglova. I så fall burde FHI blitt bedt om å vurdere muligheten for å gjenopprette filene, for eksempel ved å innhente dem på nytt. Dersom dette lot seg gjøre med rimelig tids- og ressursbruk, burde filene ha blitt gjenopprettet, slik at klager fikk oppfylt sin rett etter offentleglova til å få vurdert innsyn i dem.

Departementet bes etter dette om å se på saken på nytt. Det bes også om at kopi av den nye vurderingen oversendes hit innen 22.01.2021.

22.12.2020 (2020/1929)