

## FORSKJELLIGE ORGANERS STATUS I FORHOLD TIL ARKIVLOVEN, §§19 og 20.

Arkivloven med forskrifter inneholder to viktige skiller. Det første og mest gjennomgripende er skillet mellom organ som skaper offentlig arkiv og organ som skaper privat arkiv. Deretter kommer det et skille innenfor kategorien organ som skaper offentlig arkiv, mellom statlige organer på den ene siden og organer som tilhører de andre forvaltningsnivåene på den andre siden. Vi skal her i hovedsak ta for oss skillet mellom offentlig og privat arkivskaper og de gråsoner som finnes i tilknytning til denne grensedragningen.

Skillet mellom offentlig og privat arkivskaper er altså ikke uten videre innlysende. Heller ikke lovens forarbeider gir noe entydig svar på hvor denne grensen skal trekkes. NOU 1987:35 Samtidens arkiver – fremtidens kildegrunnlag, inneholder det første forslaget til lov om arkiv. Dette forslaget gikk ganske langt når det gjaldt å definere arkivskapere som skapere av offentlig arkiv: Offentlige eierinteresser på 50% eller mer skulle være nok. I høringsrunden kom det noen vektige motforestillinger mot dette. Disse ble det tatt hensyn til, med det resultat at grensen ble vesentlig flyttet – det skulle atskillig mer til enn bare et halvt offentlig eierskap for at et organ skulle kunne defineres som offentlig i arkivlovens forstand. I Odelstingsproposisjon nr. 77 (1991-92) om lov om arkiv heter det: *”Arkivet i føretak organiserte etter lova om statsføretak, eller reine næringsverksemder organiserte som aksjeselskap eller lutlag, vert etter lovutkastet her derimot å definera som privat, jamvel om offentlege instansar eig alle aksjane eller lutane.”*

Rene næringsvirksomheter er altså i arkivlovens forstand å betrakte som private, selv om det offentlige eier 100 % av selskapet. På den annen side vil altså offentlig eide selskaper, også selskaper organiserte etter den alminnelige aksjeloven, i noen tilfeller kunne sees som skapere av offentlig arkiv, dersom de driver med noe annet enn ren

næringsvirksomhet. Slik sett skulle et kommunalt selskap som driver tjenesteproduksjon, kunne sies å skape offentlig arkiv. Men i en virkelighet hvor konkurranseutsetting er et mye anvendt begrep vil nok også slik virksomhet lett kunne defineres som næringsvirksomhet. Det vi da står igjen med, er spørsmålet om dette er ren næringsvirksomhet eller ikke. Det tør være opplagt at vi her er ute i nokså uoversiktlig terreng. Dette terrenget har ikke blitt mindre uoversiktlig i løpet av den tiden som har gått siden det ble arbeidet med arkivloven. Vi vil derfor antakelig i relativt sett færre tilfeller finne et klart svar i loven, forskriftene og forarbeidene til loven, enn det lovarbeiderne egentlig tenkte seg.

Ved omorganisering i offentlig sektor er det i en slik sammenheng flere forskjellige ting som kan skje, for eksempel:

1. Omfordeling av arbeidsoppgaver mellom organer på samme forvaltningsnivå, eventuelt ved at det opprettes et eller flere nye organer. Det vil være en del praktiske spørsmål angående arkivet som må løses i en slik sammenheng, men spørsmålet om hvilke regler som gjelder, er i utgangspunktet uproblematisk.
2. Det kan skje omorganisering som betyr flytting av oppgaver fra et forvaltningsnivå til et annet. Så lenge det organet som overtar oppgavene, fremdeles er et offentlig organ i arkivlovens forstand, skaper dette små problemer i forhold til hvilke regler som gjelder. Men det er altså en mulighet for at Riksarkivaren kan treffe et særskilt vedtak om hvilket forvaltningsnivå arkivet skal henregnes til, jf. arkivloven § 20. Men det kan altså være annet regelverk som kan være vel så hensiktsmessig å anvende i en slik sammenheng.
3. Det kan skje utskilling av oppgaver til et organ som organiseres etter en av selskapslovene, eventuelt ved at et eksisterende offentlig organ i sin helhet omorganiseres til et slikt selskap. Hvorvidt dette da vil være et organ som etter arkivloven er å betrakte som offentlig eller privat, vil måtte avgjøres i hvert enkelt tilfelle (eller eventuelt for flere like selskaper under ett).
4. Oppgaver settes ut til privateide selskaper. Her vil det som hovedregel ikke foreligge noe formelt grunnlag for at Riksarkivaren kan gi regler for arkivene i disse selskapene. Men det kan også tenkes situasjoner der det offentlige organet som gir det private organet et slikt oppdrag, også har plikt til å sørge for eller har

egeninteresse i at det foreligger dokumentasjon angående den oppgaven som utføres. Det vil i slike tilfeller måtte være en del av avtalen mellom det offentlige og det private organet om at slik dokumentasjon skal foreligge, og hvordan disse arkivene da skal håndteres.

I arkivloven ble det tatt inn sikkerhetsventiler for å gi mulighet for å treffe særskilte vedtak i enkelte tilfeller da grensedragningen ellers kunne gi et klart uheldig resultat. Det dreier seg i hovedsak om to bestemmelser, i utgangspunktet begge relatert til skillet mellom offentlig og privat arkivskaper, men den ene bestemmelsen tar i tillegg opp i seg skifte i forvaltningstilhørighet.

Den ene sikkerhetsventilen finner vi i arkivloven § 19. Der er Riksarkivaren gitt fullmakt til på visse vilkår å bestemme at privat rettssubjekt, altså organ som skaper privat arkiv, helt eller delvis skal følge reglene for offentlige arkiv, slik de er gitt i arkivloven eller i medhold av denne. I utgangspunktet må ett av tre vilkår være oppfylt for at Riksarkivaren skal kunne treffe slikt vedtak:

1. Organet mottar faste offentlige tilskudd som er viktige for virksomheten.
2. Organet har fullmakt til å treffe enkeltvedtak.
3. Organet har fullmakt til å utferdige forskrifter.

I tillegg til at ett av disse vilkårene må være til stede, ligger det i sakens natur at Riksarkivaren må vurdere det slik at det er av samfunnsmessig betydning å få bevart det aktuelle arkivmaterialet. Det vil blant annet si at det må være et rimelig forhold mellom den kostnad det vil innebære å langtidsbevare arkivet og den samfunnsmessige nytten materialet må kunne antas å ha eller få. Det følger av dette at det ikke vil være slik at Riksarkivaren skal bruke denne fullmakten i alle de tilfellene der ett av de tre vilkårene er oppfylt.

Et eksempel på avveiningene i en slik sak finner vi i sak angående studentsamskipnadene i Norge. Alle høyskoler og universiteter er lovpålagt å ha knyttet til seg en velferdsorganisasjon for studentene. I lov om studentsamskipnader er det gitt nærmere regler om hvordan

slike velferdsorganisasjoner skal organiseres, herunder at det er Undervisnings- og forskningsdepartementet som bestemmer når en studentsamskipnad skal opprettes og hvilke skoler eller universiteter den skal dekke. Men når samskipnaden slik er opprettet, skal den være et selvstendig rettssubjekt, og noen mener at dette i arkivlovens forstand vil si et privat rettssubjekt som skaper privat arkiv. Det har ikke lyktes Riksarkivaren å få utvirket en autoritativ tolkning av hvorvidt samskipnadene er å betrakte som skapere av offentlige arkiver, eller om de faktisk er private i arkivlovens forstand. Det vil i en slik sak ikke være tilstrekkelig at Riksarkivaren fastsetter det ene eller det andre – han vil i en viss forstand kunne betraktes som part i saken. I mangel av avklaring på dette punktet, måtte Riksarkivaren avstå fra å betrakte disse som offentlige organer.

I stedet gikk Riksarkivaren først inn på en kost/nytte-vurdering av hvorvidt disse arkivene burde bevares. Da konklusjonen på denne vurderingen ble at arkivene burde bevares, med de forsvarlige kassasjoner som vanlig arkivfaglig tilnærming ville tilsi, ble neste skritt å vurdere om betingelsene for å bruke fullmakten etter § 19 kunne være til stede. Alle 26 studentsamskipnader i Norge ble varslet om at en slik vurderingsprosess var påbegynt, og ble bedt om å sende til Riksarkivaren årsberetninger, vedtekter og eventuelt nøkkeltall fra regnskapet som viste hvilken rolle de offentlige tilskuddene spilte for driften, og for øvrig ble de oppfordret til å gi kommentarer som kunne ha betydning for vurderingen. 16 av de 26 samskipnadene svarte på denne henvendelsen. Et par kom med kommentarer som gav bud om motforestillinger mot å bli pålagt å følge hele eller deler av regelverket for offentlige arkiver. De øvrige nøyde seg stort sett med å sende et eksemplar av siste trykte årsberetning, som gjerne inneholder noen nøkkeltall fra regnskapet.

En gjennomgang av det innsendte materialet syntes å vise at for det ene året som vi slik satt med opplysninger om, var det rene driftstilskuddet fra staten stort sett avgjørende for om den aktuelle samskipnaden kom ut med et positivt eller et negativt generelt driftsresultat. I tillegg kom øremerkede tilskudd, stort sett fra staten, men også i noen tilfeller fra fylkeskommunen, til boliger, barnehager og spesielle helsetjenester, og dessuten verdien av fritt kvarter, dvs.

det forhold at samskipnadene ikke betaler husleie for bruk av lokaler som universitetene eller høyskolene eier. Totalt sett vurderte vi det slik at de offentlige tilskuddene var så regelmessige, av slik størrelsesorden og så viktige for samskipnadenes totale drift at vi mente betingelsene for å fatte vedtaket med hjemmel i arkivloven § 19 måtte være til stede.

Vedtaket ble fattet og meddelt alle 26 samskipnadene individuelt. Dette var da 26 enkeltvedtak som samskipnadene hver for seg kunne anke til Kultur- og kirke departementet. 18 av dem sendte slik anke. Ankene hadde karakter av kjedebrev med stort sett de samme begrunnelsene og ofte de samme formuleringene. Argumentene gikk stort sett på at samskipnadene driver forretningsvirksomhet og at reglene for offentlige arkiv derfor ikke passer for dem. Dessuten ble det hevdet at de offentlige tilskuddene ikke er så regelmessige og viktige for deres virksomhet at arkivloven § 19 gir hjemmel for å fatte slikt vedtak gjeldende for deres arkiv.

Departementet har funnet denne saken så vanskelig at det fremdeles arbeider med den. Vi kan ikke utelukke at vi ikke når frem ad den fremgangsmåte som er valgt, og at vi må finne en smidig måte å komme videre på.

Et annet eksempel kan være private barnehager. Riksarkivaren har flere ganger fått henvendelser om hvorvidt arkivloven med forskrifter gjelder for disse. I utgangspunktet har Riksarkivaren ikke kunnet se dette på annen måte enn at private barnehager er nettopp det – private – også i arkivlovens forstand. Når det også fra de private barnehagene selv kan stilles spørsmål om arkivloven med forskrifter gjelder for dem, antar vi det har sin bakgrunn i at disse barnehagene må samarbeide med kommunen på flere områder og at de i utgangspunktet er underlagt den samme lov om barnehager som offentlig drevne barnehager.

Spørsmålet blir om det med hjemmel i arkivloven § 19 er, eller kan tenkes å bli, fattet et vedtak angående arkivene i private barnehager. Svaret er så langt at Riksarkivaren ikke har vurdert om det kan være hensiktsmessig å få bevart arkiver fra private barnehager helt eller

delvis etter samme regler som for offentlige arkiver. Det er heller ikke vurdert om kriteriene for å fatte et vedtak med hjemmel i arkivloven § 19 i dette tilfellet er oppfylt.

Et problem vil i alle tilfeller være at det finnes et stort antall slike barnehager, og det vil i tilfelle måtte fattes vedtak for hvert enkelt arkiv som skulle behandles helt eller delvis etter reglene for offentlige arkiv. Det måtte derfor gjøres undersøkelser i forhold til hver enkelt barnehage før vedtak kunne fattes, og hvert vedtak ville måtte begrunnes i relasjon til forholdene i den enkelte barnehage. Dersom det skulle fattes vedtak om at bare et utvalg av slike barnehager skulle pålegges å følge regler for offentlige arkiv, måtte det likevel gjøres et stort grunnarbeid for å begrunne hvorfor nettopp disse skulle pålegges dette, mens andre fremdeles kunne stå fritt.

Det er i beste fall tvilsomt om lovgiver har ment at Riksarkivaren skulle bruke sin fullmakt til å treffe vedtak av slikt omfang som det ville dreie seg om dersom alle private barnehager skulle pålegges å følge reglene for offentlige arkiv helt eller delvis. Men derimot kan det tenkes at et utvalg av arkiver fra private barnehager settes opp på verneplan for private arkiver, og kanskje finnes det en privat barnehage som er så spesiell at dens arkiv burde føres opp som særskilt verneverdig, jamfør arkivloven § 13 siste ledd.

En annen sak er at det i noen tilfeller kan være slik at kommunen kjøper en tjeneste av den private barnehagen, for eksempel ved at kommunen fyller opp en del av barnehagens plasser ved inntak fra sine egne søkerlister, eller opptak samordnes uavhengig av om barnehagen er privat eller offentlig. Når et offentlig organ kjøper en tjeneste av et privat rettssubjekt, kan det naturligvis også stilles betingelser angående den dokumentasjon som skapes som følge av dette forholdet. Og det kan også tenkes at en kommune i et gitt tilfelle faktisk vil være forpliktet til å sørge for slik dokumentasjon og å sørge for at denne blir behandlet på en slik måte at kommunen oppfyller sine forpliktelser som offentlig organ etter arkivloven.

Den andre sikkerhetsventilen er arkivloven § 20. Bestemmelsene i denne paragrafen tar utgangspunkt i at det eksisterer et organ som

skaper offentlig arkiv. Dette organet kan tenkes omgjort til et organ som i arkivlovens forstand skaper privat arkiv, eller det kan skifte forvaltningstilhørighet, slik at det på enkelte punkter blir andre arkivregler som blir gjeldende enn de som så langt har vært gjeldende for organet. I begge tilfeller er Riksarkivaren gitt fullmakt til å bestemme at arkivet også framover helt eller delvis skal behandles etter de reglene som gjaldt for tidligere status. I en kommentar til § 20 er dette i Odelstingsproposisjon nr. 77 (1991-92) uttrykt slik: *”I visse situasjoner vil denne hjemelen vera viktig, jamvel om han neppe vil verta brukt særleg ofte. Vanlegvis vil det ved slik statusskifte vera naturleg å følgje hovudreglane ... .”* Dette må sees som en sterk føring for Riksarkivaren når han vurderer om hjemmelen skal tas i bruk eller ikke; det skal være ganske åpenbare og vesentlige samfunnsmessige interesser til stede for at slikt vedtak skal fattes. Særlig vil dette kravet måtte gjelde for de tilfeller der et offentlig organ går over til å bli et organ som i arkivlovens forstand skaper et privat arkiv.

Når det gjelder skifte av forvaltningsnivå foreligger det så langt ikke noe eksempel på at Riksarkivaren har fattet vedtak med hjemmel i denne bestemmelsen. Her vil det noen ganger være andre bestemmelser som kan være mer hensiktsmessige når det gjelder å fastsette hvordan arkiv fra et slikt organ skal behandles i framtiden. Vi snakker jo fremdeles om et organ som skaper offentlig arkiv, og for det vesentligste vil det for reglene for arkivskaping ikke spille større rolle hvilket forvaltningsnivå organet ligger på. Derimot kan det gjøre en viss forskjell når det gjelder oppbevaring av eldre og avsluttede arkiv eller arkivdeler, og det kan tenkes situasjoner i framtiden da Riksarkivaren kan finne det hensiktsmessig å fastsette egne bestemmelser om avlevering til det arkivdepotet som på et gitt tidspunkt var det aktuelle for arkiv fra vedkommende organ.

Det finnes imidlertid mange eksempler på at offentlige organer har blitt gjort om til organer med en eierform og et formål som tilsier at det nydannede organet må defineres som privat i arkivlovens forstand. Nylig ble for eksempel det statlige organet Statskonsult, opprettet i 1947 under navnet Statens rasjonaliseringsdirektorat, gjort om til et aksjeselskap. Dette selskapet må nå konkurrere med andre

konsulentselskaper om den type oppdrag som de til nå har utført for statsforvaltningen. Også her kan det riktignok reises en aldri så liten tvil om ikke selskapet likevel kunne defineres som offentlig – er det ren næringsvirksomhet selskapet skal drive? Riksarkivaren valgte å ikke forfølge denne siste tanken, og forholdt seg til at det var snakk om privatisering, også i arkivlovens forstand.

Arkiver som er skapt før omdanningen blir i alle tilfeller å betrakte som offentlige arkiver, men ut fra en betraktning om hvilken rolle Statskonsult har spilt i forbindelse med utviklings- og omstillingsarbeid i statsforvaltningen og må antas å spille ennå en tid framover, kom Riksarkivaren til at det ville være av stor samfunnsmessig interesse å sikre det nye selskapets arkiver for ettertiden. I hvert fall i den første tiden vil oppgavene være slike som man drar med seg fra tiden før omdanningen, og det vil slik sett også bli en sammenheng i arkivinformasjonen før og etter omdanningen. Riksarkivaren har derfor, med hjemmel i arkivloven § 20, bestemt at det nye selskapet skal følge arkivloven med forskrifter fram til 31.12.2008. I god tid før denne datoen vil Riksarkivaren foreta en ny vurdering av arkivet med henblikk på hva som deretter skal skje i denne sammenhengen. Prosessen fram til dette vedtaket har skjedd i full forståelse med Statskonsult AS.

Ser vi på kommunal sektor, florerer det jo i dag av selskapskonstruksjoner av forskjellig art. På 1990-tallet, da arkivloven var vedtatt, men ennå ikke trådt i kraft, ble mange kommunale kraftselskaper gjort om til aksjeselskap organisert etter aksjeloven. Riksarkivaren fikk flere henvendelser om hvordan arkivene skulle behandles i denne sammenhengen. Både etter den da gjeldende rettstilstand og etter arkivloven ble det antatt at disse aksjeselskapene ikke kom inn under regler for offentlige arkiv. Etter dereguleringen av kraftmarkedet er det blitt mer og mer klart at disse selskapene driver næringsvirksomhet i konkurranse med andre aktører. Det er derfor også i dag liten tvil om at disse selskapene er å definere som skapere av privat arkiv i arkivlovens forstand. På det tidspunktet da mange av disse omdanningene skjedde, hadde Riksarkivaren ingen mulighet til å treffe vedtak om hva som skulle skje med de framtidige arkivene. For omdanninger etter 1. januar 1999 kunne det være aktuelt å vurdere å

treffe vedtak med hjemmel i arkivloven § 20. Men her står vi overfor noe av det samme forholdet som i eksempelet med private barnehager: Det er snakk om ganske mange selskaper, og det må i tilfelle treffes vedtak for hvert enkelt selskap – etter en konkret vurdering for hvert tilfelle. Og i forarbeidene til loven er det altså signalisert at hjemmelen i § 20 ikke skal brukes ofte. Det ligger derfor lite til rette for at Riksarkivaren skulle gå inn med vedtak rettet mot et større antall kommunalt eide aksjeselskaper i kraftsektoren. Og det er heller ikke her uproblematisk eventuelt å trekke ut noen få selskaper i denne sektoren for særbehandling i forhold til arkivloven § 20.

Som eksemplene viser, er det mange brikker som må falle på plass før Riksarkivaren eventuelt kan treffe vedtak hjemlet i arkivloven § 19 eller § 20. Og i lovforarbeidene er det tatt inn formuleringer som peker i retning av at Riksarkivaren ikke skal bruke disse fullmaktene særlig ofte, selv om grunnlaget for å fatte vedtak skulle være til stede. Dette siste må Riksarkivaren nødvendigvis ta hensyn til. I praksis vil det innebære at Riksarkivaren, i tillegg til å slå fast at de objektive kriteriene er til stede, også må kunne vise til at et slikt vedtak i det aktuelle tilfellet er særlig viktig i en samfunnsmessig sammenheng.

I noen tilfeller kan det være slik at det organet som et vedtak eventuelt vil gjelde, ønsker et samarbeid eller endog ser fordelene med å komme inn under regler for offentlige arkiver. Å komme inn under disse delene av arkivloven med forskrifter er jo nemlig ikke bare en ulempe. For det første inneholder dette regelverket en ferdig oppskrift for godt arkivhold (men denne oppskriften kan man jo om ønskelig ta i bruk uansett). For det andre vil organet ha krav på råd og veiledning innenfor de rammer som følger av arkivloven § 7. For det tredje vil organet ha krav på å få avlevere sine eldre og avsluttede arkiver til offentlig depotinstitusjon for en framtidig oppbevaring som er kostnadsfri for organet. Noen ganger kan det kanskje være mer hensiktsmessig å inngå avtaler enn å fatte formelle vedtak som pålegger et eller flere organer å følge bestemte regler.

Også i denne sammenhengen kan det altså være fordelaktig å kunne ha to tanker i hodet samtidig, og Riksarkivaren vil nok i den framtiden det er mulig å ha noen oversikt over, forsøke seg på denne øvelsen. Så

får vi håpe at det viser seg mulig å få til en akseptabel praksis på dette området. Det kunne naturligvis være ønskelig å ha lovbestemmelser der man klarere kunne lese seg direkte til hva man kunne vente ville skje i de enkelte situasjonene. Men en lovtekst vil sjelden kunne dekke alle aktuelle spørsmål som kan dukke opp. Det vil derfor for svært mange lovbestemmelser være slik at det er lagt inn en forutsetning om mer eller mindre bruk av skjønn hos den som skal praktisere loven, gjerne med noen føringer på skjønnet gitt i forarbeidene. Så kan i noen tilfeller praksis vise at det er ønskelig og/eller nødvendig å foreta en nærmere presisering. Per i dag har det ikke utkrystallisert seg noe som vil være tilstrekkelig til å foreslå endring i arkivloven i retning av mer presise bestemmelser i §§ 19 og 20.