Utredning – rettslig handlingsrom for et generelt pålegg mot offentlige organer og virksomheter om aktivt å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon

KLUGE

1 Innledning 3
1.1 Bakgrunn 3
1.2 Kluges mandat 3
1.3 Kluges team og arbeidets tidsmessige rammer 3
1.4 Begrepsavklaringer 4
1.5 Forbehold og avgrensninger 5
2 Oppsummering – hovedkonklusjon om det rettslige handlingsrommet 5
3 Metodisk tilnærming 6
3.1 Analyse av rettslige tekster 6
3.2 Samtaler/intervjuer med offentlige og private instanser 7
3.3 Øvrige faktumundersøkelser 7
3.4 Vurderinger, herunder bruk av advokatenes egen kunnskap og erfaring 7
4 Sentrale rettskilder 7
4.1 Generelt 7
4.2 Direktiv 2019/1024/EF om åpne data og viderebruk av den offentlige sektors informasjon 8
4.3 Offentlighetsloven 12
4.4 Øvrige regelverk og rettskilder 14
5 Nærmere om problemstillingen 15
5.1 Et skritt lenger enn gjeldende regelverk 15
5.2 Hvor langt myndighetene rettslig sett kan og bør gå 15
5.3 Oversikt over mulige grenser for handlingsrommet 15
6 Drøftelse 23
6.1 Mulige grunner for et pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlige data 23
6.2 Egnede grunnbegreper for en ny regulering 25
6.3 Anbefalt reguleringsmåte 27
6.4 Pliktobjekt – hva virksomheten bør ha plikt til å publisere 31
6.5 Pliktsubjekt – hvem en publiseringsplikt bør gjelde for 37
6.6 Pliktens innhold – hvordan en tilgjengeliggjøringsplikt nærmere kan utformes 38
6.7 Oppsummering – det juridiske handlingsrommet for en mulig ny regulering 49
7 Økonomiske og administrative konsekvenser 50

1 Innledning

1.1 Bakgrunn

Kluge Advokatfirma AS («Kluge») er engasjert av Kommunal- og moderniseringsdepartementet («KMD») for å utrede spørsmål knyttet til hvilket handlingsrom norske myndigheter har for å pålegge offentlige organer og virksomheter en plikt til aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon for gjen- eller viderebruk av andre offentlige eller private etater eller virksomheter.

1.2 Kluges mandat

Kluges mandat er beskrevet på følgende måte i oppdragsavtalen av 15. januar 2020, Bilag 1 Kundens beskrivelse av oppdraget:

> *«Formålet med utredningen*
> *Formålet med utredningen er å få kartlagt det juridiske handlingsrommet for mulig ny regulering av et pålegg til offentlige virksomheter (stat og kommune) om å publisere informasjon/dokumenter/data/ datasett for viderebruk og gjenbruk av andre virksomheter – både offentlige og private (næringslivet og sivilt samfunn).*
>
> *Utredningen skal besvare følgende spørsmål:*
>
> - *Hva er hensiktsmessig avgrensing av offentlige virksomheter i denne sammenheng (eks. avgrensinger i tråd med offentleglova og/eller nytt, revidert PSI-direktiv)*
>
> - *Hva er hensiktsmessig avgrensning av informasjon/dokumenter/data/datasett mht evt pålegg*
>
> - *Hvilke hensiktsmessige alternativer for regulering av et slikt pålegg har vi? Her kan en bl.a. vurdere:*
>   - *Revidere eksisterende lovverk (eks. offentleglova og/eller offentlegforskrifta), evt annet lovverk som regulerer tilgang til og deling av åpne offentlige data*
>   - *Lage en egen forskrift med hjemmel i eksisterende lov/lover*
>   - *Lage en egen (ny) lov med forskrifter, eksempelvis en bredere regelverk om informasjonsforvaltning eller et snevrere regelverk om publisering og deling*
>   - *Bruk av instruks, tildelingsbrev og evt. andre virkemidler eller et samvirke av flere virkemidler*
>
> - *Vurdere de ulike hensiktsmessige alternativene ut fra prinsipper for digitaliseringsvennlig regelverk opp mot hvor effektiv slik regulering vil være der det også tas hensyn til brukervennlighet, jf. målsettingen*
>
> - *Beskrive kort og overordnet økonomiske og administrative konsekvenser ved de aktuelle alternativene*
>
> *Gi en anbefaling om hvilke alternativer som bør utredes nærmere og kort beskrive grunnlaget for en nærmere utredning.»*

1.3 Kluges team og arbeidets tidsmessige rammer

Kluges arbeid, som i hovedsak er gjennomført i tidsperioden 15. januar til3. april 2020, er i samsvar med det inngitte tilbudet utført av Kluges advokater og partnere, Thomas Rieber-Mohn og Christian Galtung.

1.4 Begrepsavklaringer

1.4.1 Offentlig informasjon

Spørsmålet om en hensiktsmessig avgrensning av *objektet* for en mulig tilgjengeliggjøringsplikt, og om den skal knyttes til kriterier som informasjon, data, datasett, dokument, e.l., er drøftet i pkt. 6.2. Allerede her er det imidlertid hensiktsmessig å avklare hva vi i drøftelsene vil legge i det overgripende begrepet *offentlig informasjon*.

Gjennomførte samtaler viser at ulike instanser dels har svært forskjellige oppfatninger av hva som ligger i dette begrepet.

- Betegnelsen kan for det første forstås som *all informasjon det offentlige er i besittelse av*.
- En annen mulig forståelse er informasjon *som er klarert for, eller oppfyller vilkårene for, offentliggjøring* – altså data som, med eller uten restriksjoner, *kan* offentliggjøres etter offentlighetsloven eller annet relevant regelverk.[1]

Vi forstår mandatet slik at det er den førstnevnte forståelsen som skal legges til grunn for vurderingen. Det er også slik begrepet benyttes i ODD,[2] jf. direktivet art. 1 første ledd (a) og (b), jf. art. 2 nr. 6.

I det følgende vil offentlig informasjon eller data derfor brukes som betegnelsen for all informasjon som det offentlige er i besittelse av.

Med mindre annet er presisert eller fremgår av sammenhengen, vil *informasjons*begrepet i det følgende benyttes synonymt med *data* og *innhold*.

1.4.2 Aktiv tilgjengeliggjøring

Det som etter mandatet skal utredes, er en mulig plikt til *aktiv tilgjengeliggjøring* av offentlige data.

Vi forstår oppdraget slik at det sentrale ved dette, er at tilgjengeliggjøringen skal skje *uoppfordret*, på organets eller virksomhetens eget initiativ, og at det til forskjell fra bl.a. offentlighetslovens system *ikke* skal være nødvendig for å utløse plikten, at noen begjærer innsyn.

Selve tilgjengeliggjøringsbegrepet er vagt, selv med presiseringen av at tilgjengeliggjøringen skal være *aktiv*.

- En mulig betydning er at data gjøres tilgjengelig fra en kilde, f.eks. en webside, som er åpen for enhver uten noen form for tilgangsbegrensning.
- En annen mulig betydning er at datasett gjøres tilgjengelig fra en kilde med tilgangskontroll der brukeren må identifisere og evt. autentisere seg før bruk kan foretas.
- I begge tilfeller kan dataene gjøres tilgjengelig med eller uten avtalemessige eller tekniske bruksrestriksjoner eller andre vilkår.
- I begge tilfeller kan dataene tilgjengeliggjøres i mer eller mindre tilrettelagt og bearbeidet format.

[1] Denne forståelsen er et stykke på vei samsvar med offentlighetsloven § 7 første ledd, der begrepet brukes i betydningen «Informasjon som det er gitt tilgang til etter lova her eller anna lovgiving som gir ålmenta rett til innsyn i offentleg verksemd» (vår uthevn).

[2] Direktiv 2019/1024/EF om åpne data og videre bruk av den offentlige sektors informasjon (ODD), nærmere omtalt i pkt. 4.2.

- Det kan også tenkes andre former for aktiv tilgjengeliggjøring.[3]

Slik vi forstår mandatet, er det imidlertid ikke nødvendig med noen innledende definisjon av tilgjengeliggjøringsbegrepet. Snarere opplever vi at spørsmålet og hva som er den best egnede tilgjengeliggjørings*måten*, ved en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring, er noe av det vi bes drøfte gjennom mandatet. Hvordan en tilgjengeliggjøringsplikt best kan utformes, herunder på hvilken måte pålagt tilgjengeliggjøring bør skje, skal således drøftes nærmere i pkt. 6.6.

1.5 Forbehold og avgrensninger

Drøftelsene i denne vurderingen er basert på rettslig analyse av relevante regelverk samt innspill mottatt gjennom samtaler med antatte offentlige og private interessehavere i et mulig nytt regelverk, jf. hhv. pkt. 3.3 og 3.4.

Vurderingen er foretatt i henhold til mandatet. Ut over de enkeltspørsmål som konkret er stilt i mandatet, har vi i drøftelsene utvist alminnelig årvåkenhet for andre spørsmål av interesse. Denne delen av drøftelsene er begrenset til hva Kluge faktisk er blitt oppmerksom på, gjennom arbeidet, og er ikke ment som en uttømmende redegjørelse for *alle* relevante spørsmål.

Det presiseres særskilt at vi, i felles forståelse med oppdragsgiver, bl.a. ikke uttømmende har redegjort for hvilke grenser en mulig aktiv tilgjengeliggjøringsplikt vil være underlagt som følge av slike rettslige skranker som omtales i pkt. 5.3.1.

Rapporten er utarbeidet for og på oppdrag fra KMD. Kluge fraskriver seg ethvert ansvar for tap eller skade som måtte oppstå som følge av utilsiktet bruk av rapporten eller dens innhold.

2 Oppsummering – hovedkonklusjon om det rettslige handlingsrommet

Vår hovedkonklusjon er at norske myndigheter som utgangspunkt står fritt til å etablere lover og regler på dette rettsområdet med det innhold som man ønsker. Slik sett står norske myndigheter som utgangspunkt også fritt til å etablere et regelverk som pålegger offentlige organer og virksomheter aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Norske myndigheter står også temmelig fritt til å *ikke* etablere en plikt til slik aktiv tilgjengeliggjøring.

En tilgjengeliggjøringsplikt kan imidlertid komme i konflikt med regelverk som av ulike grunner verner informasjon (se pkt. 5.3).

Slike regelverk utgjør skranker for tilgjengeliggjøring, og de begrenser dermed det rettslige handlingsrommet myndighetene har til å *pålegge* (aktiv) tilgjengeliggjøring av informasjon. Nærmere bestemt begrenses handlingsrommet ved at et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon *må ta høyde for* disse begrensningene, og det må utformes slik at det ikke oppstår konflikt med disse regelverkene.

[3] Det bemerkes at ulike regelverk og retningslinjer benytter forskjellige begreper for det å gi eller få tilgang til data. Et eksempel som er blitt trukket frem er OECDs veileder, Draft Recommendation of the Council on Enhancing Access to and Sharing of Data (COM/DSTI/CDEP/STP/GOV/PGC(2019)), som benytter begrepet «'Data sharing' or 'sharing of data'», definert som «access to data for the purpose of its joint or individual re-use, based on voluntary, commercial and non-commercial conditional agreements or mandatory rules». Det er imidlertid viktig å holde fast ved at temaet for denne vurderingen er en plikt til *aktivt* å tilgjengeliggjøre data. Definisjoner som benyttes i regelverk eller retningslinjer som ikke fastlegger en slik *aktiv* plikt, gir ikke uten videre veiledning for temaet her – dette må vurderes konkret.

Dette kan typisk gjøres ved at innhold som er vernet etter slike regelverk, som personopplysningsloven eller lover om immaterielle rettigheter, unntas fra tilgjengeliggjøringsplikten.

Etter vår vurdering er de rettslige skrankene for en aktiv tilgjengeliggjøringsplikt i prinsippet de samme som dem som gjelder for innsyn i informasjon etter offentlighetsloven. Det er altså som utgangspunkt ikke tale om andre eller mer omfattende rettslige skranker enn dem som allerede gjelder for og er nedfelt i offentlighetslovens regler om innsyn.

Forskjellene her ligger imidlertid i det praktiske plan, og det systemiske: Mens man etter offentlighetsloven kan begrense seg til å vurdere innsynsbegrensningene for hvert enkelt dokument som det kreves innsyn i, vil et regelverk om plikt til aktiv publisering i prinsippet måtte vurdere *alt* innhold opp mot de rettslige skranker for publisering.

Slike klareringsprosesser kan trolig til en viss grad automatiseres. Men i dagens situasjon vil automatiserte prosesser neppe utgjøre noen tilfredsstillende eller tilstrekkelig sikker løsning. Det betyr at arbeidet for det offentlige forbundet med slik nødvendig klarering trolig vil bli særdeles omfattende – særlig hvis man også inkluderer dokumenter i klassisk forstand, altså innhold som er skapt gjennom menneskelige kognitive prosesser.

Et føre var-prinsipp kan tilsi at man, ved en etablering av et nytt regelverk starter med å begrense tilgjengeliggjøringsplikten til den eller de minst problematiske informasjonskategorien(e), typisk datastrømmer fra sensorer og strukturerte data i fagsystemer og databaser innenfor datakategorier som er definert som høyverdige[4]. På den måten vil man kunne høste erfaringer, samtidig som den teknologiske utvikling trolig vil frembringe bedre og mer sofistikerte verktøy for automatisert klarering av mer komplekse innholdskategorier.

Det er også mulig å bygge klareringsrutiner inn i systemer og tilblivelsesprosesser for offentlige dokumenter, typisk ved at forfatteren av et dokument ved ferdigstillelse tar stilling til publisering etter gitte kriterier, og publiserer automatisk dersom vilkårene for det er oppfylt. Vi antar imidlertid at det vil ta noe tid både å utvikle og rulle ut et slikt tilfredsstillende standardisert system i forvaltningen, og systemet vil heller ikke løse problemet for dokumenter som allerede eksisterer.

En hovedutfordring i dagens situasjon synes å være at gjeldende regler og retningslinjer om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlige data – i den grad slike finnes – har lav rettskildestatus, og at de dessuten savner adekvat sanksjonering ved ikke-etterlevelse. Dette tilsier at et nytt regelverk om en plikt til slik tilgjengeliggjøring bør forankres høyere oppe i rettskildehierarkiet: Etter vår oppfatning vil regulering ved lov være å foretrekke.

For øvrig fremgår våre vurderinger hva gjelder anbefalte avgrensninger og reguleringsmåter for et mulig nytt regelverk, og hensiktsmessigheten av slike avgrensninger og reguleringsmåter, av drøftelsen i pkt. 6.

Spørsmål som etter vår anbefaling bør utredes nærmere er angitt underveis i drøftelsene.

3 Metodisk tilnærming

3.1 Analyse av rettslige tekster

Den rettslige delen av betenkningen er basert på alminnelig juridisk analyse og metode.

[4] Se nærmere om begrepet høyverdige datasett i pkt. 4.2.3 nedenfor.

3.2 Samtaler/intervjuer med offentlige og private instanser

I felles forståelse med KMD har Kluge gjennomført samtaler med ulike private og offentlige (antatte) interessehavere i et nytt regelverk. Formålet har vært, tilsvarende som i en ordinær høringsrunde, å motta innspill og praktiske erfaringer og innsikter, som kan ha relevans for vurderingen. I samråd med KMD, er det for dette formål den 13.-14. februar 2020 ført samtaler med representanter for:

Senter for rettsinformatikk v/ professor Dag Wiese Schartum

Justisdepartementets lovavdeling

Digitaliseringsdirektoratet

Abelia

Brønnøysundregistrene

KMD

Det er ikke ført formelle referat fra disse samtalene, men mange av de mottatte kommentarer og innspill er gjengitt løpende i drøftelsene nedenfor.

3.3 Øvrige faktumundersøkelser

Vi har under arbeidet også gjort observasjoner av annet relevant faktum, uten at dette er tilstrebet verken å holde et vitenskapelig nivå eller være uttømmende eller grundig. Herunder har vi bl.a. undersøkt de tilbud som i dag eksisterer gjennom:

- Felles datakatalog – en oversikt over data som innehas og brukes av det offentlige, med særlige arkiver med datasett, APIer, begreper og informasjonsmodeller.[5]

- Nettstedet Data.norge.no – et register over åpne data, med publiserte datasett og åpne APIer fra offentlig sektor i Norge.[6]

Disse to ressursene vil etter hva vi forstås slås sammen til én i løpet av første halvår 2020.

3.4 Vurderinger, herunder bruk av advokatenes egen kunnskap og erfaring

Temaet for den bestilte vurderingen er etter mandatet høyst skjønns- og vurderingspreget. Dette medfører i noen grad at også advokatenes egne erfaringer og generelle kunnskap er trukket inn. I den grad det er gjort, er det i all hovedsak formulert som *antakelser* om hvordan ting forholder seg.

4 Sentrale rettskilder

4.1 Generelt

Vi forstår det slik at KMDs ønske og ambisjon om å tilrettelegge for et mulig pålegg om tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, springer ut av foreliggende EU-rettslige initiativ på området, herunder først og fremst direktiv 2019/1024/EF om åpne data og viderebruk av den offentlige sektors informasjon (ODD) og dets forgjenger, direktiv 2003/98/EF om viderebruk av den offentlige sektors informasjon (PSI-direktivet), med endringsdirektiv 2013/37/EF. De to sistnevnte er allerede gjennomført i norsk rett, gjennom endinger i offentlighetsloven.[7]

[5] Se https://fellesdatakatalog.digdir.no/.
[6] https://data.norge.no/om.
[7] Jf. hhv. LOV-2006-05-19-16 og LOV-2017-04-28-22.

Vi anser det på denne bakgrunn som hensiktsmessig å starte vår gjennomgang av sentrale rettskilder med en redegjørelse for ODD, jf. pkt. 4.2. Deretter vil vi i pkt. 4.3 se nærmere på offentlighetsloven, slik den fremstår etter gjennomføringen av de to PSI-direktivene.

4.2 Direktiv 2019/1024/EF om åpne data og viderebruk av den offentlige sektors informasjon

4.2.1 Generelt

Direktiv 2019/61024/EF (ODD)[8], som ennå ikke er implementert i norsk rett, er i sitt vesen et *innsynsbasert* regelverk, som ikke pålegger noen plikt til slik *aktiv* tilgjengeliggjøring som denne utredningen gjelder. Det er imidlertid et såkalt «minimumsdirektiv», som ikke er til hinder for at statene går lenger i å legge til rette for direktivets formål, enn det direktivet krever. Dette følger bl.a. av art. 1 i direktivet, som slår fast at:

> *«Med henblik på at fremme anvendelsen af offentlige data og stimulere innovation inden for produkter og tjenester fastsætter dette direktiv et sæt minimumsregler for videreanvendelse og ordninger til i praksis at fremme videreanvendelsen af […].»* (Vår uthevn.).

I forhold til det tidligere PSI-direktivet, direktiv 2003/98/EF og endringsdirektiv 2013/37/EF, som begge altså er gjennomført i norsk rett, inneholder ODD en del nye materielle krav. Direktivet er derved ment å tilpasse de tidligere direktiv til samfunnsutviklingen og å styrke EUs dataøkonomi ved:

i. å redusere barrierer for markedsadgang, spesielt hva gjelder SMB;

ii. å øke tilgjengeligheten av data, ved at nye typer offentlige data bringes inn under direktivets anvendelsesområde;

iii. å redusere såkalte «first-mover»-fordeler, som først og fremst gagner store aktører, bl.a. gjennom en mer gjennomsiktig prosess for offentlig-private dataordninger; og

iv. å øke forretningspotensialet gjennom å tilrettelegge for deling av dynamiske data via APIer.

Blant ODDs mest sentrale endringer i forhold til tidligere direktiv er:

i. utvidelsen av anvendelsesområdet til også å omfatte bl.a. sanntids tilgjengeliggjøring av dynamiske data;

ii. krav om gratis tilgang til offentlige datasett med høy verdi innen bestemte sektorer;

iii. krav om tilgang (på visse vilkår) til dokumenter fra offentlig eide aksjeselskap, samt

iv. utvidelsen av forbudet mot eksklusive avtaler.

I tillegg gjør direktivet unntak for prinsippet om marginalkost, samtidig som marginalkost utvides til også å omfatte utgifter forbundet med anonymisering av persondata.

Selv om direktivet ennå ikke er gjort til del av EØS-avtalen, legger vi til grunn for drøftelsene at det kun er et tidsspørsmål før det blir gjort og direktivet dermed blir formelt bindende for Norge.

[8] ODD er et såkalt «recast»-direktiv, dvs. at det er en omarbeidelse av tidligere direktiv 2003/98/EF med endringsdirektiv 2013/37/EF (PSI-direktivet).

4.2.2 Direktivets uttrykte formål

Direktivets uttrykte formål etter art. 1 er å fremme bruk av åpne data[9] og stimulere til innovasjon innen produkter og tjenester, ved fastsettelse av et sett med minimumsregler for viderebruk (re-use») og ordninger for i praksis å fremme viderebruk av offentlig informasjon.

Av direktivets viderebruksdefinisjon i art. 2 nr. 11 følger det at direktivet er ment å fremme slik bruk for både kommersielle og ikke-kommersielle formål. At det dermed ikke bare er kommersielle interesser som skal ivaretas gjennom direktivets regler, men også de demokratiske, og borgernes grunnleggende rettigheter og informasjonsbehov, fremgår bl.a. av pkt. 5 i fortalen, som fremhever at:

> *«Adgang til oplysninger er en grundlæggende rettighed. Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (»chartret«) fastsætter, at enhver har ret til ytringsfrihed, herunder meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser.»*

Og videre av fortalen pkt. 8, som bl.a. understreker at:

> *«Den offentlige sektor i medlemsstaterne indsamler, producerer, reproducerer og formidler et bredt spektrum af informationer på mange aktivitetsområder, som f.eks. informationer om sociale, politiske, økonomiske, retlige, geografiske, miljømæssige, meteorologiske, seismiske, turismerelaterede, erhvervsrelaterede, patentrelaterede og uddannelsesmæssige områder. Dokumenter produceret af offentlige udøvende, lovgivende eller dømmende myndigheder udgør en omfattende, forskelligartet og værdifuld samling ressourcer, som kan være til gavn for samfundet. Levering af disse oplysninger, der omfatter dynamiske data, i et almindeligt anvendt elektronisk format gør det muligt for borgere og juridiske enheder at finde nye måder at bruge dem på og skabe nye, innovative produkter og tjenester.»*

4.2.3 Materielle bestemmelser

Hovedprinsippet i ODDs regulering fremgår av art. 3 (1), som lyder;

> *«Medlemsstaterne sikrer, at dokumenter, som dette direktiv finder anvendelse på i henhold til artikel 1, kan videreanvendes til kommercielle eller ikkekommercielle formål […]»*

Statene plikter altså å tilrettelegge for viderebruk. Likevel er det som nevnt i bunn og grunn et *innsynsbasert* regime direktivet etablerer, på lik linje med det vi i dag har i Norge gjennom offentlighetsloven. Direktivets krav er at dokumenter skal tilgjengeliggjøres *på forespørsel*. Dette følger bl.a. av ODD art. 4 (1), som lyder:

> *«Offentlige myndigheder behandler, såfremt det er muligt og hensigtsmæssigt, anmodninger om videreanvendelse elektronisk og gør dokumentet tilgængeligt for videreanvendelse for ansøgeren, eller, hvis der kræves licens, udarbejder licenstilbuddet til ansøgeren inden for en rimelig frist, der svarer til fristerne for behandling af anmodninger om aktindsigt.»* (Våre uthevn.).

[9] I den danske språkversjonen av direktivet kommer ikke målsetningen om å fremme bruk av *åpne* data helt klart frem: *«Med henblik på at fremme anvendelsen af offentlige data og stimulere innovation inden for produkter og tjenester[…]»*. Den engelske språkversjonen er her klarere: *«In order to promote the use of open data and stimulate innovation in products and services […]»*. Så også i den tyske språkversjonen: *«Um die Verwendung offener Daten zu fördern und Anreize für die Innovation bei Produkten und Dienstleistungen zu vermitteln […]»* (vår uthevn.).

Direktivet har et svært vidt dokumentbegrep, som etter art. 2 nr. 6 omfatter:

> *«a) ethvert indhold uanset medium (papir eller elektronisk form eller lyd-, billed- eller audiovisuelle optagelser) eller*
>
> *b) enhver del af et sådant indhold.»*

ODD har også regler om hvilken måte slikt innhold skal gjøres tilgjengelig på, når anmodning er mottatt. Utgangspunktet etter art. 5 (1) er at innhold skal tilgjengeliggjøres i alle *allerede eksisterende* formater eller i alle allerede eksisterende språkversjoner – altså uten bearbeidelse.

Likevel heter det i bestemmelsen at:

> *«[…] såfremt det er muligt og hensigtsmæssigt»*, skal tilgjengeliggjøringen skje *«i elektronisk form i et format, der er åbent, maskinlæsbart, tilgængeligt, let at finde og kan videreanvendes, sammen med deres metadata»*.

I så fall skal:

> *«[…] både formatet og metadataene […] om muligt være i overensstemmelse med formelle åbne standarder»*.

Direktivets *krav* til slik bearbeidelse eller tilrettelegging altså høyst begrenset. Nasjonale myndigheter plikter som utgangspunkt bare pålegge organet eller virksomheten en bearbeidelse for å gjøre innholdet mer viderebruksvennlig *så langt dette er mulig og hensiktsmessig*. Dette er ytterligere utdypet i art. 5 (3), hvoretter plikten etter direktivet til å *«fremstille eller tilpasse dokumenter eller til at stille uddrag til rådighed»* ikke gjelder:

> *«[…] hvis dette ville medføre et uforholdsmæssigt stort arbejde, der ikke kan klares som en simpel ekspeditionssag»*.

Her gjelder altså en relativt streng forholdsmessighetsskranke: Slik bearbeidelse eller tilrettelegging kreves ikke etter direktivet hvis det vil medføre arbeid som går ut over rammene for en *«simpel ekspeditionssag»*.

For øvrig følger det av ODD art. 5 (2) at medlemsstatene skal tilskynde nasjonale myndigheter å gjøre innhold tilgjengelig i samsvar med prinsippene «open by design» og «open by default».

Ovenstående modereres noe gjennom direktivets introduksjon av begrepet *datasett av høy verdi*. Dette begrepet er definert som dokumenter der viderebruk vil være forbundet med viktige fordeler for samfunnet, miljøet og økonomien, jf. art. 2 (10). I samsvar med art. 13 (1) er det i bilag 1 til ODD gitt en tematisk liste over kategorier av høyverdige datasett, som p.t. omfattet følgende kategorier:

> Geografiske data
>
> Jordobservasjonsdata og miljødata
>
> Metrologiske data
>
> Statistikk
>
> Selskapsregister og eierskapsregister
>
> Mobilitetsdata (transportdata)

EU-kommisjonen er i denne forbindelse gitt en todelt myndighet:

- Etter artikkel 13 (2) kan Kommisjonen i samsvar med art. 15 vedta delegerte rettsakter *som endrer bilag 1* ved å tilføye ytterligere tematiske områder for datasett av høy verdi. Dette innebærer at gjeldende liste i vedlegg 1 vil kunne bli utvidet.

- Etter artikkel 14 (1) kan Kommisjonen vedta gjennomførende rettsakter som fastlegger lister over *konkrete datasett* innenfor kategoriene i bilag 1, som skal være underlagt direktivets særlige regler for datasett av høy verdi.

De særlige reglene for høyverdige datasett fremgår av art. 5 (8), jf. art. 14 (1) annet ledd, som krever at slike datasett *skal* være:

i. gratis tilgjengelig og underlagt reglene i artikkel 3 om generelle prinsipper, artikkel 4 om behandling av forespørsler om viderebruk og artikkel 5 om tilgjengelige formater;

ii. maskinlesbare;

iii. levert via programmeringsgrensesnitt for applikasjoner (APIer); og

iv. når relevant, som bulknedlasting.

For høyverdige datasett vil tilgjengeliggjøringsplikten dermed etter forholdene kunne innebære en utvidet bearbeidelsesplikt for organet eller virksomheten.

Direktivet har dessuten en særregulering av dynamiske data i art. 5 (5)-(8) jf. art. 2 (8). Slike dynamiske data skal gjøres tilgjengelig umiddelbart etter innsamling, via API-er, og når relevant som bulknedlasting, jf. art. 5 (5).

Dersom det teknisk eller finansielt innebærer en uforholdsmessig byrde å gjøre disse dataene tilgjengelig, skal de gjøres tilgjengelige innenfor en tidsramme eller ved midlertidige tekniske restriksjoner som ikke unødvendig svekker utnyttelsen av det økonomiske eller samfunnsmessige potensialet som ligger i dataene, jf. art. 5 (7). Det følger videre av art. 5 (8) at reglene også vil gjelde for eksisterende dokumenter/data som er gjort tilgjengelig for viderebruk av offentlig eide aksjeselskap.

Når dynamiske data skal gjøres tilgjengelige *«umiddelbart etter indsamlingen»*, jf. art. 5 (5), må dette innebære at tilgang på slike data ikke kan forutsette innsynsbegjæring *hver* gang en bruker ønsker tilgang. Det fremgår klart at fortalen til direktivet at nasjonale myndigheter forutsettes å gjøre slike data løpende tilgjengelig, idet bl.a. deres *«økonomiske værdi afhænger af, om de er umiddelbart tilgængelige og bliver ajourført regelmæssigt»* og de derfor bør *«gøres tilgængelige straks efter indsamlingen eller i tilfælde af en manuel opdatering umiddelbart efter ændringen af datasættet via en applikationsprogrammeringsgrænseflade (API-grænseflader), så det bliver nemmere at udvikle internet-, mobil- eller cloudapplikationer på grundlag af sådanne data»*, jf. fortalen pkt. 31.

Dette antas imidlertid ikke å være til hinder for at den enkelte brukers *første* tilgang til slike data gjøres betinget av en anmodning om innsyn.

4.3 Offentlighetsloven

Gjeldende offentlighetslov[10] ble vedtatt i 2006. Etter høringsrunden ble lovforslaget justert for også å ta høyde for PSI-direktivet, og i den forbindelse fikk formålsbestemmelsen i lovens § 1 et nytt siste punktum. Etter dette lyder bestemmelsen slik:

> *«Formålet med lova er å leggje til rette for at offentleg verksemd er open og gjennomsiktig, for slik å styrkje informasjons- og ytringsfridommen, den demokratiske deltakinga, rettstryggleiken for den enkelte, tilliten til det offentlege og kontrollen frå ålmenta. Lova skal òg leggje til rette for vidarebruk av offentleg informasjon.»*

Viderebrukshensynet er også fremhevet i lovforarbeidene, jf. bl.a. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 3.3.4, som lyder:

> *«Forvaltninga har også ein viktig funksjon som informasjonsbank. Innsynsretten er med på å sikre at borgarane får tilgang til offentleg informasjon som er kvalitetssikra på ein trygg måte. Offentleg informasjon kan vere ein verdifull ressurs for private. Retten til innsyn, og til å bruke offentleg informasjon i privat verksemd, kan medverke til god og effektiv bruk av informasjonsressursar og til auka verdiskaping.»*

Dette viser at hensynet som KMD ønsker å ivareta gjennom et mulig pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, langt på vei altså er nedfelt i og uttrykt som et grunnleggende hensyn bak offentlighetsloven. Dette kan tenkes å være relevant for valget av reguleringsmåte dersom det besluttes å innføre et pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, jf. pkt. 6.3.

Etter offentlighetsloven og andre norske regelverk som gir allmennheten rett til innsyn i offentlig informasjon, er utgangspunktet at dokumenter som er underlagt innsynsrett eller som det gis innsyn i ut fra meroffentlighetsprinsippet, kan brukes til hva som helst. Det klare utgangspunktet etter norsk rett er altså at det er adgang til viderebruk i samme utstrekning som allmennheten har innsynsrett. Prinsippet er nedfelt i offentlighetsloven § 7 første ledd, som lyder:

> *«Informasjon som det er gitt tilgang til etter lova her eller anna lovgiving som gir ålmenta rett til innsyn i offentleg verksemd, kan brukast til eitkvart formål dersom ikkje anna lovgiving eller retten til ein tredjeperson er til hinder for det.»*

Som sitatet viser, er bruken av informasjon det er gitt tilgang til naturligvis underlagt slike begrensninger som lovverket oppstiller. Bestemmelsen i § 7 første ledd gjør altså ikke unntak fra de *bruks*skranker som følger av andre lover og regler.

I likhet med ODD og PSI-direktivet, er offentlighetsloven et regelverk som gir rett til *innsyn* i offentlige dokumenter. Den etablerer altså det vi kan kalle et innsynsbasert regime – til forskjell fra et regime som pålegger organet av *eget* initiativ å tilgjengeliggjøre informasjon. Lovens hovedregel er nedfelt i § 3, som lyder:

> *«Saksdokument, journalar og liknande register for organet er opne for innsyn dersom ikkje anna følgjer av lov eller forskrift med heimel i lov. Alle kan krevje innsyn i saksdokument, journalar og liknande register til organet hos vedkommande organ.»* (Vår uthevn.).

Tilsvarende kan det etter § 9 om rett til å kreve innsyn i en sammenstilling fra databaser.

[10] Lov av 19 mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentleg verksemd (offentleglova).

Offentlighetsloven har et vidt dokumentbegrep, jf. § 4 første ledd, som lyder:

> *«Med dokument er meint ei logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lytting, framsyning, overføring eller liknande.»*

Dokumentbegrepet er teknologinøytralt, og det omfatter alle typer informasjon, uavhengig av lagringsmåte og uavhengig av hvordan informasjonen kommer til uttrykk. I forarbeidene understrekes således at *«[b]lant anna vil tekstar, lyd, bilete, teikningar og modellar vere omfatta av omgrepet»*.[11]

En annen side av dokumentbegrepet er spørsmålet om hva – hvilken informasjonsmengde – som utgjør *ett* dokument. Det heter om dette i Ot.prp. nr. 102 (2004-2005)[12]:

> *«Kva som utgjer éit dokument, må avgjerast ut frå kva som utgjer ei logisk avgrensa informasjonsmengd. Det avgjerande vil vere kva informasjon som innhaldsmessig høyrer saman. Om for eksempel eit brev med vedlegg utgjer eitt dokument eller om vedlegga utgjer separate dokument, kan derfor ikkje avgjerast på generelt grunnlag.»*

I rapporten Fra bruk til gjenbruk, Gjennomføring av direktiv 2003/98/EF om gjenbruk av den offentlige sektors informasjon og supplerende forslag, pkt. 5.4.2 tredje avsnitt fremholdes det at:

> *«Dokumentdefinisjonene i offentlighetsloven og i direktivet vil i praksis være sammenfallende. At direktivet artikkel 2 nr. 3 bokstav b også omfatter del av dokument, er uten betydning i denne sammenheng. Også offentlighetsloven vil omfatte deler av dokumenter, for eksempel der det utvises meroffentlighet, jf. offentlighetsloven § 2 tredje ledd.»*

Uttalelsen gjelder den gamle offentlighetsloven, men antakelig er det på denne bakgrunn ikke veldig stor forskjell mellom offentlighetslovens dokumentbegrep og det som er nedfelt i ODD. Se likevel vår drøftelse av dokumentbegrepets forhold til *dynamiske* data i pkt. 6.2. Det skal dessuten bemerkes at innsynsretten etter offentlighetsloven som hovedregel er knyttet til det mer komplekse begrepet *saksdokument* jf. § 3 i loven, omtalt over.[13]

PSI-direktivet er i offentlighetsloven gjennomført ved en rekke særregler i loven, jf. § 6, § 7 annet ledd, § 8 tredje ledd annet punktum og fjerde og femte ledd og § 30 første ledd tredje punktum og andre ledd. Bestemmelsen i § 2 siste ledd slår fast at uavhengig av hva paragrafen ellers slår fast om lovens virkeområde, skal nevnte særbestemmelser gjelde for alle organer og virksomheter som omfattes av direktivets virkeområde:

> *«Føresegnene i § 6, § 7 andre ledd, § 8 tredje ledd andre punktum og fjerde og femte ledd og § 30 første ledd tredje punktum og andre ledd gjeld uavhengig av føresegnene i paragrafen her for alle verksemder som er omfatta av EØS-avtalen vedlegg XI nr. 5k (direktiv 2003/98/EF som endra ved direktiv 2013/37/EU) om vidarebruk av informasjon frå offentleg sektor.»*

Ved nevnte paragrafer er det innført regler i loven som ivaretar direktivets regler om:

- plikt til å opplyse om hvem som er rettighetshaver når det blir gitt tilgang til informasjon som det knyter seg immaterielle rettigheter til;

[11] Jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005), s. 120.
[12] Også Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 120.
[13] Definert i § 4 annet ledd, som *«dokument som er komne inn til eller lagde fram for eit organ, eller som organet sjølv har oppretta, og som gjeld ansvarsområdet eller verksemda til organet»*.

- rett til å kreve kopi av dokumenter i alle eksisterende format og språkversjoner, og i elektronisk form, så framt det er mulig og formålstjenlig;

- at inntektene for det offentlige når det gis tilgang til informasjon, ikke må overstige kostnadene ved innsamling, produksjon, reproduksjon og formidling av dokumentene, og dessuten en rimelig avkasting av investeringene;

- at det fastsettes at eventuelle standardlisenser for bruk av informasjon skal være tilgjengelige i digitalt format og skal kunne behandles elektronisk; samt

- ikke-diskrimineringsprinsippet, herunder forbudet mot å gi offentlige kommersielle aktører andre viderebruksvilkår enn ikke-offentlige brukere, og forbudet mot å gjøre avtaler om enerett.

Loven har også en særlig bestemmelse om at dokumenter som omfattes av loven kan legges ut på Internett, jf. § 10 tredje ledd, første pkt., som lyder:

> *«Organ som er omfatta av lova her, kan gjere dokument allment tilgjengelege på Internett, med unntak for opplysningar som er underlagde teieplikt i lov eller i medhald av lov.»*

Bestemmelsen får anvendelse både på dokumenter som det er innsynsrett i, og dokumenter som det kan gjøres unntak for, men hvor det gis merinnsyn. Bakgrunnen for bestemmelsen er at man ønsket en klar lovhjemmel for slik publisering.[14] Publiseringsadgangen er begrenset gjennom bestemmelsen i forskrift til offentlighetsloven i § 7 annet ledd, som lyder:

> *«Følgjande skal ikkje gjerast tilgjengeleg på Internett:*
>
> *a) opplysningar som er underlagde teieplikt i lov eller i medhald av lov*
>
> *b) opplysningar som det kan gjerast unntak frå innsyn for etter § 9 i forskrifta her*
>
> *c) opplysningar som nemnde i personvernforordninga artikkel 9 og 10*
>
> *d) fødselsnummer, personnummer og nummer med tilsvarande funksjon*
>
> *e) opplysningar om lønn og godtgjering til fysiske personar, med unntak for opplysningar om lønn og godtgjering til personar i leiande stillingar i det offentlege og i leiande stillingar eller i styret i sjølvstendige rettssubjekt*
>
> *f) materiale som ein tredjepart har immaterielle rettar til, med unntak for slikt materiale som er nemnd i § 5 fyrste ledd andre punktum og for materiale der rettshavaren samtykkjer til at materialet blir gjort tilgjengeleg.»*

Når det for øvrig gjelder rettslige skranker for et mulig nytt pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, vises til pkt. 5.3.1.

4.4 Øvrige regelverk og rettskilder

En rekke øvrige regelverk og rettskilder har relevans for problemstillingen. Disse vil trekkes frem og kommenteres underveis i drøftelsene, og vi har ikke ansett det som formålstjenlig å gi noen samlet innledende oversikt på dette punkt.

[14] Det var tidligere antatt at man selv uten slik særlig hjemmel kunne legge ut dokumenter på Internett med mindre slik publisering var avskåret som følge av regler om taushetsplikt, ærekrenkelser eller vern om privatlivets fred. Likevel var denne konklusjonen beheftet med en viss usikkerhet, som nå er fjernet.

5 Nærmere om problemstillingen

5.1 Et skritt lenger enn gjeldende regelverk

Det følger av det ovenstående, at gjeldende regelverk på nasjonalt og EU-nivå, ikke gir grunnlag for å utlede noen generell plikt for offentlige organ eller virksomheter til aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Det disse regelverkene krever, er tilrettelegging for *viderebruk* av slik informasjon, men da basert på *innsyns*baserte regimer, der det er den enkeltes krav eller begjæring om innsyn som utløser det offentliges plikt til å frigi informasjon.

Vi synes på denne bakgrunn det er viktig å understreke, at et slikt pålegg som KMD har bedt oss utrede, vil innebære å gå *et skritt lenger* enn det som i dag er nedfelt i regelverk med direkte relevans for norsk rett. Dette kan både tilsi at et slikt regelverk bør utredes og forberedes grundig, og at man legger til grunn et føre var-prinsipp

5.2 Hvor langt myndighetene rettslig sett kan og bør gå

Når vi etter mandatet skal kartlegge *«det juridiske handlingsrommet»* for en mulig ny regulering, forstår vi det slik at hovedspørsmålet er hvilken *frihet* norske myndigheter har, rettslig sett, til å innføre et nytt regelverk med pålegg om tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon.

Denne friheten kan i prinsippet sies å ha en «nedre» grense, i form av hva myndighetene har eller vil få *plikt* til å innføre, bl.a. som følge av ODD. Direktivet, som kort er redegjort for i pkt. 4.2, utgjør på denne måten utvilsomt et relevant bakteppe for drøftelsene.

Vi opplever likevel at det mest sentrale i den opptrukne problemstillingen, er *hvor langt* myndighetene rettslig sett kan og bør gå i å pålegge aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, herunder spørsmål om hva som er en hensiktsmessig regulatorisk forankring for og utforming av et slikt regelverk. Det er således hovedsakelig dette som vil være gjenstand for drøftelsene i pkt. 6.

Som innledning til dette hovedelementet i utredningen, skal vi i pkt. 5.3 først gi en oversikt over mulige begrensninger av myndighetenes handlingsrom i den forbindelse. Dette er relevant bl.a. i forhold til de klareringsproblemer som kan oppstå dersom en evt. plikt i til aktiv tilgjengeliggjøring formuleres svært vidt, jf. bl.a. pkt. 6.6.5.

5.3 Oversikt over mulige grenser for handlingsrommet

5.3.1 Rettslige skranker

5.3.1.1 Utgangspunkt

Gjeldende lovgivning inneholder en rekke regler og regelverk som potensielt setter grenser for et pålegg om å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Grovt sett kan disse inndeles i to kategorier:

i. Regler og regelverk som etablerer *eksklusive rettigheter* til informasjon eller uttrykk for eller sammenstillinger av informasjon. Her siktes det til immaterielle rettigheter (IPR), og da i første rekke opphavsrett og nærstående rettigheter etter åndsverkloven.

ii. Regler og regelverk som *beskytter informasjonen* som sådan, fordi den er sensitiv, sikkerhetskritisk eller av andre grunner beskyttelsesverdig. Her siktes det til lovregler om taushetsplikt og/eller som på annen måte avgrenser friheten til å råde over informasjon.

I Prop. 111 L (2015-2016) Endringar i offentleglova (gjennomføring av endringsdirektivet til vidarebruksdirektivet), heter det på s. 7, i tilknytning til et relatert tema, at:

> *«Åndsverklova (åvl.) og personopplysningslova (popplyl.) er saman med straffelova dei mest relevante lovene som kan setje avgrensingar for vidarebruk av offentlege opplysningar. Reglane om teieplikt, som blant anna finst i forvaltningslova § 13, vil normalt vere til hinder for utlevering av opplysningar, men kan òg avgrense moglegheitene til vidarebruk.»*

Uttalelsene gjelder grenser for viderebruk av informasjon. I vår sammenheng, der spørsmålet knytter seg til å *gi tilgang* til informasjon, er det imidlertid klart at også regler om taushetsplikt og hemmelighold av informasjon, vil utgjøre relevante rettslige skranker, så som f.eks. regler i straffeloven og sikkerhetsloven.

Å avstemme et pålegg om tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, mot slike rettslige skranker for tilgjengeliggjøring som nevnt, vil utvilsomt være komplekst og vanskelig, både praktisk og rettslig. Etter vår forståelse er dette noe som egentlig faller utenfor vårt mandat. I samtaler forut for tildeling av oppdraget ble det bl.a. presisert av KMD at departementet ikke ønsket noen dyptpløyende redegjørelse for f.eks. GDPR eller de opphavsrettslige regler. Dette er for så vidt også i tråd med tilnærmingen som er valgt i ODD, hvis anvendelsesområde etter art. 1 (2) er avgrenset mot dokumenter som tredjepart har immaterielle rettigheter til, som inneholder sensitiv eller sikkerhetskritisk informasjon, etc.[15]

Anbefaling: Vi vil imidlertid anbefale at departementet får nærmere utredet hvordan man i praksis kan klare å ivareta slike rettslige avgrensinger, under et regelverk der offentlige myndigheter har plikt til av eget tiltak å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon.

Selv om det altså anses å falle utenfor mandatet, skal vi kort kommentere det typetilfellet at det foreligger immaterielle rettigheter (IPR) knyttet til innholdet som ønskes tilgjengeliggjort, se pkt. 5.3.1.2., og det at innholdet omfatter personopplysninger, se pkt. 5.3.1.3.

5.3.1.2 Særlig om innhold som er underlagt opphavsrett og nærstående rettigheter

Dette typetilfellet kan oppdeles i to forskjellige situasjoner:

i. Det offentlige organet har selv rettigheter til innholdet.

ii. Tredjepart har rettigheter til innholdet.

Der tredjepart har rettigheter til innholdet, vil en plikt til å tilgjengeliggjøre det normalt stå i konflikt med slike rettigheter. Opphavsretten, som er den mest aktuelle rettighetstypen, gir etter åndsverkloven § 3 første ledd (b) rettighetshaveren en *enerett* til å gjøre åndsverket tilgjengelig for allmennheten. Tilsvarende gjelder gjennomgående for de nærstående rettigheter i loven kap. 2, herunder databasevernet i § 24. At dette er en enerett, betyr at ingen andre – heller ikke offentlige organer – kan tilgjengeliggjøre uten rettighetshaverens tillatelse.

Hva gjelder det offentlige organets *egne* immaterielle rettigheter, vil vi derimot fremheve at dette er noe organet selv råder over. I Prop. 111 L (2015-2016) Endringar i offentleglova (gjennomføring av endringsdirektivet til vidarebruksdirektivet), s. 22-23 fremgår i den forbindelse bl.a. at:

> *«Vidarebruksdirektivet artikkel 1, nr. 2, bokstav b, i tillegg til direktivets fortalepunkt 22 og 24, gjer det klart at eventuell opphavsrett ikkje blir påverka av vidarebruksdirektivet. Dette utgangspunktet gjeld for opphavsrettar som ligg til anten tredjepartar eller den offentlege verksemda.*

[15] Jf. bl.a. art. 1 (2) litra (c), (d), (e), (h).

Samtidig gir fortalen ei klar oppfordring om at offentlege verksemder forvaltar rettane sine på ein måte som legg til rette for og mogleggjer vidarebruk: «[..] Public sector bodies should, however, exercise their copyright in a way that facilitates re-use.»»

Under arbeidet med ny åndsverklov (2018) tok KMD selv i høringsrunden opp spørsmål om en mulig endring av åndsverkloven § 14 om åndsverk som ikke har opphavsrettslig vern. Det fremgår av lovforarbeidene at KMD i den forbindelse bl.a. ga følgende innspill:[16]

> *«Vi ser utfordringene ved å foreta endringer i denne bestemmelsen. Vi vil likevel anmode KUD om å følge opp Kommisjonens oppfordring om å legge til rette for viderebruk av offentlig informasjon, også utenfor virkeområdet til åvl. § 9. Dette kan eksempelvis gjøres gjennom å lage og implementere retningslinjer for hvordan det offentlige bør forvalte og utøve sine opphavs-rettigheter.»*

Dette ble i forarbeidene kommentert av Kulturdepartementet på følgende måte:[17]

> *«Når det gjelder innspillet fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet om å legge til rette for økt viderebruk av offentlig informasjon, bemerker departementet at dette ikke gjelder utformingen av lovgivningen, men forvaltning av rettigheter – som må tas opp i andre sammenhenger.»*

I tilknytning til bestemmelsen om databasevern, tok KMD under høringsrunden tilsvarende opp at databaser som er fremskaffet eller finansiert av offentlige midler burde vurderes unntatt fra databasevern og uttalte i den forbindelse at:[18]

> *«En slik løsning vil kunne medføre at vektlegging av det innholdsmessige korresponderer bedre med § 9, enn i dag. Etter § 43 tilkjennes et vern på bakgrunn av et stykke arbeid eller investering, uten at innholdet er relevant. Bestemmelsen i åvl § 9, og offentleglova ellers, tar hensyn til innholdet og opprinnelse, mer enn arbeidet som er lagt ned i produksjonen av det.»*

Kulturdepartementet ga hertil følgende kommentar:[19]

> *«I høringen foreslår Kommunal- og moderniseringsdepartementet at databaser som er fremskaffet av det offentlige, eller for offentlige midler, bør vurderes unntatt vern etter bestemmelsen. Departementet er ikke enig at dette er en fornuftig måte å legge til rette for økt viderebruk av offentlig informasjon. Det at en database i offentlig eie er vernet etter åndsverkloven, er etter departementets vurdering ikke et hinder for viderebruk i seg selv – men hvordan rettighetene forvaltes kan selvfølgelig være det. Et generelt unntak vil kunne få økonomiske konsekvenser for det offentlige, bl.a. som følge av inntjeningskrav, som det er vanskelig å overskue. Etter departementets syn er det derfor mer hensiktsmessig om adgangen til viderebruk vurderes konkret for hver enkelt database, bl.a. på bakgrunn av gjeldende retningslinjer for slik utnyttelse.»*

Vi er enige med Kulturdepartementet i at den type føringer som KMD her ønsket å legge for offentlige organer, nok ikke hører hjemme i definisjonen av databasevernet etter åndsverkloven. Å generelt skulle frata offentlige organer databasevern for frembringelser som ellers oppfyller vilkårene for vern, ville være et brudd på opphavsrettens system, som kanskje krever begrunnelse på et mer prinsipielt og grunnleggende nivå enn at man ønsker å tilrettelegge for viderebruk av offentlig

[16] Prop. 104 L (2016-2017) s. 67.
[17] *Ibid* s. 68-69.
[18] *Ibid* s. 112.
[19] *Ibid* s. 104.

informasjon. Det reiser også vanskelige spørsmål opp mot databasedirektivet,[20] som etter art. 3(1) begrenser nasjonale myndigheters handlefrihet slik:

> *«I henhold til dette direktiv skal databaser som ut fra utvalget eller ordningen av innholdet er opphavsmannens eget intellektuelle verk, være vernet som sådant etter opphavsretten. Det skal ikke brukes andre kriterier for å avgjøre om slikt vern skal få anvendelse.»* (Vår uthevn.).

Det vises til at opphavsretten allerede i seg selv er ment å etablere en balanse mellom rettighetshaverens enerett og samfunnets bruksinteresser,[21] en avveining som også er nedfelt i og springer ut av internasjonale konvensjoner som Norge er bundet av. Dette gjenspeiles også i databasedirektivet, som etter art. 9 gir nasjonale myndigheter frihet til å fastsette:

> *«[…] at rettmessige brukere av en database som gjøres tilgjengelig for allmennheten, uansett på hvilken måte det skjer, kan gjengi eller viderebruke en vesentlig del av innholdet uten tillatelse fra databaseprodusenten […] c) når det dreier seg om gjengivelse og/eller viderebruk av hensyn til offentlig sikkerhet eller i en forvaltnings- eller rettssak»*

Friheten som nasjonale myndigheter her innvilges er imidlertid betydelig snevrere enn et generelt unntak for offentlig eide databaser. Som Kulturdepartementet påpeker i sitatet, er det imidlertid ikke noe til hinder for at offentlige organer kan *disponere over* sine rettigheter etter åndsverkloven på en måte som muliggjør viderebruk av innholdet.

Kulturdepartementets nevnte synspunkt må imidlertid suppleres og presiseres noe, som følge av at ODD – som er vedtatt i etterkant av den norske proposisjonen – i art. 1 (6) har innført konkrete *krav* til det offentliges utøvelse av egne databaserettigheter:

> *«6. De rettigheder for en fremstiller af en database, der er fastsat i artikel 7, stk. 1, i direktiv 96/9/EF, må ikke udøves af offentlige myndigheder for at forhindre videreanvendelsen af dokumenter eller begrænse videreanvendelse ud over de grænser, der er fastsat i nærværende direktiv.»*

Dette innebærer at norske myndigheter etter direktivet er forpliktet til å sørge for at slike *database*rettigheter som innehas av det offentlige ikke utøves på en måte som forhindrer eller begrenser slik videreanvendelse som kreves etter direktivet. En nærliggende måte å gjennomføre denne forpliktelsen på er at offentlige organer, i lov eller på annen måte, *pålegges* å disponere over sine rettigheter på en slik måte at det muliggjør viderebruk.

Dersom det etableres et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, vil det i *samme* regelverk således også kunne gis instrukser om hvordan slike organer skal disponere over egne immaterielle rettigheter til innholdet, herunder at organet skal åpne for, og tillate viderebruk.

- En slik ordning *må* som nevnt etableres for det offentliges *database*rettigheter etter åndsverkloven § 24, som ikke kan utøves til hinder for «videreanvendelse» som statene er forpliktet til å sikre etter ODD.

[20] Rådsdirektiv 96/9/EF om rettslig beskyttelse av databaser.

[21] Denne balanseringen kommer bl.a. til uttrykk gjennom lånereglene i åndsverkloven kap. 3, som er ment å ivareta samfunnets interesser i fri bruk av åndsverk og informasjonen de inneholder.

- En slik ordning *kan* også gis en videre anvendelse, slik at pålegget også omfatter andre rettigheter enn databaseretten (f.eks. opphavsrett etter åndsverkloven § 3), og sikrer gjen- og viderebruk også ut over slik «videreanvendelse» som statene er forpliktet til å tilrettelegge for etter direktivet.

Som antydet av Kulturdepartementet i sitatet over, vil likevel et helt generelt pålegg om å utøve alle rettigheter slik at viderebruk tillates, kunne ha uoverskuelige konsekvenser. Kulturdepartementet anbefalte på denne bakgrunn at adgangen til viderebruk vurderes konkret.

Anbefaling: Vi anbefaler at departementet får nærmere utredet hvordan man kan utforme et generelt pålegg til offentlige organ, om å disponere over egne immaterielle rettigheter på en måte ivaretar forpliktelsen etter ODD art. 1 (6) og evt. også åpner for og tillater gjen- og viderebruk ut over det, uten at dette gir uønskede eller uheldige konsekvenser for organet eller det offentlige mer generelt.

5.3.1.3 Særlig om innhold som omfatter personopplysninger

Med henblikk på personopplysninger, fremhever Justis- og politidepartementet i Prop. 111 L (2015-2016) Endringar i offentleglova (gjennomføring av endringsdirektivet til vidarebruksdirektivet), s. 23 bl.a. at:

> *«Personopplysningslova gjeld fullt ut ved tilgjengeleggjering av offentlege data der desse dataa inneheld personopplysningar. Det medfører at det må gjerast ei konkret vurdering i forkant av ei eventuell tilgjengeleggjering av offentlege dokument, for å avklare om dataa inneheld personopplysningar, og dersom dei gjer det, kva som då skal skje. Eitt alternativ er at verksemda må avstå frå tilgjengeleggjering fullt ut. Dersom dataa etter ei vurdering likevel skal gjerast tilgjengelege for vidarebruk, må det vurderast om personopplysningar skal anonymiserast, om dei skal presenterast gjennom ei teknisk sperre som hindrar urettmessig vidarebruk, eller om vidarebruk skal lisensierast under særlege reglar.*
>
> *Det er fastsett i offentlegforskrifta at det som i personopplysningslova er definert som sensitive personopplysningar, ikkje skal gjerast tilgjengelege på internett, jf. offentlegforskrifta § 7 andre ledd bokstav c. Det er viktig å vere klar over at «sensitive personopplysningar» ikkje alltid er omfatta av teieplikt, og det er heller ikkje nødvendigvis slik at dei kan haldast unna innsyn. Offentlegforskrifta § 7 andre ledd fastset at visse opplysningar ikkje skal leggjast ut på nettet, uavhengig av om dei er omfatta av teieplikt eller ikkje.»*

Uttalelsene viser at vernet av personopplysninger skaper komplekse problemstillinger, både rettslig og faktisk, i forhold spørsmålet om en mulig plikt til aktiv publisering.

Praktisk vil personopplysningsloven og GDPR kreve at det gjøres en individuell vurdering i forkant av at offentlige dokumenter tilgjengeliggjøres. Dette er i prinsippet gjennomførbart under et innsynsbasert regime. Under en ordning med aktiv tilgjengeliggjøring, der man kan tenke seg at tilgjengeliggjøringen dels skjer ved automatiserte prosesser, kan nok imidlertid forhåndsklareringen by på større problemer.

Vi bemerker at det da ikke bare er spørsmålet om dokumentet faktisk inneholder personopplysninger som må vurderes, men også det rettslige spørsmålet om personopplysningene i så fall likevel kan gjøres tilgjengelig etter GDPR, f.eks. ut fra allmenne interesser. Som følge av publiseringsforbudet i forskrift til offentlighetsloven § 7 annet ledd, må det også tas stilling til om (noen av) personopplysningene er sensitive i lovens forstand.

Et særlig spørsmål knytter seg til situasjonen der offentlig informasjon av potensiell stor økonomisk og samfunnsnyttig verdi omfatter personopplysninger, men hvor opplysningene med relativt enkle midler kan anonymiseres. Et eksempel som ble trukket frem under samtalene Kluge har gjennomført, er fotografier av kreftsvulster eller andre medisinske tilstander som ved maskinlæring kan benyttes som grunnlag for utvikling av nye digitale diagnostiseringsverktøy. Hvor langt kan og bør man gå, i slike tilfeller, i å pålegge det offentlige å gjennomføre nødvendige anonymiseringstiltak, for derved å kunne tilgjengeliggjøre dataene?

5.3.1.4 Særlig om innhold som rommer både personopplysninger og ikke-personrelaterte data (blandede datasett)

Personopplysninger er underlagt et strengt regulatorisk regime gjennom personopplysningsloven og GDPR. EU har dessuten vedtatt en forordning om fri flyt av ikke-personrelaterte data (NPDR).[22] Av den vedtatte veilederen til sistnevnte regelverk følger at de to forordningene, GDPR og NPDR, er komplementære i den forstand at de samlet er ment å omfatte *alle* data innenfor EU.[23]

Veilederen (se note 23 nedenfor) tar i pkt. 2 opp problemet med såkalte «mixed datasets»:

> *«A mixed dataset consists of both personal and non-personal data. Mixed datasets represent the majority of datasets used in the data economy and are common because of technological developments such as the Internet of Things (i.e. digitally connecting objects), artificial intelligence and technologies enabling big data analytics.»*

For slike datasett, som altså ifølge veilederen representerer majoriteten av alle datasett i EU, slår veilederen fast følgende grunnprinsipp:[24]

- Ikke-personrelaterte data i slike blandede datasett omfattes av reguleringen i NPDR. Dette følger også av NPDR art. 2 (2) første pkt.

- Personopplysninger i slike blandede datasett omfattes av reguleringen i GDPR.

Som utgangspunkt vurderes altså de ulike deler av et slikt datasett isolert. I forlengelsen av dette grunnprinsippet slår imidlertid veilederen fast, under henvisning til NPDR art. 2 (2) annet pkt., at:[25]

> *«if the non-personal data part and the personal data parts are 'inextricably linked', the data protection rights and obligations stemming from the General Data Protection Regulation fully apply to the whole mixed dataset, also when personal data represent only a small part of the dataset.»*

Dette innebærer at dersom personopplysninger og ikke-personrelaterte data er uoppløselig forbundet i datasettet, skal datasettet som helhet være underlagt det strenge regimet i GDPR. Om innholdet i kriteriet «inextricably linked[26]», og konsekvensen av reguleringen, uttaler veilederen:[27]

> *«The concept of 'inextricably linked' is not defined by either of the two Regulations . For practical purposes, it can refer to a situation whereby a dataset contains personal data as well as non-personal data and separating the two would either be impossible or considered*

[22] Regulation (EU) 2018/1807 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union.
[23] Se COM (2019) 250, Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, s. 2 annet avsnitt i.f.
[24] Veilederen s. 9.
[25] *Ibid*.
[26] Reguleringen er på dette punktet beslektet med innholdet i offentlighetsloven § 12.
[27] Veilederen s. 10.

by the controller to be economically inefficient or not technically feasible. For example, when buying CRM and sales reporting systems, the company would have to duplicate its cost on software by purchasing separate software for CRM (personal data) and sales reporting systems (aggregated/non-personal data) based on the CRM data.

Separating the dataset is also likely to decrease the value of the dataset significantly. In addition, the changing nature of data […] makes it more difficult to clearly differentiate and thus separate between different categories of data.

Importantly, neither of the two Regulations obliges businesses to separate the datasets they are controlling or processing.

Consequently, a mixed dataset will generally be subject to the obligations of data controllers and processors and respect the rights of data subjects established by the General Data Protection Regulation. *»*

Som den praktiske regel, vil på denne bakgrunn blandede datasett som helhet være underlagt GDPR. Dette betyr at mange datasett, som vil omfattes av et evt. nytt norsk regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, vil kunne være underlagt GDPR.

5.3.2 Føre var

Som påpekt i pkt. 5.1, vil et regelverk om aktiv plikt til tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon innebære å gå et skritt lenger enn det som følger av gjeldende regelverk med direkte relevans for norsk rett.

Dette kan tilsi at man legger til grunn et føre var-prinsipp ved utforming og valg av løsninger for et slik nytt regelverk.

En overgang fra et innsynsbasert regelverk, slik bl.a. både offentlighetsloven og ODD er, til et regelverk om uoppfordret tilgjengeliggjøring av all informasjon (innenfor gitte kriterier), utgjør etter vår vurdering en radikal systemendring. Konsekvensene av et slikt systemskifte er ikke uten videre overskuelige. Et føre var-prinsipp kan derfor tilsi:

- at det sikres en forsvarlig og tilstrekkelig utredning av konsekvensene ved et slikt nytt regelverk før det implementeres; og

- i den grad konsekvensen skulle være uoversiktlige, at man begrenser virkeområdet og eller rekkevidden av et slikt nytt regelverk til områder som anses tilstrekkelig oversiktlige og sikre.

Det ble under de gjennomførte samtaler fremholdt og understreket at konsekvensene av en vidstrakt tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon er uoversiktlige. Ikke bare fordi vi i dag mangler full innsikt i hvordan slike store informasjonsmengder kan brukes – og misbrukes – men også fordi data vi i dag anser som «ufarlige» med tiden kan bli sensitive.

- Et eksempel er værdata, som generelt gjelder store krefter og stor risiko. Dette kan tenkes å være sensitivt bl.a. fordi det gir informasjon om sårbarhet.

- Et annet er flomfarevurderinger, som bl.a. kan påvirke den økonomiske verdien av fast eiendom og dessuten være forsvarssensitivt.

- Er tredje er detaljert informasjon om veistrukturer og annen offentlig infrastruktur.

Risikobildet preges også av at det ofte vil dreie seg om tette datastrømmer av høy kvalitet, typisk når det gjelder dynamiske data. Datatetthet og høy kvaliteten antas å øke misbruksfaren bl.a. fordi informasjonen dermed blir mer komplett og oppdatert.

Ved åpen publisering uten en autentiseringsmekanisme vil dataene dessuten ikke bare tilgjengeliggjøres for norske aktører, men for hele verden. Dette påvirker også risikobildet, bl.a. fordi informasjonen derved når flere potensielle misbrukere, herunder flere potensielt kyniske misbrukere.

Et begrep som etter hva vi forstår har tiltakende interesse, både i akademisk diskurs og blant nasjonale myndigheter, er *datasuverenitet*. Med dette siktes det her til at individet – eller i vårt tilfelle, nasjonen – er, og forblir, «herre over» egen informasjon. Betydningen av slik suverenitet er fremhevet av bl.a. stipendiat Anja Salzmann ved Institutt for informasjons- og medievitenskap, UiB, som i en kronikk i Morgenbladet 25. november 2019 bl.a. uttrykker at:[28]

> *«De komplekse nye teknologisystemene danner grobunnen for en ny kommersiell logikk der data står sentralt som den viktigste ressursen. Denne nye logikken og de nye teknologiske infrastrukturer fører sammen til massive maktforskyvninger og skaper nye sårbarheter. Nettopp disse sårbarheter blir til akilleshælen i digitaliseringseventyret.*
>
> *En uoversiktlig og stadig voksende mengde data og dataspor i ulike former håndteres av ulike aktører, og sirkulerer i det digitale kosmoset. For å beskrive denne kompleksiteten brukes ofte begreper som «vår digitale dobbeltgjenger» og «vår digitale tvilling». Den forfølger oss alle – som enkeltpersoner, bedrifter og institusjoner – som en skygge i den smarte, digitale tingenes internett-verden (Internet of Things – Iot) og kommer til å ha stor innflytelse på oss og vår fremtid.»*

En ordning der norske offentlige organ og virksomheter som «default» pålegges å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon, antas generelt å ville svekke Norges kontroll med norske data.

I denne forbindelse skal det for ordens skyld presiseres at vi med datasuverenitet *ikke* sikter til rådighet over *datalokalisering*, altså spørsmål om *hvor* data skal lagres eller behandles. Innen EU oppstiller NPDR et krav om «fri flyt» av ikke-personrelaterte data, i den forstand at et medlemsland ikke skal kunne bestemme at slike data bare kan oppbevares eller lagres i eget land. Regelverket gjelder generelt, og er ikke begrenset til offentlige data. Etter Art, 4 (1) i direktivet gjelder et generelt forbud mot dataplasseringskrav, definert i art. 3 (5) som enhver regulering:

> *«som indebærer, at databehandling skal finde sted i en bestemt medlemsstat, eller forhindrer databehandling i enhver anden medlemsstat»*.

Det er gjort unntak fra forbudet for dataplasseringskrav som er begrunnet i hensynet til offentlig sikkerhet og som er i overensstemmelse med proporsjonalitetsprinsippet.

Kravet til at data fritt skal kunne plasseres utenfor medlemsstaten, altså lagres eller behandles, påvirker imidlertid ikke norske myndigheters frihet til å selv beslutte hvilken offentlig informasjon de velger aktivt å *tilgjengeliggjøre for allmennheten*. Dette spørsmålet ligger i et annet nivå en spørsmålet om dataplassering.

[28] Akilleshælen til det nasjonale digitaliseringseksperimentet, Tiden er overmoden for en personlig eid datakonto, se https://morgenbladet.no/ideer/2019/11/akilleshaelen-til-det-nasjonale-digitaliseringseksperimentet.

Vi har derfor anvendt suverenitetsbegrepet utelukkende for å fremheve at spørsmålet er hvilken risiko Norge ønsker å utsette seg for ved å *lempe på* suvereniteten over egen offentlig informasjon gjennom å gjøre *innholdet i* informasjonen fritt tilgjengelig for alle. Vi antar at nødvendig kontroll langt på vei kan oppnås gjennom løsninger for tilgangskontroll og betingelser f or bruk, så slik sett kan dette ses som et argument for bruk av slike løsninger og vilkår der det finnes påkrevd.

På grunnlag av det ovennevnte, tror vi det vil være fornuftig å tilnærme seg etableringen av et mulig nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon basert på et føre var-prinsipp.

6 Drøftelse

6.1 Mulige grunner for et pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlige data

Formålet med en ny regulering vil etter mandatet være å tilrettelegge for og stimulere til ny bruk av offentlige data. Etter hva vi forstår deler KMD slik ny bruk inn i to kategorier, gjenbruk og viderebruk:

- Med *gjenbruk* menes *ny* bruk i det offentlige, enten av andre offentlige organer enn det dataene først kom inn til eller av det samme organet til andre formål som også ligger innenfor organets samfunnsoppdrag.

- Med *viderebruk* menes bruk av private virksomheter eller enkeltpersoner, for eksempel i innovative prosesser som ved utvikling av nye tjenester.

Det kan spørres om det ikke også finnes en tredje kategori ny bruk, nemlig der individet dataene gjelder ønsker at dataene skal overføres til og brukes av et annet offentlig eller privat organ, for andre formål enn de opprinnelig var samlet inn for. Denne type bruk kan sies å gjenspeile retten til *dataportabilitet* etter GDPR art. 20 (1). Dette er imidlertid en rettighet som bare i liten grad får anvendelse på offentlige data, jf. art. 20 (3) annet pkt., som lyder:

> *«Nevnte rettighet får ikke anvendelse på behandling som er nødvendig for å utføre en oppgave i allmennhetens interesse eller utøve offentlig myndighet som den behandlingsansvarlige er pålagt.»*

En slik adgang til dataportabilitet, også for offentlige data, antas imidlertid å være høyst relevant og representere en betydelig praktisk verdi for individet – og dermed også for samfunnet. Et eksempel er ordningen med *Samtykkebasert lånesøknad*, som hos en tilfeldig valgt kredittyter er beskrevet slik (se https://www.lendo.no/forbrukslan/samtykkebasert-lanesoknad/):

> *«Digital samtykkebasert lånesøknad innebærer at lånesøkere gir banken midlertidig fullmakt til å innhente data om inntekt, formue og gjeld fra det offentlige til bruk i kredittvurderingen. Ved å sette et enkelt kryss i lånesøknaden gir kunden banken fullmakt til å slå opp i offentlige registre for å finne relevant informasjon for å kunne vurdere lånesøknaden. Det elektroniske samtykket gjelder for ti dager, men bare for utlevering av opplysninger til én bank, én gang. Bankene får heller ikke tilgang til mer informasjon enn de trenger, og kan kun innhente relevant informasjon om for eksempel inntekt og formue fra Skatteetaten.»*

Slik bruk av personopplysninger for andre formål enn innsamlingsformålet er GDPR-sensitivt. Bruksformen defineres imidlertid ved at den initieres av den personen som dataene gjelder, noe som impliserer et *samtykke* fra vedkommende. Kategorien kan slik sett omtales som *autonom gjenbruk*.

- Med autonom gjenbruk menes bruk av personrelaterte data for andre formål enn de opprinnelig var samlet inn for, der slik bruk er initiert av den person som dataene gjelder.

For det offentlige vil en slik individuell rett til autonom gjenbruk medfører en plikt for det offentlige til å tilrettelegge for slik gjenbruk, bl.a. ved å klargjøre datasett med individualiserte, maskinlesbare data, og til å overføre slike data til de offentlige og/eller private instanser som individet utpeker, naturligvis under ivaretakelse av nødvendige krav til datasikkerhet mv.

Vi opplever alle de tre nevnte typer bruk som innkapslet i det grunnleggende formålet som KMD selv uttrykker i sin gjeldende digitaliseringsstrategi,[29] der det på s. 19 bl.a. uttales:

> *«Brukerne skal unngå å oppgi informasjon som det offentlige allerede har innhentet. Økt deling av data er også en forutsetning for utvikling av sammenhengende tjenester på tvers av sektorer og forvaltningsnivåer. Offentlig sektor skal dele data når den kan og skjerme data når den må. Åpne offentlige data skal gjøres tilgjengelig for viderebruk til utvikling av nye tjenester og verdiskaping i næringslivet.»*

Det grunnleggende kjennetegnet, i alle tre kategorier, er at data brukes *for andre formål* enn det de opprinnelig ble innsamlet for av det offentlige.[30]

Et ønske om å stimulere til og tilrettelegge for gjen- og viderebruk av offentlige data, både kan og vil ha ulike underliggende motiver. Disse beveggrunnene kan i noen grad knyttes til

- Gjenbruk av det offentlige vil ofte være motivert av effektivitetshensyn. Det er effektivt å ressursbesparende for samfunnet at data som allerede er innsamlet hos det offentlige, enkelt og sømløst kan benyttes av andre offentlige organer og på nytt av det samme organ. Et like sterkt hensyn er at slik gjenbruk er «brukervennlig» og verdiøkende for den «tjenesten» som det offentlige tilbyr borgerne, at individet ikke belemres med å måtte avgi den samme informasjonen flere ganger til ulike instanser («once only»-prinsippet).

- Viderebruk av private kommersielle aktører vil for brukeren som regel være økonomisk motivert. Det ligger imidlertid en betydelig samfunnsverdi i den nyskaping og innovasjon som slike kommersielle aktører står for. Jo mer det offentlige gir tilgang til offentlig informasjon i egnede formater, desto flere nye og innovative varer og tjenester vil bli skapt – til gode for individ og samfunn.

- Autonom gjenbruk representerer i første rekke et gode og en praktisk verdi for individet dataene gjelder. Det antas imidlertid at adgang til slik gjenbruk også vil skape kommersielle verdier og være samfunnsnyttige mer generelt, ved at tjenester og prosesser, både i det offentlige, hos private og i forholdet mellom offentlig og privat, kan gjøres mer sømløse og mindre ressurskrevende.

Anbefaling: Det anbefales at departementet tar stilling til, og evt. får utredet nærmere, hvilke av de beskrevne typer gjen- og viderebruk med tilknyttede formål man ønsker å tilrettelegge for i et nytt regelverk, og at det valgte formålet klart presiseres enten i selve regelverket eller i tilknyttede forarbeider.

[29] Én digital offentlig sektor, Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019–2025.
[30] Slik f.eks. også rapporten Fra bruk til gjenbruk, som benytter betegnelsen «gjenbruk», s. 39: *«Det sentrale i gjenbruksdefinisjonen er at dokumentene skal brukes til andre formål enn det de er utarbeidet til.»* Jf. også Meld. St. 27 103, Digital agenda for Norge, som benytter betegnelsen «viderebruk», s. 103: *«Viderebruk av offentlige data handler om å gi næringsliv, forskere og sivilsamfunn tilgang til data fra offentlig sektor på en måte som gjør at de kan brukes i nye sammenhenger.»*

Et tilleggsargument, som ble fremhevet under de gjennomførte samtaler, er at et regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon kan bidra til å redusere mengden av innsynskrav etter offentlighetsloven.

6.2 Egnede grunnbegreper for en ny regulering

Med «grunnbegreper» siktes det her til begreper som vil inngå i en mulig ny rettslig regulering, og som er definerende for innholdet i eller omfanget av plikten til aktivt å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon.

Det beskrevne formålet bak et slikt pålegg tilsier at det bør velges eller utpekes grunnbegreper som ikke *utilsiktet* begrenser tilgjengeliggjøringspliktens rekkevidde.

Begrepsvalget antas å ha størst betydning for defineringen av *objektet* for en tilgjengeliggjøringsplikt, og her finnes flere mulige alternativer. Et naturlig utgangspunkt kan være *dokument*bergrepet, som benyttes både i ODD og i offentlighetsloven, og som begge steder er definert svært vidt.

Den formelle definisjonen synes her å være noe videre i ODD, der begrepet etter art. 2 nr. 6 som nevnt omfatter både *ethvert innhold* og *enhver del av* et slikt innhold. Da PSI-direktivet, som benytter samme begrep, ble innført i norsk rett, la man i forhold til daværende rettstilstand til grunn at offentlighetslovens dokumentbegrep var i samsvar med direktivets, men man fant det i den forbindelse nødvendig å støtte seg også på meroffentlighetsprinsippet.[31] Ved vedtakelsen av dagens offentlighetslov ble definisjonen av dokumentbegrepet noe justert, men det ble i forarbeidene bl.a. fastholdt at:[32]

> *«Kva som utgjer éit dokument, må avgjerast ut frå kva som utgjer ei logisk avgrensa informasjonsmengd. Det avgjerande vil vere kva informasjon som innhaldsmessig høyrer saman. Om for eksempel eit brev med vedlegg utgjer eitt dokument eller om vedlegga utgjer separate dokument, kan derfor ikkje avgjerast på generelt grunnlag.»*

Dette tilsier at offentlighetslovens dokumentbegrep nok ikke kan anses å betegne *enhver* del av et dokument eller et innhold, slik definisjonen er i ODD art. 2 (6) (b). Selv om den formelle definisjonen i offentlighetsloven dermed kan synes å være noe snevrere enn direktivets, viser dette likevel at dokumentbegrepet *kan* defineres slik at det omfatter ethvert innhold og enhver bestanddel i et slikt innhold. Med en slik definisjon vil begrepet, ved siden av å omfatte dokumenter i tradisjonell forstand,[33] også fange opp bl.a.:

- *datasett*, definert som en organisert samling av data, for eksempel i form av en tabell, liste eller en database;[34]
- *databaser*, definert som en strukturert samling av relaterte data;[35] samt
- *informasjon* som sådan, herunder tekst, lyd, bilder, tegninger, etc.

[31] Fra bruk til gjenbruk, Gjennomføring av direktiv 2003/98/EF om gjenbruk av den offentlige sektors informasjon og supplerende forslag pkt. 5.4.2 tredje avsnitt.
[32] Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 120.
[33] Herunder både fysiske og digitale dokumenter, og for sistnevntes del typisk innhold som er fiksert i digitale formater som Word og PDF.
[34] Se f.eks. Standard for beskrivelse av datasett og datakataloger (DCAT-AP-NO), Direktoratet for forvaltning og IKT - Versjon 1.1.
[35] https://no.wikipedia.org/wiki/Database.

Vi antar således at det meste av den offentlige informasjon, som er relevant ut fra det beskrevne formålet, i prinsippet kan fanges inn ved bruk av dokumentbegrepet.

En mulig svakhet ved begrepet er imidlertid at dokument etter en naturlig forståelse forutsetter en *fiksering* av innholdet, altså at informasjonen er festes i et format – og derav har et *definert* innhold. Det kan derfor spørres om begrepet er egnet til å fange opp faktiske fenomener som *datastrømmer*, *datasjøer* og *dynamiske* data.

Begrepet dynamiske data er i ODD art. 2nr. 8 definert som:

> *«[…] dokumenter i digital form, som er genstand for hyppige eller realtidsopdateringer, navnlig på grund af deres volatilitet eller hurtige forældelse; data genereret af sensorer betragtes typisk som værende dynamiske data».*

At *dataene* er dynamiske, betyr m.a.o. ikke at de ikke kan fanges i et dokument, kun at dokumentet *må oppdateres* hyppig eller i realtid som følge av informasjonens volatilitet. Bruk av dokumentbegrepet vil således ikke medføre noen avgrensning mot dynamiske data som sådan, så langt vi kan se.

En datastrøm, definert som data i bevegelse, typisk datastrømmer fra sensorer, er kanskje vanskeligere å innordne under dokumentbegrepet, fordi slike data (ennå) ikke er fiksert. Vi antar imidlertid at offentlige datastrømmer i de aller fleste tilfeller er en midlertidig tilstand, og at offentlige data som befinner seg i denne tilstanden i de aller fleste tilfeller raskt vil ende opp i en eller annen fiksert form, altså i noe som kan anses som et dokument ut fra ovennevnte kriterier, typisk en database. Problemstillingen har derfor trolig mest akademisk interesse.

En datasjø er i forslaget til ny arkivlov fra 2019 beskrevet slik:[36]

> *«I motsatt ende av skalaen har vi ny teknologi som gir nye muligheter, for eksempel datasjøer. Dette er informasjonssystemer der en tar vare på store mengder (rå)data i sin opprinnelige form på tvers av flere datakilder. Datasjøen legger til rette for å utlede dokumentasjon i sanntid og ettertid, gjerne ved hjelp av nye teknologier som for eksempel maskinlæring.»*

Vi legger til grunn at dokumentbegrepet, f.eks. slik det er definert i ODD – dvs. ethvert innhold eller enhver del av slik innhold – er egnet til å fange opp en slik datasjø og elementene den inneholder. Det vises til at dataene som finnes i «sjøen» kan sies å være fiksert i tilstrekkelig grad til at denne subsumsjonen ikke legger for sterkt press på dokumentbegrepet.

Et alternativ til å benytte dokumentbegrepet er naturligvis å knytte tilgjengeliggjøringsplikten til begrepet *informasjon* eller *offentlig informasjon*. Det kan hevdes at ODDs dokumentbegrep, slik det er definert, i realiteten er *ensbetydende* med informasjon, og at det derfor er villedende, og kanskje fremstår som gammelmodig, å gå omveien om dokumentbegrepet. Også offentlighetsloven benytter flere steder begrepet informasjon som materielt kriterium, jf. §§ 1, 6, 7, 8 og 30. I forslaget til ny arkivlov er begrepet *dokumentasjon* tilsvarende definert *som* informasjon.[37]

---

[36] NOU 2019: 9 Fra kalveskinn til datasjø, s. 32.

[37] NOU 2019:9 (Forslag til ny arkivlov), s. 16: *«dokumentasjon»: informasjon som løpende bekrefter hvordan en virksomhet, organisasjon eller person har handlet, utøvd myndighet eller utført tjenester og andre oppgaver. Dette omfatter blant annet prosesser, beslutninger, handlinger med rettslige virkninger, samt vesentlige hendelser og forhold.»*

Siden offentlighetsloven som nevnt i betydelig utstrekning også benytter begrepet informasjon, kan vi ikke se at hensyn til konsistens i lovverket krever at dokumentbegrepet velges. Informasjonsbegrepet har også den fordel at det, til forskjell fra dokumentbegrepet, ikke forutsetter en fiksering. Det vil etter en naturlig forståelse også omfatte data i bevegelse.

En tredje mulighet er å benytte datasett-begrepet som grunnbegrep, definert som en organisert samling av data, for eksempel i form av en tabell, liste eller en database. Også her vil det etter hva vi forstår oppstår utfordringer i forhold til om datastrømmer (data i bevegelse) kan anses omfattet av begrepet, idet vi antar at slike strømmer ofte vil være uorganisert så lenge de er i bevegelse. Tilsvarende som ovenfor, antar vi imidlertid at dataene i slike strømmer normalt vil ende opp i noe som kan anses som et datasett, typisk en database. Slik sett er datasett-begrepet vel så egnet som de øvrige kandidater.

Mens dokument- og informasjonsbegrepet kan defineres som *ethvert* innhold vil datasett-begrepet forutsette at dataene er organisert. Det er mulig at dette gir begrepet en noe snevrere avgrensning enn de to øvrige. Vi antar likevel at begrepet er vidt nok til å fange opp de forekomster av data som kan tenkes å være aktuelle og interessante for en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring.

Slik vi ser det, er begrepene dokument, informasjon og datasett mer eller mindre likeverdige kandidater som grunnbegrep for en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig dokumentasjon. En hovedregel om aktiv tilgjengeliggjøring kan derfor like godt knytte til det ene som det andre. Det som i praksis vil ha større betydning, er hvordan tilgjengeliggjøringsplikten *ellers* skal avgrenses, jf. pkt. 6.4 og 6.5.

6.3 Anbefalt reguleringsmåte

6.3.1 Generelt – regulering bør legges til lov eller forskrift

Vi ser som utgangspunkt for oss at et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon må gjøres som et tillegg til, og ikke en erstatning for, den innsynsbaserte ordningen etter offentlighetsloven.

På denne måten vil en slik ny ordning ikke gripe inn i de grunnleggende rettssikkerhetsgarantier, i form av transparens, åpenhet og demokratisk kontroll m.m., som offentlighetsloven ivaretar. At disse garantiene «ligger i bunn», ved at offentlighetslovens innsynsregler beholdes uendret, gir også større frihet ved utformingen av et nytt regelverk, i den forstand at en bruker alltid kan «falle tilbake på» å kreve innsyn etter gjeldende lov. Dette betyr bl.a. også at et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, ikke selv behøver å ivareta alle de hensyn som i dag ligger nedfelt i offentlighetsloven.

En hovedutfordring i dagens situasjon synes å være at gjeldende regler og retningslinjer om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlige data – i den grad slike finnes – har lav rettskildestatus, og at de dessuten savner adekvat sanksjonering ved ikke-etterlevelse. Et eksempel er Digitaliseringsrundskrivet, som gjelder for statlige organer. Gjennomførte samtaler tyder på at dette rundskrivet ikke oppleves som særlig forpliktende blant berørte organer. Det kan også være forståelig, når man ser på hvordan rundskrivet er formulert.

I pkt. 1.1 i gjeldende rundskriv,[38] i kategorien *«krav»* fremgår det til illustrasjon bl.a. at:

> *«Virksomheten skal sette brukerens behov i sentrum.»*

[38] Rundskriv H-5/19 (ref. 19/3313) av 10. desember 2019, Digitaliseringsrundskrivet.

Dette er trolig velfungerende som en programerklæring og målsetning. Som *juridisk forpliktelse* er formuleringen imidlertid uten særlig slagkraft, idet man vanskelig kan legge *konkrete* handlemåter inn under denne plikten.[39] Uten slik konkretisering blir det også umulig å ta stilling til om normen er overholdt eller ikke.

Tilsvarende kan observeres i pkt. 1.2 i gjeldende rundskriv, i kategorien *«krav»*, der det bl.a. heter:

> *«Offentlige virksomheter skal ikke spørre brukerne på nytt om forhold de allerede har opplyst om. Dette omtales gjerne som "kun én gang", og er et langsiktig mål og en av hovedprioriteringene i IKT-politikken. Finnes data hos en annen virksomhet, skal data hentes derfra, forutsatt at det foreligger rettslig grunnlag.»*

Slik denne formaningen er formulert, er det for det første vanskelig å ta stilling til om dette er en juridisk forpliktelse eller, som det uttrykkes, *«et langsiktig mål»*. Og dersom f.eks. den siste setningen i sitatet skulle leses som en juridisk forpliktelse, er forpliktelsen uansett høyst kvalifisert, idet den forutsetter at det foreligger et rettslig grunnlag *utenfor* rundskrivet. Også dette medfører store utfordringer for den som skal ta stilling til om normen er overholdt eller ikke.

Disse eksemplene tjener som illustrasjon av det mer generelle poenget, at et slikt rundskriv ikke utgjør en egnet reguleringsmåte dersom man ønsker å innføre en *rettsplikt* som skal ha effekt og fremtvinge en radikal endring av handlemønster over en bred og mangslungen offentlig sektor.

Dette tilsier etter vår vurdering klart at et nytt regelverk bør nedfelles på et høyere nivå i rettskildehierarkiet, typisk i lov eller forskrift. Dette vil også sikre en mer betryggende tilblivelsesprosess, som sikrer at relevante hensyn og mothensyn i forsvarlig utstrekning blir belyst før regelverket endelig utformes.

Det er liten tvil om at disse hensynene i sterkest grad vil ivaretas gjennom en ordinær *lov*prosess, noe som taler for å velge lov fremfor forskrift. Med et slikt valg vil man også stå friere i spørsmålet om slike nye regler skal vedtas som et tilbygg til offentlighetsloven, eller som en egen lov.

Regulering ved lov, evt. med klart definerte sanksjoner ved ikke-oppfyllelse av lovens krav, vil dessuten etter alt å dømme lede til en høyere grad av etterlevelse blant de berørte instanser og etater.

At et slikt regelverk evt. forankres i en ny lov, er imidlertid ikke til hinder for at deler av det kan nedfelles i forskrift med hjemmel i loven. For eksempel kan det kanskje være hensiktsmessig at utpekingen av hvilke typer innhold som skal omfattes av lovens ulike plikter gjøres ved forskrift, herunder f.eks. hvilke konkrete datasett som skal anses høyverdige (dersom dette blir en kategori under loven). At slik regulering legges i forskrift gir større fleksibilitet i forhold til nødvendige endringer og oppdateringer.

Med samme begrunnelse kan også annen mer konkret regulering legges til forskrift. Samlet ser vi for oss at forskriftsnivået kan være egnet for regulering av bl.a.:

- Hvilke typer innhold som skal omfattes av de ulike plikter i loven, herunder hvilke konkrete datasett som skal anses som høyverdige (såfremt dette blir en kategori i loven);

[39] Når slike vage kriterier benyttes i lovverket, slik som f.eks. kriteriet «god forretningsskikk» i markedsføringsloven § 25, vil domstolenes og andre myndigheters praksis, sammen med lovforarbeider og juridisk teori, bidra til å konkretisere den generelle handlenormen – slik at det i konkrete tilfeller blir mulig å ta stilling til om normen er overholdt eller ikke. Forutsetningen er likevel at det er tale om en noenlunde håndfast handleplikt, hvilket å «*sette brukerens behov i sentrum»* neppe kan sies å utgjøre.

- Detaljering av en evt. plikt til å tilrettelegge og/eller klarere innhold før tilgjengeliggjøring;
- Detaljerte regler om evt. tilgangskontroll og/eller krav til bruk av lisens/avtalevilkår;
- Etc.

6.3.2 Offentlighetsloven eller egen lov

I spørsmålet om et nytt pålegg om aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon bør inntas eller legges inn under offentlighetsloven, eller om den bør vedtas i en egen lov, er det rom for ulike synspunkter.

Arbeidsgruppen bak rapporten «Fra bruk til gjenbruk», som lå til grunn for Norges implementering av PSI-direktivet i 2006, delte seg i flere fraksjoner i dette spørsmålet, slik Justis- og politidepartementet beskriver i offentlighetslovens forarbeider:[40]

> *«Når det gjaldt spørsmålet om korleis desse punkta burde gjennomførast i norsk rett, delte arbeidsgruppa seg i eit fleirtal og to mindretal.*
>
> *Fleirtalet gjekk inn for at reglane om prising og ikkje-diskrimineringsprinsippet, medrekna forbodet mot einerettsavtaler, skal takast inn i offentleglova samtidig som det blir presisert at desse reglane i offentleglova gjeld i alle tilfelle der verksemder som er omfatta av direktivet, gir ut informasjon.*
>
> *Fleirtalet gjekk vidare inn for at reglane om rett til å krevje kopi i alle eksisterande format og plikta til å opplyse om kven som er innehavar eller lisenshavar til immaterielle rettar, burde gjennomførast i alle regelverk som gir ålmenta innsynsrett. Etter forslaget frå fleirtalet skal reglane som blir gitt for å gjennomføre direktivet, gjelde i alle tilfella der det blir gitt tilgang til informasjon. Dette vil innebere at reglane også i nokon utstrekning vil gjelde for verksemder som ikkje er omfatta av direktivet. På denne bakgrunnen foreslår fleirtalet ein forskriftsheimel som gir høve til å halde verksemder som ikkje er omfatta av direktivet, utanfor reglane.*
>
> *Eit første mindretal gjekk inn for å gjennomføre direktivet i ei eiga lov som i hovudsak gjengir reglane i direktivet ordrett.*
>
> *Eit anna mindretal meiner at sjølve vidarebruksomgrepet er så sentralt at det bør takast inn ein definisjon av det i offentleglova som er i samsvar med definisjonen i direktivet. I tillegg går dette mindretalet inn for at offentleglova bør få ein forskriftsheimel som gir Kongen høve til å gi nærmare reglar om vidarebruk i samsvar med innhaldet i direktivet.»*

Departementet fulgte her flertallets forslag, og la de nye reglene inn under offentlighetsloven, se Ot.prp. nr. 102 (2004-2005), s. 80-81:

> *«Departementet er einig med fleirtalet i den interdepartementale arbeidsgruppa som utgreidde korleis direktiv 2003/98/EF burde gjennomførast, i at det er ein slik nær samanheng mellom innsyn og vidarebruk at det ikkje er formålstenleg å gjennomføre direktivet gjennom eigne reglar som regulerer vidarebruk isolert frå reglane om innsyn. Departementet foreslår derfor at direktivet i hovudsak skal gjennomførast i offentleglova. I tillegg til at dette er den lovteknisk beste løysinga, viser departementet til at dei reglane det er tale om, vil styrkje*

[40] Ot.prp. nr. 102 (2004-2005), s. 78

offentlegprinsippet generelt og i tillegg synleggjere ei side av prinsippet som hittil har vore lite framme.»

Det skal bemerkes at de to første hensynene departementet her trekker frem, sammenhengen mellom innsyn og viderebruk og hensynet til den lovteknisk beste løsningen, ikke fremstår som veldig tungtveiende i vår sammenheng.

- For det første er det ikke viderebruk som er gjenstand for reguleringen vi drøfter her, men en plikt til av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Sammenhengen mellom en slik tilgjengeliggjøringsplikt og plikten til å gi innsyn (etter offentlighetsloven) er etter vår vurdering ikke like nær som sammenhengen mellom innsyn og viderebruk. En tilgjengelighetsplikt vil være funksjonelt forbundet med viderebruk, idet hensynet til å muliggjøre viderebruk er selve hovedformålet bak plikten. Plikten til å gi innsyn bygger derimot på flere andre hensyn, som ikke nødvendigvis har med viderebruk å gjøre. På den annen side kan viderebruk sies å være like nært knyttet til en slik tilgjengeliggjøringsplikt som det er til innsyn, slik at dette kan sies å være noe som tilsier at alt bør reguleres i samme lov.

- Dertil kan det anføres at å lovfeste en tilgjengeliggjøringsplikt gjennom en egen lov, vil gi en sterkere *signaleffekt* enn dersom slike regler skulle vedtas som et tilbygg til offentlighetsloven. Som antydet, opplever vi et slikt tiltak som en ganske radikal endring, som kanskje trenger en slik signaleffekt som en egen lov ville gi.

Dersom det vedtas slike regler gjennom en egen lov, vil det Imidlertid være behov for utstrakt koordinering mellom den nye loven og offentlighetsloven, for bl.a. å sikre konsistens og unngå dobbeltbehandling og motstrid. De to lovene vil i så fall også et godt stykke på vei være vedtatt for å ivareta de samme eller liknende formål. Vi antar av denne grunn at hensynet til å styrke offentlighetsprinsippet, ved å synliggjøre prinsippets viderebruksside, derfor uansett vil ivaretas.

Samlet sett heller vi i retning av at en evt. ny regulering av en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon bør legges til en egen lov. I tillegg til ovennevnte støttes dette av pedagogiske hensyn og hensynet til er oversiktlig regelverk.

Et særlig spørsmål i den forbindelse er om de bestemmelser i offentlighetsloven *som direkte bygger på PSI-direktivet*, i så fall bør flyttes til den nye loven. Etter vår oppfatning taler gode grunner for det, herunder hensynet til oversikt og konsistens. Det vil etter vår oppfatning være naturlig at også offentlighetsloven § 10 tredje ledd om offentlige organers adgang til å gjøre offentlige dokumenter tilgjengelige på Internett, følger med over i en slik ny lov.

6.3.3 Tilsynsmyndighet

Uansett hvilken reguleringsform som velges kan det, dersom det innføres en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, vurderes om det skal etableres en tilsynsmyndighet som fører tilsyn med at berørte organer og virksomheten etterlever plikten. En slik ordning vil formodentlig øke regelverkets effektivitet og gjennomslagskraft. Det er nok likevel langt fra opplagt at et slikt tilsynsorgan kan forsvares ut fra en samfunnsmessig kost-nytte-vurdering.

En klageordning, f.eks. etter mønster av offentlighetsloven§ 32 er heller ikke så lett å se for seg. Dette henger sammen med at det ved brudd på plikten til aktiv tilgjengeliggjøring ikke vil foreligge noe vedtak om avslag, slik det gjør i saker om innsynsnekt.

Dersom et det besluttes å opprette et slikt tilsynsorgan, kan det for oss fremstå som nærliggende at oppgaven ble lagt til Digitaliseringsdirektoratet.

6.4 Pliktobjekt – hva virksomheten bør ha plikt til å publisere

6.4.1 Data i et anvendbart elektronisk format

Som vist i pkt. 6.3.2, har offentlighetsprinsippets *viderebruks*side,[41] forut for innføringen av PSI-direktivet, hatt liten synlighet i norsk rett. Tradisjonelt har innsynsretten etter offentlighetsloven først og fremst vært forbundet med dette prinsippets øvrige sider, som åpenhet, ytringsfrihet og demokratisk kontroll, jf. offentlighetsloven § 1 første pkt.

Vi opplever at *viderebruks*hensynet, slik det er beskrevet i pkt. 6.1, på flere måter klart skiller seg fra disse øvrige hensynene: Mens åpenhet, ytringsfrihet og demokratisk kontroll langt på vei kan ivaretas ved *dokument*innsyn, krever derimot viderebrukshensynet tilgjengelighet av data *i en anvendbar elektronisk form*. I denne forbindelse legger vi til grunn at datas anvendelighet bl.a. fremmes av at de:

- er samlet i datasett;
- tilgjengeliggjøres i maskinlesbart format;
- tilgjengeliggjøres sammen med informasjon om nødvendige APIer og med metadata;
- tilgjengeliggjøres i kjente og så langt mulig åpne formater; og
- kan massenedlastes der dette er relevant.

En regulering av en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon bør etter vår oppfatning, ut fra formålet, oppstille krav til at data tilgjengeliggjøres i anvendbar elektronisk form. Hva som skal anses som anvendbart i denne sammenheng, kan i prinsippet variere etter forholdene. Den generelle plikten bør derfor kunne detaljeres gjennom mer konkretiserte bestemmelser som stiller krav til publiserte datasett, med utgangspunkt bl.a. i de funksjonelle trekk som er omtalt i kulepunktene over.

Med dette utgangspunkt kan plikten altså graderes etter hva slags innhold det gjelder, jf. bl.a. pkt. 6.5.2-6.5.3.

6.4.2 Mulig differensiering – etter type data

Det er mulig å differensiere en tilgjengeliggjøringsplikt etter hvilken type data det er tale om.

At plikten *differensieres* betyr i denne sammenheng at den gjøres strengere (gjerne ubetinget) og mer omfattende (gjerne med krav om bearbeidelse, i større eller mindre grad, før publisering) for visse typer data, men mer avdempet og mildere for andre.

En slik modell er bl.a. valgt i ODD, som i kap. V har klart strengere krav for høyverdige datasett enn det som ellers gjelder, jf. pkt. 4.2.3 over. Etter hva vi forstår, vil disse forpliktelsene etter forholdene innebære en plikt til å *bearbeide* data før publisering, f.eks. ved å ordne dem i datasett og/eller gjøre dem maskinlesbare.

I norsk sammenheng blir etter det vi forstår bl.a. værdata allerede i dag gjort tilgjengelige på en tilsvarende måte som det direktivet legger opp til hva angår høyverdige datasett, over siden

[41] Jf. offentlighetsloven § 1 annet pkt.

www.met.no.[42] På andre felter er situasjonen ikke like oppløftende. Gjennomførte samtaler tyder f.eks. på at tabellen over den historiske utviklingen av Folketrygdens grunnbeløp (G) ennå ikke finnes tilgjengelig i maskinlesbart format.

Vi anser det som nærliggende at man ved utforming av et nytt norsk regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, lar seg inspirere av direktivets særbehandling av høyverdige datasett. Vi tenker da først og fremst på at det bør etableres en tilsvarende *kategori* under er norsk regelverk, som grunnlag for å kunne pålegge skjerpede krav for visse typer data.

Når det gjelder direktivets regulering, oppfatter vi det slik at også høyverdige datasett er underlagt et *innsynsbasert* regime: Det offentliges plikt til å gi tilgang utløses først når det begjæres innsyn, men da skal tilgang gis på den måten art. 14 krever. Det interessante i vår sammenheng er således først og fremst selve kategoriseringen. Et regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon bør ha en tilsvarende kategori (eller flere).

Det er ikke noe i veien for at en slik kategori kan gjøres mer vidtfavnende under et nasjonalt regelverk enn under direktivet, ved at også andre kategorier av datasett enn dem som følger av direktivet Bilag 1 kan defineres som høyverdige. Et nytt norsk regelverk kan også skjerpe bearbeidelses- og tilretteleggingsplikten før publisering for slike datasett, i forhold til det som gjelder etter direktivet art. 14.[43]

Hvilke kategorier av offentlig informasjon som i denne forbindelse skal defineres som høyverdig under et nytt norsk regelverk, er for oss uoversiktlig. Dette bør i prinsippet dels avgjøres ut fra det definerte formålet bak en slik aktiv tilgjengeliggjøringsplikt, jf. pkt. 6.1, dels ut fra mer grundige undersøkelser av hvilke typer data brukersiden først og fremst etterspør.

Praktisk sett kan det imidlertid være nærliggende å koble et norsk regelverk opp mot direktivets definisjon på dette punkt. Etter ODD art. 13 (2) og art. 14 (1) skal Kommisjonen hhv.:

i. ved delegerte rettsakter kunne oppdatere den tematiske listen over høyverdige datasett i Bilag 1; og
ii. ved gjennomføringsakter lage lister over konkrete datasett som er omfattet av direktivets særregler.

Av førstnevnte bestemmelse følger det også at Kommisjonens oppgave og fokus skal være:

> *«[…] at tilføje nye tematiske kategorier af datasæt af høj værdi med henblik på at afspejle den teknologiske og markedsmæssige udvikling.»*

Ved å koble et norsk regelverk til denne definisjonen vil man dermed tilrettelegge for et oppdatert og gjennomtenkt utvalg både av tematiske kategorier og konkrete datasett. Med en slik reguleringsmåte er det også mulig å supplere direktivets definisjon med typer av datasett som norske myndigheter mener at under enhver omstendighet skal anses som høyverdige.

[42] Det hevdes ikke med dette at den norske tilgjengeliggjøringen av slike kartdata *oppfyller* direktivets krav, herunder at tilgangen skal være gratis, jf. ODD art. 14 (1) annet ledd (a). Etter hva vi forstår tas det etter den norske ordningen betalt for tilgang til deler av dataene (avhengig av detaljeringsgrad). Hvor vidt løsningen oppfyller direktivets krav, vil først kunne besvares når det på EU-nivå blir avklart hvilke konkrete datasett som skal være omfattet av direktivets bestemmelse.

[43] Direktivet er som nevnt et «minimumsdirektiv», som ikke stenger for at det i nasjonale regelverk etableres mer vidtgående regler for å ivareta eller fremme direktivets formål. Se pkt. 4.2.

En annen type data, som det kan være aktuelt å definere som en egen kategori under et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring, er dokumenter og/eller informasjon som det er blitt gitt innsyn i etter offentlighetslovens innsynsregler – altså der den konkret innsynsbegjæring er blitt tatt til følge. Slike data, som er blitt «stemplet» som offentlig etter offentlighetsloven, kan organet på nærmere vilkår pålegges å tilgjengeliggjøre etter et nytt regelverk. For dokumenter som inneholder personopplysninger, må det i så fall oppstilles begrensninger. Bl.a. der det er tale om sensitive personopplysninger, men også ellers, vil en enkeltstående innsynsrett ikke uten videre legitimere at dokumentet publiseres på nett. For øvrig antar vi at slike dokumente, ofte vil gjelde enkeltsaker og derfor ikke være særlige egnet for viderebruk,

Også øvrige kategorier av offentlig informasjon kan tenkes definert, med utgangspunkt i det omforente formålet bak et slikt nytt regelverk.

Anbefaling: Vi anbefaler at departementet får nærmere utredet hvilke typer av offentlig informasjon som finnes og som det, ut fra formålet, er aktuelt å underlegge en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring. Informasjonen bør herunder inndeles i tjenlige kategorier, som er egnet som avgrensningskriterier under et regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon – altså som grunnlag for å kunne differensiere tilgjengeliggjøringspliktens omfang, herunder hvilken databearbeidelse som kreves av organet før publisering.

6.4.3 Mulig differensiering – etter bearbeidingsgrad

Videre er et faktum at de data som ut fra ovennevnte omfattes av begrepet offentlig informasjon, er data som i varierende grad er bearbeidet. Med bearbeidelse siktes da til ulike typer manuell eller automatisert prosessering som tilfører dataene verdi, så som strukturering, systematisering/ indeksering, visualisering, etc.

Det er mulig å differensiere en tilgjengeliggjøringsplikt etter hvilken grad av bearbeidelse dataene har vært underlagt.

En mulig skalering er:

- **Nivå 1** – rådata, som datastrømmer fra sensorer som ennå ikke er strukturert på et semantisk nivå[44]
- **Nivå 2** – strukturerte data i det offentliges databaser/fagsystemer
- **Nivå 3** – innhold skapt gjennom menneskelig kognitiv aktivitet (typisk klassiske dokumenter)

Gjennomførte samtaler tyder på at det kommersielle aktører først og fremst er interessert i effektiv tilgang til pålitelige data i nivå 2 – altså strukturerte data som er tilgjengeliggjort på slik måte og i slike formater at de raskt og effektivt, og kontinuerlig, kan hentes ut og anvendes i kommersielle tjenester i markedet gjennom automatiserte prosesser.

Vi antar at slike aktører også kan være interessert i tilgang til rådata i nivå 1, typisk data som kan innhentes fra utallige sensorer på ulike livs- og samfunnsområder, forutsatt at slike aktører gis mulighet til selv i nødvendig omfang å strukturere og bearbeide slike data. Derimot antar vi at

[44] Som vi skal komme tilbake til kan private aktører tenkes å ha et ønske om, og en vilje til å investere i, å delta i arbeidet med å strukturere og bearbeide datastrømmer som innhentes og kan innhentes ved bruk av det offentliges sensorer og strukturer.

kommersielle aktørers interesse i noe mindre grad vil knytte seg til data i nivå 3, idet slike data ikke like direkte og/eller automatisert kan inkorporeres i kommersielle tjenester.

Gjennomførte samtaler bekrefter dette og tyder også på at forholdet mellom nivå 1 og 2 i skalaen gir grunnlag for noe som oppleves som et problem blant kommersielle aktører. Å bringe data fra første til annet nivå krever en innsats, og det ble hevdet at når det offentlige tar kostnadene ved og utfører en slik innsats, er det i dag en tendens til at det offentlige også går skrittet videre – og *selv* bygger kommersielle tjenester på toppen av de indekserte dataene i nivå 2.

Et eksempel som ble trukket frem er Enturselskapet (Entur AS), eid av Samferdselsdepartementet, se www.entur.org.

I slike tilfeller, ble det hevdet, forsvinner *næringens* rom for å bygge kommersielle tjenester basert på dataene.

I forlengelsen ble det påpekt at dette rører ved et mer vidtfavnende problem, knyttet til utnyttelsen av det offentliges *strukturer*. Strukturene det offentlige råder over gir et enormt potensial for innhenting av verdifulle data. Den innsats og de kostnader som kreves for innhenting og bearbeidelse av slike data medfører imidlertid, i dagens situasjon, at dette potensialet i stor grad står *uforløst*.

Et eksempel som ble trukket frem er det offentliges mange tjenestebiler over hele landet, som kan benyttes til å innhente vesentlig mer verdifull informasjon enn det som gjøres i dagens situasjon.

Det antas at den manglende utnyttelse av slike strukturer for datainnhenting, i dagens situasjon, i hvert fall i noen utstrekning er knyttet til kostnader. Den enkelte etat har verken budsjetter til, eller for så vidt noe egeninteresse i å bruke ressurser å innhente og bearbeide data for å tilrettelegge for andres bruk. Dette reiser spørsmål om muligheten for offentlig-private samarbeid, og muligheten for privat finansiert innhenting og bearbeidelse av data basert på offentlige strukturer. Slike spørsmål ligger imidlertid utenfor rammene av mandatet her.

Når det gjelder skalaens siste nivå – innhold som er skapt gjennom en menneskelig kognitiv prosess – ble det fremhevet av flere under de gjennomførte samtaler at slikt innhold i stor utstrekning allerede gjøres tilgjengelig uoppfordret av det offentlige. Typiske eksempler er høringer, utredninger, rapporter, vedtak mv. som gjøres tilgjengelig på nett av både statlige, fylkeskommunale og kommunale etater.

Fortsatt er det imidlertid slik at mye av dette ikke tilgjengeliggjøres i maskinlesbart format. Gjennomførte samtaler tyder på at heller ikke nettstedet www.data.norge.no oppleves som særlig brukervennlig, idet det også her i stor grad benyttes ikke-maskinlesbare formater som PDF, kun i liten grad benyttes metatagging, osv. Etter hva vi forstår pågår det imidlertid et arbeid som er ment å gi en betydelig kvalitetsøkning for denne tjenesten, herunder Felles datakatalog.

Vår vurdering er at også dataenes bearbeidelsesnivå kan benyttes, under et nytt regelverk om plikt til aktiv publisering av offentlig informasjon, som grunnlag for en differensiering av pliktens innhold og utstrekning.

- For noe innhold, typisk data på siste nivå av skalaen, kan det f. eks. være tilstrekkelig å gjøre det maskinlesbart.

- For data som allerede *er* strukturert på et tjenlig semantisk nivå av det offentlige, kan det f.eks. være tilstrekkelig at det publiseres.

- For innhold på første nivå av skalaen, kan det f.eks. være nødvendig å pålegge det offentlige å bearbeide/strukturere dataene før de tilgjengeliggjøres, evt. å gi private aktører adgang til å foreta eller bidra i slik bearbeidelse.

Spørsmål om ansvar for og ved det offentliges bearbeidelse og tilrettelegging av data før tilgjengeliggjøring, skal berøres i pkt. 6.6.6 nedenfor.

6.4.4 Hensynet til et automatiseringsvennlig og brukervennlig regelverk

Det kan spørres om hensynet til et digitaliseringsvennlig regelverk og brukervennlighet har betydning for hva som bør omfattes av en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon.

Vi antar at KMD med digitaliseringsvennlig først og fremst sikter til automatiseringsvennlig, et begrep som i Norge først ble lanser av professor Jon Bing.[45] Ønsket om at regelverk skal være automatiserings*vennlige*, springer ut av det faktiske forhold at rettslige beslutningsprosesser i tiltagende grad er og vil bli automatiserte. Dette er i mange sammenhenger også en *ønskelig* utvikling, idet automatiserte prosesser normalt er ressursbesparende og fordi automatiserte beslutningsprosesser også kan være forbundet med andre fordeler.[46]

Rammene for slik automatisering er beskrevet av forvaltningslovsutvalget i NOU 2019: 5 259 Ny forvaltningslov på s. 259, der det bl.a. heter:

> *«Saksbehandlingen kan være mer eller mindre automatisert. Den kan være manuell med bruk av automatiserte hjelpemidler. Den kan være delvis automatisert, som der relevante data automatisk hentes fra databaser og deretter behandles manuelt, eller der profiler inngår i en ellers manuell saksbehandling. Saksbehandlingen kan være i stor grad automatisert, som der hele saksbehandlingsprosessen er automatisert med unntak av en manuell rutine for utøving av skjønn. Saksbehandlingen kan også være helautomatisert, slik at saker påbegynnes og sluttføres i systemet uten at noe menneske er involvert i behandlingen av hver sak.*
>
> *Ved utviklingen av hel- og delautomatiserte beslutningssystemer må det utarbeides en rettslig kravspesifikasjon der det tas stilling til alle rettsspørsmålene som er relevante for systemet, som deretter realiseres av programutviklerne. Rettskildene tolkes til rettsregler, som deretter transformeres til algoritmer, som igjen transformeres til programkoder som styrer systemene.»*

Utredningen beskriver på s. 260 også noen av de trekk et regelverk må inneha for å kunne anses som automatiseringsvennlig:

> *«De fleste lovregler som i dag er nedfelt i automatiserte saksbehandlingssystemer, ble ikke utformet med dette for øye. Ved utforming og vedtakelse av ny lovgivning bør det vurderes hvordan reglene kan tilpasses hensiktsmessig teknologi, og hvordan eventuelle*

[45] Jon Bing, «Automatiseringsvennlig lovgivning», Tidsskrift for rettsvitenskap, 1997 s. 195–229.

[46] Se f.eks. NOU 2019: 5 259 Ny forvaltningslov på s. 259: *«Automatisering av beslutningsprosesser kan gi store effektivitetsgevinster, særlig når saksmengden er stor. Automatisering kan også bidra til økt likebehandling, siden alle som etter systemets kriterier er i samme situasjon, automatisk behandles likt. Automatisering gir konsistent gjennomføring av regelverk og kan blant annet forhindre ulik praksis på lokalkontorer. Automatisert saksbehandling kan sikre at prosessuelle krav til saksbehandlingen blir fulgt og kan gi økt implementering av rettigheter og plikter.27 Systemet kan for eksempel automatisk treffe vedtak som innvilger ytelser når det har registrert at vilkårene for det er oppfylt. Dette kan særlig være til fordel for ressurssvake i samfunnet, som da ikke behøver å orientere seg om og følge opp det de har krav på. Mer konsekvent implementering av plikter kan lede til høyere regeletterlevelse og en oppfatning blant borgerne om at folk flest bidrar med sin andel, som igjen kan bidra til å bygge tillit […].»*

problemstillinger som teknologi måtte medføre, best kan løses. Det er et overordnet rettssikkerhetskrav at lovgiver fører demokratisk kontroll med forvaltningens myndighetsutøving, og hvis lite automatiseringsvennlige regler gjøres til gjenstand for automatiseringsprosesser, kan den faktiske gjennomføringen av reglene avvike fra forutsetningen ved vedtakelsen. Generelt kan det sies at lovgivning som er automatiseringsvennlig, inneholder klare og entydige kriterier basert på entydige opplysningstyper. Reglene bør ha en tydelig logisk oppbygning. Reglene bør harmoniseres med andre regler som de skal ses i sammenheng med. For effektivt å kunne dele opplysninger er det nødvendig med systematisk arbeid for å sikre stringente termer og behandlingsregler på tvers av lover.» (Våre uthevn.).

Noe forenklet, opplever vi at automatiseringsvennlig som betegnelse for at det skal et minst mulig arbeid til for å transformere regelverket fra naturlig språk til kode, altså til et dataprogram som uttømmende beskriver regelen, herunder både innhold og behandlingsregler, og dermed danner grunnlag for en automatisert beslutningsprosess.

I relasjon til vårt tema opplever vi at «beslutningsprosessen» vil gjelde spørsmålet om hvilken informasjon som skal tilgjengeliggjøres, og hvilken som ikke skal det. For definisjonen av objektet for en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring er det trolig først og fremst er spørsmålet om *klare og entydige kriterier* basert på *entydige opplysningstyper* som kommer på spissen.

Vi antar at når det gjelder rådata og indekserte data, vil det være praktisk gjennomførbart, med relativt enkle midler, å sørge for at dataene tilknyttes metatagger med informasjon om bearbeidelsesnivå (rådata eller indekserte data) og type data (f.eks. datasett av høy verdi).

For innhold som er resultat av en menneskelig kognitiv prosess, så som dokumenter i tradisjonell forstand, antar vi at det vil være vanskeligere å foreta en kategorisering basert på entydige opplysningstyper. Slike dokumenter dekker svært forskjelligartede opplysningstyper. I tillegg vil denne typen data aktualisere og nødvendiggjøre avgrensninger og vurderinger knyttet til slike rettslige skranker for tilgjengeliggjøring som omtalt i pkt. 4.3.

Vi antar derfor at et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon lettere vil kunne gjøres automatiseringsvennlig dersom plikten begrenses til rådata og indekserte data, og gjerne også til bestemte typer informasjon, f.eks. datasett av høy verdi eller, med tanke på autonom gjenbruk.

6.4.1 Anbefaling

På denne bakgrunn er det vår anbefaling at en aktiv tilgjengeliggjøringsplikt i hvert fall i første omgang begrenses til data og datasett på nivå 1 og 2 i skalaen under pkt. 6.4.2, dvs. rådata, som datastrømmer fra sensorer, som ennå ikke er strukturert på et semantisk nivå og strukturerte data i det offentliges databaser/fagsystemer.

Om man også skal la plikten omfatte ennå ikke strukturerte rådata, må trolig ses i sammenheng med om man ønsker slippe private aktører til i arbeidet med å strukturere og foredle slike data, jf. kommentarene om dette i pkt. 6.4.3.

Videre anser vi det som nærliggende, etter mønster av ODD, å begrense plikten til datasett av høy verdi. I så fall vil det være mulig å koble et norsk regelverk opp mot direktivers regler som, slik vi har redegjort for i pkt. 4.2.3, avgrenser pliktobjektet både tematisk (type informasjon) og ved utpeking av konkrete datasett. Med en slik løsning vil det også være mulig for norske myndigheter å utvide listen

i forhold til direktivets, både tematisk og på datasettnivå, gjennom konkrete «tilbygg» til direktivets definisjoner.

Vi opplever at en avgrensning i tråd med det ovennevnte også i stor utstrekning vil ivareta hensynet til et automatiseringsvennlig regelverk.

6.5 Pliktsubjekt – hvem en publiseringsplikt bør gjelde for

Vi er i mandatet bedt om å drøfte hva som er en hensiktsmessig avgrensning av offentlige virksomheter, altså hvilke virksomheter som bør underlegges et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon.

Innledningsvis vil vi bemerke at det i dag langt på vei er tilfeldig, dels historisk betinget, hvilke offentlige oppgaver som er lagt til private selskaper eid av det offentlige, og hvilke som er lagt til egentlige offentlige organer. Dette tilsier at skillet mellom offentlig organ og offentlig eid virksomhet ikke er et egnet kriterium for å avgrense plikten. At også offentlig eide virksomheter blir omfattet av et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, er også i samsvar med både ODD og offentlighetsloven.[47] Begge disse regelverkene får etter forholdene får anvendelse på slike aktører.

Under de gjennomførte samtaler har flere fremhevet at pliktsubjektet under et slikt nytt regelverk, ikke bør defineres isolert, men utpekes basert på hvilken informasjon man ønsker at skal tilgjengeliggjøres. Med andre ord bør plikten gjelde for *enhver* enhet som besitter slik informasjon.

Dette er også den løsning som best vil realisere formålet bak et slikt regelverk, jf. pkt. 6.1.

En tilsvarende modell er valgt i den estiske offentlighetsloven, som skal omtales i pkt. 6.6.1, hvor den grunnleggende forpliktelsen til å gi tilgang til informasjon etter loven § 8 gjelder enhver *«holder of information»*, som i loven § 5 er gitt følgende definisjon:

> *« § 5. Holders of information*
>
> *(1) The following are holders of information:*
>
> *1) state and local government authorities;*
>
> *2) legal persons in public law;*
>
> *3) legal persons in private law and natural persons under the conditions provided for in subsection (2) of this section.*
>
> *(2) The obligations of holders of information extend to legal persons in private law and natural persons if the persons perform public duties pursuant to law, administrative legislation or contracts, including the provision of educational, health care, social or other public services, – with regard to information concerning the performance of their duties.*
>
> *(3) The following are deemed to be equal to holders of information:*

[47] Offentlighetsloven § 2 første ledd, ODD art. 2 (1) (b). Riktignok har nevnte direktivbestemmelse en saklig avgrensning til virksomheter innen transportsektoren. Av direktivets fortale premiss 29 siste pkt. følger det likevel at: *«Medlemsstaterne kan også beslutte at anvende kravene i nærværende direktiv på private virksomheder, navnlig virksomheder, der yder tjenesteydelser af almen interesse.»*

1) undertakings which have a dominant position in the market or special or exclusive rights or which are natural monopolies – with regard to information concerning the conditions and prices of the supply of goods and services and changes thereto;

2) sole proprietors, non-profit associations, foundations and companies – with regard to information concerning the use of funds allocated from the state or a local government budget for the performance of public duties or as support.»

Etter vår oppfatning er vil det på denne bakgrunn være mest hensiktsmessig at en tilgjengeliggjøringsplikt under et nytt regelverk som utgangspunkt skal gjelde for ethvert offentlig organ og enhver offentlig virksomhet som besitter slik informasjon som plikten angår. En slik funksjonell avgrensning vil ikke nødvendigvis sammenfalle med offentlighetslovens definisjon, men det bør vurderes en avgrensning av pliktsubjektet tilsvarende som i offentlighetsloven § 2 første ledd i.f., for virksomheter som driver i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private.

Med et slikt utgangspunkt vil det naturligvis være mulig å gradere plikten ytterligere. For eksempel kan det tenkes et regelverk som slår fast at bestemte typer innhold, f.eks. definerte datasett av høy verdi, skal tilgjengeliggjøres av alle enheter, uavhengig av sektor, nivå og formell organisasjonsform. Ut over dette, kan det reguleres mer kasuistisk (positivt) hvilke enheter som skal ha plikt til å tilgjengeliggjøre hvilket innhold.

Vi kan ikke se at hensynet til et automatiserings- og brukervennlig regelverk har nevneverdig betydning spørsmålet om definering av pliktsubjekt.

6.6 Pliktens innhold – hvordan en tilgjengeliggjøringsplikt nærmere kan utformes

6.6.1 Eksempel – estisk offentlighetslov

Som nevnt vil ordningen KMD har bedt oss utrede innebære å gå et skritt lenger enn gjeldende norske regelverk og internasjonale regelverk som Norge er bundet av, jf. pkt. 5.1.

Det fins imidlertid eksempler på land som har tatt et slikt skritt. Ett av disse er Estland, som gjennom den estiske offentlighetsloven[48] har pålagt innehavere av offentlig informasjon aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre slik informasjon.

Den grunnleggende bestemmelsen om tilgang på offentlig informasjon finnes i § 8 i loven, hvis første ledd (i engelsk oversettelse) lyder slik:

«§ 8. Access to information

(1) Access to information shall be granted by a holder of information by:

1) complying with a request for information;

2) disclosing information.»

Plikten til å gi tilgang til informasjon omfatter altså både det å etterkomme en mottatt innsynsbegjæring (*«a request for information»*), altså et innsynsbasert regime, *og* det å *gi* informasjon (*«disclosing information»*). Det siste elementet er nærmere definert i bestemmelsens annet ledd, som lyder:

[48] Public Information Act1, Passed 15.11.2000, RT I 2000, 92, 597, Entry into force 01.01.2001, uoffisiell engelsk oversettelse funnet på https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/523052014005/consolide/current.

(2) Disclosure of information is the grant of access to information by a holder of information pursuant to the procedure provided by law, without a person being required to make a request for information.» (vår uthevn.).

Som uthevingen viser, er man her utenfor et innsynsbasert regime, og over i et der innehaveren av informasjon uoppfordret plikter å gjøre den tilgjengelig gjennom *«disclosure»*. Loven har nærmere regler om slik *«disclosure of information»* i kap. 4, jf. like nedenfor. Av loven § 8 tredje ledd følger det at tilgang på slik informasjon også innebærer en rett til å viderebruke informasjonen, evt. i samsvar med avtalevilkår som er vedtatt da tilgang ble gitt:

(3) Access to open data also includes the right to re-use that information. If the holder of information has imposed conditions for the public use of information through a licence, the information shall be used pursuant to the conditions of the licence.»

Plikten til aktiv tilgjengeliggjøring av informasjon følger av § 28 (1) i loven, som også detaljerer hvilken informasjon plikten omfatter:

«§ 28. Obligation of holder of information to disclose information

(1) A holder of information is required to disclose the following existing information relating to the duties thereof:

1) generalised economic statistics and economic forecasts of the state and local authorities;

2) generalised statistics relating to crime and misdemeanours;

3) statutes of state or local government authorities and their structural units;

4) formats of petitions and other documents submitted to state and local government authorities and instructions for the completion thereof;

5) job descriptions of state and local government officials;

6) composition of state and local government authorities, and the given names, surnames, education, areas of specialisation, telephone numbers and electronic mail addresses of officials filling the positions prescribed in such agencies;

7) information concerning danger to the life, health and property of persons;

8) reports on work results and the performance of duties in state and local government authorities;

9) names and electronic mail addresses of members of the supervisory boards and management boards of legal persons in public law;

10) management reports and income and expense statements of legal persons in public law;

11) budgets and draft budgets of state agencies, local authorities and local government authorities, and reports on the implementation thereof;

12) information concerning the receipt of state budget revenue;

13) information concerning the state of the environment, environmental damage and dangerous environmental impact;

14) precepts issued or decisions made in the course of state supervision, administrative supervision or supervisory control as of the entry into force thereof;

15) draft Acts prepared by ministries and draft regulations of the Government of the Republic, together with explanatory memoranda, when such drafts are sent for approval or presentation to the Government of the Republic;

16) draft regulations of ministers and local governments together with explanatory memoranda before such drafts are submitted for passage;

17) draft concepts, development plans, programmes and other projects of general importance before such drafts are submitted to the competent bodies for approval, and the corresponding approved or adopted documents;

18) research or analyses ordered by the state or local government authorities;

19) information concerning unfilled positions in state or local government authorities;

20) information concerning public procurements which are being organised or have been organised by the state or local authorities;

21) information concerning the use of assets and budgetary funds which the state or a local authority has transferred to legal persons in private law founded by the state or local authority or with the participation thereof;

22) programmes of public events;

23) changes in the work and duties of state and local government authorities which are related to services provided for persons, not later than ten days before implementation of the changes;

24) information concerning the consultation hours of heads of state and local government authorities;

25) salaries of officials of state and local authorities and other income related to their functions, and salary guides of agencies pursuant to the procedure provided for in the Public Service Act;

26) information concerning the price formation of companies which have a dominant position in the market or special or exclusive rights or which are natural monopolies;

27) information concerning the provision of public services and concerning changes in the conditions and price of the provision of the service before implementation of such changes;

28) lists of the members of political parties;

29) court decisions entered into force with restrictions arising from law;

30) data contained in databases, access to which is not restricted;

31) the document register of the agency;

31-1) the purpose, scope and method of processing personal data, the communication of personal data to third persons, including other agencies, and the making of personal data available to the public, and the right of and procedure for a person to examine data concerning themselves;

31-2) open data subject to disclosure, information on the availability of open data and on licences, if necessary;

32) other information and documents concerning which the obligation to disclose is provided by an international agreement, an Act or legislation passed on the basis thereof or which the holder of information deems necessary to disclose.»

Det er verdt å merke seg at plikten etter ordlyden i bestemmelsens første punktum er begrenset til *«existing information»*, hvilket tilsier at bestemmelsen ikke pålegger noen plikt til å innhente *ny* informasjon. Den generelle bestemmelsen i loven § 3 (4) viser at plikten til å bearbeide data for å fremme viderebruksvennlighet, også er sterkt begrenset og underlagt en forholdsmessighetsskranke tilsvarende ODD art. 5 (1) jf. (3):

«(4) If this is possible and appropriate, the holder of information shall grant access to open data in a file format which is structured so that software applications can easily identify, recognize and extract specific data, including individual statements of fact, and their internal structure (hereinafter machine-readable format), and in a format that is platform-independent and made available to the public without any restriction that impedes the re-use of documents (hereinafter open format). If conversion of open data into digital format, machine-readable format or open format is impossible or would involve disproportionately great effort, the holder of information shall grant access to open data in their original format or in any other format.» (Våre uthevn.).

Ut fra de informasjonstyper som omfattes av loven § 28, synes bestemmelsen, sett under ett, først og fremst å ivareta et *informasjons*formål, og i mindre grad et *viderebruks*formål. Bestemmelsene i pkt. 30 (data i databaser) og pkt. 31-2 (åpne data) antas imidlertid å være høyst relevante også i et viderebruksperspektiv.

Under enhver omstendighet gir loven et eksempel på at det er etablert nasjonal lovgivning som pålegger det offentlige aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon.

Anbefaling: Dersom departementet går videre med initiativet i retning av å etablere et norsk regelvekt som pålegger aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, anbefales at man får undersøkt og utredet nærmere hvilke erfaringer man har gjort med den tilsvarende lovfestede plikten i Estland, og evt. andre land med tilsvarende et regelverk.

6.6.2 Kort om den finske lov om informasjonsforvaltning

Også Finland har vedtatt en lov om informasjonsforvaltning, som flere har pekt på under de gjennomførte samtaler.[49] Loven har imidlertid ikke bestemmelser om plikt til uoppfordret å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Riktignok følger det av § 22 i loven om «Disclosure of information between authorities via a technical interface», i bestemmelsens første ledd, at:

«The authorities shall implement electronic disclosure of information of a regularly repetitive character and standard content between information systems via technical interfaces if the receiving authority has a statutory right of access to the information.»

Som det fremgår av sitatet, forutsetter imidlertid den oppstilte forpliktelsen at den mottakende myndighet har *en lovfestet* rett til tilgang til informasjonen (gjenbruk). Vi forstår dette slik at plikten

[49] Act on information management in public administration (906/2019), uoffisiell engelsk oversettelse funnet på https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/2019/en20190906.pdf.

til å dele informasjon etter bestemmelsen beror på at det er etablert en særlig tilgangsrett i *annen* lovgivning.

Når det gjelder tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon til andre enn andre offentlige organer, herunder private, følger det av § 24 første ledd i loven at:

> *«An authority may disclose information via technical interfaces to other than another authority if the actor receiving the information has a right of access provided separately in the law and the right to process this information.»* (Våre uhevn.).

Som uthevningen viser, pålegges ingen plikt i denne sammenheng. Også i denne relasjon er dessuten *adgangen* til å dele informasjon betinget av bl.a. en tilgangsrett etablert ved annen lovgivning.

Den finske loven kan derfor ikke på samme måte som den estiske tjene som eksempel på et slikt regelverk som KMD har bedt oss utrede.

6.6.3 Åpen publisering vs. tilgangskontroll

Vi forstår som nevnt KMD slik at man vurderer å etablere en plikt til *uoppfordret* tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, altså en plikt som skal gjelder uavhengig av om det mottas begjæring om innsyn. Et annet spørsmål er imidlertid om informasjonen skal legges ut helt åpent, i den forstand at det ikke kan føres kontroll med og evt. settes begrensninger for hvem som skal ha tilgang til dataene.

I praksis kan dette formuleres som et spørsmål om ressursen der dataene er tilgjengeliggjort skal ha en innloggingsfunksjon eller ikke.

Gjennomførte samtaler tyder på at private kommersielle virksomheter kan akseptere at bruken av offentlige data er avtalebelagt og tilknyttet lisensvilkår, og herunder at tilgang på verdifulle offentlige data, typisk indekserte datasett, er basert på en innloggingsfunksjon.

Det som imidlertid ble fremhevet som viktig, for å kunne bygge drivverdige kommersielle tjenester, er at næringen derved gis tilgang til en *pålitelig* og *langsiktig* informasjonskilde, hvor den over tid kan hente ut nødvendige data. I dette ligger det også at næringen må gis beskjed (i god tid) før det gjøres endringer i kildematerialet. Informasjonen må videre kvalitetssikres og oppdateres kontinuerlig, og for sanntidsdata hele tiden.

En innloggingsfunksjon synes på denne bakgrunn ikke å være problematisk for næringen.

Ved *autonom gjenbruk* (dataportabilitet) vil det alltid være påkrevd med nødvendige mekanismer for autentisering og sikkerhet. Slik bruk gjelder personrelaterte data, og misbruksfaren er høy. I denne relasjon er det heller ikke aktuelt å publisere dataene, i den forstand at de gjøres tilgjengelige for alle og enhver. Bruken kjennetegnes ved at den dataene gjelder gis adgang til å disponere over dem, ved å kunne kreve at organet som først samlet inn eller produserte dem, overgir dem (i maskinlesbart format) til en annen offentlig eller privat instans, f.eks. skattemyndighetene eller vedkommendes bankforbindelse.

Et annet aspekt ved spørsmålet om innloggingsfunksjon, er hensynet til instansen som tilgjengeliggjør dataene. Under de avholdte samtaler ble det bl.a. fremhevet at det er viktig for de offentlige organer og virksomheter å ha trygghet for hva de kan tilgjengeliggjøre. Om organet begår feil, og tilgjengeliggjør data som ikke skulle vært publisert, kan dette potensielt føre til skade og/eller være ansvarsutløsende for organet.

Vi antar at en innloggingsmekanisme, og dermed kontroll med hvem som tilegner seg dataene, i hvert fall i noen grad kan bidra til slik trygghet.

Andre typer informasjon, så som, f.eks. offentlige høringer, utredninger, lovforslag, vedtak mv., altså innhold som regelmessig er nedfelt i offentlige *dokumenter* i klassisk forstand, vil ofte kunne publiseres åpent, uten noen påloggingsfunksjon.

Dette viser at det, her som ellers, vil være mulig å differensiere regelverkets løsninger etter hvilken type innhold det gjelde, jf. pkt. 6.4.2, evt. også etter andre faktorer.

Offentlighetsloven har ikke et noe autentiseringskrav, og innsyn kan også kreves anonymt.[50] Dette er etter vårt syn ikke til hinder for man i et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring legger opp til at det kan benyttes slike løsninger. For det første kan sterke praktiske og sikkerhetsmessige hensyn tilsi at brukeren identifiserer og evt., autentiserer seg.

Dette er også nødvendig dersom brukeren skal kunne forplikte seg i henhold til et sett med lisensvilkår. For det annet vil offentlighetsloven som tidligere nevnt «ligge i bunn», og de rettsikkerhetsgarantier og andre hensyn som denne lovens anonymitetsprinsipp bygger på, vil ivaretas ved at en bruker alltid vil kunne «falle tilbake på» å kreve innsyn etter denne loven.

Vi anbefaler på denne bakgrunn at et regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon åpner for at dataene kan tilgjengeliggjøres på slik måte at brukeren må identifisere og autentisere seg som vilkår for tilgang.

6.6.4 Klarering av innhold for publisering

Vi har i pkt. 5.3.1 fremhevet at en plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon potensielt står i konflikt med regelverk som verner informasjon og derved oppstiller skranker for en tilgjengeliggjøring.

Rettslig sett kan man komme rundt dette problemet ved å avgrense tilgjengeliggjøringsplikten mot innhold som er underlagt denne type begrensninger.

På det *faktiske* nivået er problemet ikke like enkelt å komme rundt. Mye av den informasjon det offentlige er i besittelse av inneholder data som er underlagt slike rettslige begrensninger, ved at de inneholder rettighetsbelagt informasjon, personopplysninger, opplysninger som berører nasjonal sikkerhet eller som av annen grunn er beskyttet av rettsregler.

Slike elementer i datamengden er ikke alltid øyenfallende, og et regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon bør ikke utformes uten tanke for at mye innhold i praksis vil måtte *klareres* før det kan publiseres.

Også i denne relasjon kan det minnes om den mulighet man har for å differensiere etter type innhold og etter dataenes bearbeidelsesnivå. F.eks. antar vi at man lettere vil kunne klarere *en bloc* et sett med rådata eller indekserte data, enn f.eks. en samling vedtak eller saksutredninger (dokumenter i tradisjonell forstand). Klarering av slike dokumenter, som kan tenkes å inneholde f.eks. personopplysninger eller sensitive data, vil normalt forutsette at noen gjennomgår det enkelte dokument og tar stilling til hvilke *typer* opplysninger det inneholder.

Denne prosessen kan, med dagens teknologi, trolig ikke automatiseres på en enkel (eller sikker) måte.

[50] Jf. Veileder til offentlighetsloven pkt. 4.2 annet avsnitt: «Det er ikkje eit vilkår for å krevje innsyn at ein oppgir namnet sitt når ein framset kravet, og det er såleis høve til å krevje innsyn anonymt. Ein treng ikkje gi fleire opplysningar enn dei som er naudsynte for å gjennomføre innsynsretten, slik som til dømes ei e-postadresse dersom ein ynskjer å få elektronisk kopi av dokumenta, eller eit faksnummer om ein ynskjer papirkopiar og forvaltningsorganet har telefaks.»

Et forslag som kom opp under de gjennomførte samtaler er at klareringsmekanismer kan bygges inn i tilblivelsesprosesser for offentlig informasjon. For eksempel ved at forfattere av offentlige dokumenter ved ferdigstillelse klarerer dokumentet etter en standardisert metodikk. Når et dokument er ferdigstilt tar forfatteren stilling til publisering etter forhåndsfastsatte kriterier og publiserer, dersom betingelsene for det er oppfylt. Publisering skjer gjennom en felleskomponent for publisering, der det også kan legges inn en forsinkelse slik at f.eks. organets øverste leder gis anledning til å overprøve forfatterens klarering før publisering.

En rudimentær versjon av et slikt klareringssystem synes å være nedfelt i den tidligere omtalte estiske offentlighetsloven,[51] som i § 41 etablerer et system for forhåndsklassifisering av dokumenter som interne:

> *«§ 41. Procedure for classification of information as internal*
>
> *(1) Information shall be classified as information intended for internal use by the head of the agency.*
>
> *(1-1) The head of an agency shall establish, in the list of documents, the series containing documents to which access may be restricted, and indicate the basis therefor provided by this Act or another Act. Establishment of restriction on access to specific documents shall be decided by the head of the agency or, pursuant to the list of documents established by the head of the agency, by a competent employee appointed by the head of the agency, based on the content of the document and the goal of the restriction on access.*
>
> *(2) The person who prepares a document classified as information intended for internal use shall make a notation " ASUTUSESISESEKS KASUTAMISEKS " ["FOR INTERNAL USE"] in capital letters on the document or file of documents, if the medium enables this, or use the corresponding abbreviation AK. The name of the holder of information, the basis of the restriction on access, the final date for application of the restriction on access and the date on which the notation is made shall be added to the notation.*
>
> *(3) A notation shall not be made on documents bearing a notation concerning restriction on access forwarded by other states or international organisations which, pursuant to the State Secrets and Classified Information of Foreign States Act is not deemed to be classified foreign information, except for the invalidation of such restriction if the reason for the restriction on access has ceased to exist.*
>
> *(4) A holder of information who classifies information as internal shall promptly notify the holders of information to whom such information has been forwarded of its classification as internal.»*

Man ser av den estiske lovteksten at det er ikke-publisering som fordrer en aktivitetsplikt fra virksomhetens leder eller den som utarbeider et dokument. Hovedregelen og «default position» er altså tilsynelatende aktiv tilgjengeliggjøring. Dette minner for så vidt om systemet i den norske offentlighetsloven, der det er unntak fra retten til innsyn som krever en særskilt grunn. Vi er likevel skeptiske til om det vil være klokt å kopiere det estiske systemet for pliktig aktiv tilgjengeliggjøring av dokumenter i tradisjonell forstand. Det er flere grunner til dette.

[51] Public Information Act1, Passed 15.11.2000, RT I 2000, 92, 597, Entry into force 01.01.2001, se note 48 over.

På det rettslige plan kan meg merke seg den store betydningen forvaltningens skjønn har ved vurderingen av om – og eventuelt i hvilket omfang – det skal gis merinnsyn[52] i et dokument. Utfallet av denne vurderingen vil ofte kunne endre seg med tiden: For eksempel vil interne dokumenter om planlagte kontroller[53] eller virksomhetens lønnsstrategi[54] kunne være viktige å skjerme for en periode, men behovet for skjerming vil på et tidspunkt ta slutt. Denne «dynamiske» karakteren av det legitime behovet for skjerming av forvaltningens opplysninger vil være en stor utfordring for et eventuelt system med engangsklarering ved tilblivelsen av et dokument. Slik forhåndsklarering nødvendiggjøre dessuten en særregulering, som dels vil måtte fravike offentlighetslovens system, der forhåndsklarering ofte ikke vil være lovmessig.

På det praktisk planet antar vi dessuten, så lenge det er tale om tradisjonelle dokumenter, at virksomhetens ledere og saksbehandlere i stor grad vil velge å *ikke* aktivt tilgjengeliggjøre slike dokumenter ut over det som gjøres på frivillig basis i dag. Dette har å gjøre med alminnelig psykologi. I dette bildet spiller det også inn at å gi ut dokumenter som inneholder taushetsbelagt informasjon, f.eks. om noens personlige forhold, er belagt med straffansvar[55].

Anbefaling: Vi anbefaler at departementet får utredet nærmere mulighetene for automatisert klarering av innhold.

6.6.5 Bearbeidelse før publisering – plikt til å gjøre tilgjengelig i bestemte formater

Et relevant spørsmål ved etablering av et evt. nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon, er om organet eller virksomheten skal ha plikt til å bearbeide dataene før publisering.

Slik vi forstår mandatet, vil det være et viktig hensyn bak et slik nytt regelverk at offentlige data uoppfordret skal tilrettelegges og stilles til rådighet for viderebruk, slik at viderebruk kan foretas på en måte som er meningsfull og praktisk gjennomførbar for den det gjelder. Dette antas bl.a. å ville stimulere til utvikling av nye kommersielle tjenester basert på informasjonen, til nytte for borgerne og samfunnet mer generelt.

Vi har i pkt. 6.6.2 beskrevet at kommersielle aktørers interesse først og fremst er i å ha tilgang til en pålitelig og langsiktig informasjonskilde, hvor de over tid kan hente ut nødvendige data, som ikke endres vilkårlig eller uten forsvarlig varsling, og som sikrer nødvendig kvalitetssikring og oppdatering av informasjonen.

Dette krever imidlertid en innsats og er forbundet med kostnader.

Det er så langt vi kan se ingen av de gjeldende regelverk med direkte relevans for norsk rett som ubetinget krever at det offentlige bearbeider og tilrettelegger informasjon før tilgang gis. Etter ODD er hovedregelen at det offentliges dokumenter skal gjøres tilgjengelig i *allerede eksisterende* formater og språkversjoner, jf. art. 5 (1). Det offentliges bearbeidelsesplikt er etter art. 5 (3) avgrenset til situasjoner der bearbeidelse ikke vil medføre *«et uforholdsmæssigt stort arbejde, der ikke kan klares som en simpel ekspeditionssag»*.

Denne begrensningen gjelder likevel ikke for slike datasett av høy verdi som omfattes av kap. V i direktivet, jf. pkt. 4.2.3 over.[56]

---

[52] Offentlighetsloven § 11.
[53] Se offentlighetsloven § 24.
[54] Se offentlighetsloven § 23.
[55] Straffeloven § 209. Det subjektive straffbarhetsvilkåret er grov uaktsomhet. Strafferammen et ett års fengsel.
[56] Jf. art. 5 (1): *«Uden at det berører kap V, […]»*

Direktivets retningslinjer om prosedyren for *utpeking* av datasett med høy verdi, viser imidlertid at den bl.a. skal være basert på en konsekvensanalyse på ekspertnivå, som bl.a. *«skal omfatte en cost-benefit-analyse»*, jf. art. 14 (2) siste avsnitt. Dette tilsier at det også for slike datasett av høy verdi, i praksis vil gjelde en *forholdsmessighets*begrensning av det offentliges plikt til å bearbeide og tilrettelegge data.

Dette tilsier at man bør være varsom med å utforme et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon på en slik måte at det offentlige tvinges til å bearbeide eller tilrettelegge data før publisering.

Unntak herfra må gjøres for informasjon som er klassifisert som datasett av høy verdi etter direktivet. Slike datasett vil det offentlige etter direktivet være pliktig, på begjæring, å tilgjengeliggjøre gratis, i maskinlesbart format, via API-grenseflater og for massenedlasting der dette er relevant. Kostnadene ved *slik* bearbeidelse og tilrettelegging må altså det offentlige uansett ta, innenfor direktivets rammer, og det medfører derfor antakelig ingen *mer*kostnad at en plikt til *slik* bearbeidelse og tilrettelegging også nedfelles i et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring.

I den utstrekning ovennevnte leder til at brukersidens behov ikke fullt ut kan dekkes, bør det kanskje i stedet vurderes ordninger med offentlig-privat samarbeid, der den kapital som er nødvendig for å utvinne, bearbeide og presentere data på en brukervennlig måte, kan innhentes fra private.

Anbefaling: Vi anbefaler at departementet får nærmere utredet hvilke muligheter man har til å etablere offentlig-private samarbeid, der slike samarbeid er nødvendig for på forsvarlig vis å dekke kostnadene ved å innhente, bearbeide og presentere offentlige data på den måten som næringen etterspør.

Det kan prinsipielt også være en mulig løsning at kostnader ved nødvendig bearbeidelse og tilrettelegging gjenvinnes ved å ta betalt for tilgang til den offentlige informasjonskilden. Gjennomførte samtaler tyder på at næringen ikke er fremmed for å betale for tilgang til data fra det offentlige. En slik løsning må imidlertid vurderes opp mot gebyrprinsippene i ODD art. 6, som i utgangspunktet krever at viderebruk av offentlige dokumenter skal være gratis.

Det er etter art. 6 (1) annet ledd gjort unntak for marginalkostnader ved reproduksjon, tilrådighetsstillelse og formidling av dokumentene, samt anonymisering og ivaretakelse av fortrolige forretningsopplysninger. Imidlertid kan det være tvilsomt om dette unntaket omfatter kostnader ved f.eks. å indeksere data, ordne dem i datasett, gjøre dem maskinlesbare, overføre dem til åpne formater, gjøre dem klare for massenedlasting og/eller å stille nødvendige APIer og metadata til rådighet.

Etter vår oppfatning må imidlertid gebyrforbudet i ODD art. 6 (1) første ledd forstås slik at det gjelder for viderebruk *etter direktivet*. Og som vist over, er plikten til bearbeidelse og tilrettelegging av data etter direktivet høyst begrenset (men dog noe mer omfattende for datasett av høy verdi). Vi antar derfor at den bearbeidelse og tilrettelegging av data som måtte foretas – eller pålegges – ut over direktivets regler, *ikke* omfattes av gebyrforbudet i art. 6 og dermed må kunne gjenvinnes ved at det tas betalt for tilgang til datakilden.

Dette må imidlertid vurderes konkret for den enkelte datakilde.

For autonom gjenbruk vil brukersidens behov, etter hva vi forstår, først og fremst bestå i at dataene *finnes tilgjengelig i maskinlesbart format*. I tillegg må det foreligge betryggende mekanismer for autentisering og sikker overføring av informasjonen, både mellom offentlige organ, og mellom det

offentlige og private aktører. Vi antar at kostnadene ved slik tilrettelegging og evt. bearbeidelse sjelden vil være uoverkommelige for organene dette gjelder.

Et annet aspekt ved bearbeidelse og tilrettelegging av data før publisering, er at dette potensielt kan være forbundet med ansvar, f.eks. der de tilrettelagte dataene likevel ikke holder den kvalitet, konsistens, varighet e.l. som var tilsiktet og som brukersiden forventer og innretter seg i tillit til. Vi anser at dette faller utenfor mandatet her, men nevner likevel at slikt potensielt ansvar kan håndteres og langt på vei elimineres ved bruk av avtaler/lisensvilkår som betingelse for å få tilgang til dataene, se pkt. 6.6.7.

6.6.6 Anvendelse av bruksvilkår (lisens)

ODD er ikke til hinder for at det knyttes bruksvilkår (lisens) til offentlige data som gjøres tilgjengelige. Dette følger forutsetningsvis av art. 4 (1) og (2) og fremgår eksplisitt av art. 8. Sistnevnte bestemmelse oppstiller imidlertid bla. innholdsmessige begrensninger for slike lisenser:

> *«Artikkel 8 Standardlicenser*
>
> *1. Videreanvendelse af dokumenter er ikke underlagt betingelser, medmindre sådanne betingelser er objektive, forholdsmæssige, ikkediskriminerende og begrundet i et hensyn i offentlighedens interesse.*
>
> *Hvis videreanvendelse er underlagt betingelser, må disse betingelser ikke begrænse mulighederne for videreanvendelse unødigt og ikke benyttes til at begrænse konkurrencen.*
>
> *2. I medlemsstater, hvor der anvendes licenser, sikrer medlemsstaterne, at standardlicenser til videreanvendelse af dokumenter fra den offentlige sektor, der kan tilpasses, så de imødekommer særlige licensansøgninger, er tilgængelige i digitalt format og kan behandles elektronisk. Medlemsstaterne tilskynder til at benytte sådanne standardlicenser.»*

Gjennomførte samtaler tilsier at kommersielle aktører vil akseptere å være bundet (akseptable) brukervilkår for tilgang til offentlig informasjon. Etter vår vurdering vil det offentlige også ha et klart behov for å inngå slike avtaler, f.eks. for å regulere og begrense ansvaret for den informasjonen som tilbys. Dette behovet kan sies å bli prekært der private aktører bygger kommersielle tjenester basert på den offentlige informasjonen, med det taps- og skadepotensialet dette medfører hvis f.eks. informasjonen skulle være feil, uegnet, utdatert e.l., eller hvis tilgangen skulle hindres eller forsinkes av uforutsette omstendigheter.

Igjen vil behovet kunne variere etter omstendighetene, og det kan igjen godt tenkes en skala der tilgang skal være lisensbelagt for visse typer data, men for andre typer ikke. Vår vurdering er imidlertid at et nytt regelverk om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av offentlig informasjon kan og bør *åpne for* at tilgang gjøres betinget av at brukeren vedtar et sett med bruksvilkår.

Uten derved å ta stilling til hvilken avtale som *bør* benyttes, nevner vi NLOD som eksempel på en eksisterende standardlisens.[57] Dette er en såkalt «åpen» lisens, altså en lisens som inneholder svært få bruksrestriksjoner, men som likevel inneholder nødvendige rettslige vilkår. NLOD har til illustrasjon en generell ansvarsfraskrivelse i pkt. 7, som lyder:

> *«7. Ansvarsfraskrivelse*

[57] Norsk lisens for offentlige data (NLOD) 2.0, se f.eks. https://data.norge.no/nlod/no/2.0.

Informasjonen er «som den er». Informasjonen kan inneholde feil og utelatelser. Lisensgiver gir ingen garantier, heller ikke for informasjonens innhold eller aktualitet.

Lisensgiver fraskriver seg, så langt det er rettslig adgang til det, ethvert ansvar for feil og mangler ved informasjonen.

Lisensgiver er ikke ansvarlig for direkte eller indirekte tap som måtte oppstå som følge av utnyttelse av informasjonen eller i forbindelse med kopiering eller videre tilgjengeliggjøring av informasjon.»

At offentlig informasjon som gjøres tilgjengelig bør tilknyttes bruksvilkår, f.eks. ved bruk av standardlisensen NLOD, er også fremhevet av lovgiver ved gjennomføringen av det reviderte PSI-direktivet, jf. bl.a. Prop. 111 L (2015-2016), s. 7-8, der det med henvisning til da gjeldende Digitaliseringsrundskriv bl.a. uttales at:

«I fortalen til endringsdirektivet blir Kommisjonen oppmoda til å støtte opp om implementeringsarbeidet gjennom å utarbeide retningslinjer for standardlisensar, datasett og gebyrfastsetjing for vidarebruk av offentleg informasjon. Kommisjonen publiserte slike retningslinjer 24. juli 2014 gjennom «COMMISSION NOTICE, Guidelines on recommended standard licences, datasets and charging for the reuse of documents, 2014/C 240/01». For å lette tilgangen til og bruken av data frå offentleg sektor tilrår kommisjonen blant anna at datasetta bør vere

a) publiserte på nettet i original, umodifiserte form for å sikre rettidig utgiving;

b) publiserte og oppdaterte på høgast mogleg detaljnivå å sikre at dei er fullstendige;

c) publiserte og oppbevarte på ein stabil stad for å sikre enkel tilgang og langsiktig tilgjenge;

d) publiserte i maskinleselege og opne format, f.eks. CSV, JSON, XML, RDF, etc.) for å vere meir tilgjengelege;

e) framstilte i gode metadataformat og klassifiserte i samsvar med standard vokabular (DCAT, EUROVOC, ADMS etc.) for å lette søking og sikre interoperabilitet;

f) tilgjengelege som massiv nedlasting, helst gjennom API-ar (Application Programming Interface), for å leggje til rette for automatisk behandling;

g) følgde av forklarande dokument på metadata og vokabular, for å fremme interoperabilitet av databasar; og

h) gjenstand for regelmessige tilbakemeldingar frå vidarebrukarar (høyringar, kommentarfeltet, bloggar, automatisert rapportering etc.), for å halde på kvalitet over tid og fremme offentleg engasjement.

Desse tilrådingane både overlappar og utfyller dei norske retningslinjene for tilgjengeleggjering av offentlege data, som blei publiserte 30. november 2012 av det dåverande Fornyings-, administrasjons- og kyrkjedepartementet.

Digitaliseringsrundskrivet for 2016 viser i punkt 1.4 til at dei vedlagde retningslinjene normalt skal følgjast av statlege verksemder. Det heiter her:

«1.4 Gjør offentlig informasjon tilgjengelig for viderebruk i samsvar med viderebruksbestemmelsene i offentleglova skal virksomheten gjøre egnet informasjon

tilgjengelig i maskinlesbare formater. Dette gjelder informasjon som kan viderebrukes og som ikke er taushetsbelagt. Virksomheten kan få dekket sine kostnader ved tilgjengeliggjøring i tråd med offentleglovas bestemmelser. Data bør tilgjengeliggjøres under en åpen lisens som for eksempel Norsk lisens for opne data (NLOD).

Virksomheter som etablerer nye eller oppgraderer eksisterende fagsystemer eller digitale tjenester, skal legge til rette for at data fra disse tjenestene kan gjøres tilgjengelige i maskinlesbare formater. Virksomheten skal følge Retningslinjer ved tilgjengeliggjøring av offentlige data, som ble publisert av Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet 30. november 2012.»

6.7 Oppsummering – det juridiske handlingsrommet for en mulig ny regulering

Norske myndigheter står som utgangspunkt fritt til å vedta lover med det innhold som man ønsker. Slik sett står man som utgangspunkt fritt til å etablere et regelverk som pålegger offentlige organ og virksomheter aktivt og av eget initiativ å tilgjengeliggjøre offentlig informasjon. Norske myndigheter står også temmelig fritt til å *ikke* etablere plikt til slik aktiv tilgjengeliggjøring.

Som fremholdt i pkt. 5.3, kan en tilgjengeliggjøringsplikt komme i konflikt med regelverk som av ulike grunner verner informasjon.

Slike regelverk utgjør skranker for tilgjengeliggjøring, og begrenser på den måten det rettslige handlingsrommet for en ny regulering om plikt til aktiv tilgjengeliggjøring av informasjon. Handlingsrommet begrenses på den måten at et nytt regelverk om aktiv tilgjengeliggjøring må ta høyde for disse begrensningene og utformes slik at det ikke oppstår konflikt. Typisk kan dette gjøres ved at innhold som er vernet etter andre regelverk, som personopplysningsloven, sikkerhetsloven eller lover om immaterielle rettigheter, unntas fra tilgjengeliggjøringsplikten.

Etter vår vurdering er de rettslige skrankene for en aktiv tilgjengeliggjøringsplikt i prinsippet de samme som dem som gjelder for *innsyn* i informasjon. Det er altså som utgangspunkt ikke tale om *andre* eller *mer omfattende* rettslige skranker enn dem som allerede gjelder for og er nedfelt i offentlighetslovens innsynsregler.

Forskjellene her ligger imidlertid i det praktiske plan, og det systemiske: Mens man etter offentlighetsloven kan begrense seg til å vurdere innsynsbegrensningene for hvert enkelt dokument som det kreves innsyn i, vil et regelverk om plikt til aktiv publisering i prinsippet måtte vurdere *alt* innhold opp mot de rettslige skranker for publisering.

Som vist i pkt. 6.6.3, kan trolig slike klareringsprosesser til en viss grad automatiseres. Men i dagens situasjon vil slike automatiserte prosesser neppe utgjøre noen tilfredsstillende eller tilstrekkelig sikker løsning. Det betyr at arbeidet for det offentlige forbundet med slik klarering trolig vil bli særdeles omfattende – særlig hvis man også inkluderer dokumenter i klassisk forstand, altså innhold som er skapt gjennom menneskelige kognitive prosesser.[58]

Et føre var-prinsipp kan tilsi at man, ved en eventuell etablering av et nytt regelverk. starter med å begrense plikten til aktiv tilgjengeliggjøring til den eller de minst problematiske kategorien(e), typisk rådata og evt. indekserte data innenfor datakategorier som er definert som høyverdige. På den måten vil man kunne høste erfaringer, samtidig som den teknologiske utvikling trolig vil frembringe bedre og mer sofistikerte verktøy for automatisert klarering av mer komplekse innholdskategorier.

[58] Jf. nivå 3 i skalaen som er omtalt i pkt. 6.4.3 tredje avsnitt.

Som vist i pkt. 6.6.3, er det også mulig å bygge klareringsrutiner inn i systemer og tilblivelsesprosesser for offentlige dokumenter, typisk ved at forfatteren av et dokument ved ferdigstillelse tar stilling til publisering etter gitte kriterier, og publiserer automatisk dersom vilkårene for det er oppfylt. Vi antar imidlertid at det vil ta tid å etablere og rulle ut et slikt standardisert system i forvaltningen, og systemet vil heller ikke løse problemet hva gjelder allerede eksisterende dokumenter.

7 Økonomiske og administrative konsekvenser

De økonomiske konsekvensene av et nytt regelverk vil i stor utstrekning bero på hvordan et slikt regelverk utformes, og da først og fremst hvordan man definerer objektet for tilgjengeliggjøringsplikten – hva som skal tilgjengeliggjøres,

En ubegrenset, generell plikt til aktivt å publisere all offentlig informasjon vil etter vår vurdering medføre en betydelig økonomisk belastning for det offentlige, først og fremst som følge av de ressurser som må allokeres til klarering av innholdet før publisering. Dersom plikten begrenses til rådata og indekserte data vil disse klareringskostnadene antakelig reduseres drastisk og til et akseptabelt nivå.

Det vil også være kostnadsdrivende for det offentlige dersom et nytt regelverk skulle gå langt i å pålegge organet eller virksomheten å bearbeide eller tilrettelegge data og datasett før publisering. En mulig løsning i denne sammenheng kan være å åpne opp for offentlig-private samarbeid, om uthenting, bearbeidelse og presentasjon av offentlige data, der privat kapital tilføres. En annen kan være å ta betalt for tilgang til ressurser med tilrettelagte og bearbeidede data. I begge relasjoner bør det utredes nærmere hvilket handlingsrom gjeldende regelverk gir for slike ordninger.