

## Til Folketingets Retsudvalg: Mere om retsgrundlag for sletning af sms'er

22. november 2021. *Oluf Jørgensen, lektor i forvaltningsret Aalborg Universitet 1979 - 98, forskningschef i medie-jura Danmarks Medie- og Journalisthøjskole 1998 -2015, medlem af Offentlighedskommissionen 2002 - 09*

Folketingets Retsudvalg har spurgt Justitsministeriet, om det er i overensstemmelse med reglerne, at embedsmænd sletter sms'er. Ministeriet har svaret 1. november. Både spørgsmål og svar er holdt i en generel form, men med tydelig tanke på sletning af sms'er i minksagen.

[Justitsministeriets svar](#) undgår eller nedtoner oplysninger om retsgrundlag, der kan sætte kritisk lys på sletning fra telefoner brugt af ministeriets egen departementschef, statsministeren og tre højt placerede embedsmænd i Statsministeriet.

Neden for følger supplerende oplysninger om retsgrundlag for journalisering, notatpligt, aktindsigt, arkivering og sletning af sms'er.

**Kort om konklusioner:** Beslutningen om at aflive alle mink er en afgørelse med indgribende betydning for de enkelte minkavlere. Sagsbehandlingen er derfor underlagt udvidede krav om journaliseringspligt, og sagens parter – minkavlerne – har udvidet ret til aktindsigt. Retningslinjer for sletning skal respektere lovreglerne om journaliseringspligt, notatpligt, aktindsigt og arkivering. Justitsministeriet kan ikke fastsætte bindende retningslinjer om sletning af e-mails og sms'er. Det følger af arkivloven, at Kulturministeriet og Rigsarkivet har kompetencen.

### 1. Indholdet – ikke formen – bestemmer, om sms'er er dokumenter

Offentlighedsloven omfatter ”dokumenter, der er indgået til eller oprettet af en myndighed m.v. som led i administrativ sagsbehandling i forbindelse med dens virksomhed” (§ 7, stk. 1).

Som nævnt i Justitsministeriets svar er dokumentbegrebet teknologineutralt. En meddelelse, der indgår i sagsbehandling, er et dokument, uanset om den formidles via papir, e-mail, sms eller andre kommunikationsformer, der er i brug eller bliver taget i brug i fremtiden.

Justitsministeriets svar fremhæver et par sætninger fra lovens forarbejder: ”... sms-beskeder i praksis efter deres karakter som oftest vil være så formløse, at de i almindelighed ikke vil være at anse som dokumenter omfattet af loven.” Denne beskrivelse af praksis passede, da Offentlighedskommissionen arbejdede med betænkningen 2002-09, og da lovforslaget blev skrevet et par år senere. Dengang blev sms'er typisk brugt til helt korte beskeder f.eks. om et mødetidspunkt eller flytning af et møde til andet lokale. Sådanne beskeder kan slettes når som helst, fordi de ikke handler om indholdet i en sag eller sagsbehandling og derfor ikke er dokumenter.

Sms'er, der indgår i sagsbehandling, er dokumenter i offentlighedslovens forstand. Det gælder også ministres og særlige rådgiveres sms'er, der påvirker sagsbehandling. Indholdet er afgørende – ikke formen.

Justitsministeriets svar omtaler en udtalelse fra ombudsmanden om en sag i Udenrigsministeriets regi, men kun en del af udtalelsen ([FOB 2015-30](#)). Justitsministeriet omtaler ikke den del af udtalelsen, hvor ministeriet får kritik, fordi det antog, at fire sms'er ikke var dokumenter i

offentlighedslovens forstand. Det fremgår af udtalelsen, at sms'er, der er relevante for sagsbehandling, er dokumenter i offentlighedslovens forstand.

Sagen handlede om sms'er mellem Lars Løkke Rasmussen og daværende udviklingsminister Christian Friis Bach i forbindelse med GGGI-sagen. Da Ekstra Bladet anmodede om aktindsigt, mente Udenrigsministeriet ikke, at sms'erne var omfattet af offentlighedsloven. Efter råd fra ministersekretæren overførte Christian Friis Bach sms'er til sagen, og de kunne senere udleveres, da ombudsmanden konkluderede, at sms'erne var dokumenter. Forløbet er beskrevet af Christian Friis Bach i Nordjyske 6.11.21 i artiklen "Sletning har intet at gøre med sikkerhed".

## 2. Lovreglen om journalisering

Ifølge Justitsministeriets svar vil det i praksis "generelt have undtagelsens karakter, at en SMS-besked er journaliseringspligtig."

Journaliseringspligten blev lovfæstet ved ændringen af offentlighedsloven i 2013. Dokumenter skal journaliseres, når de er afsendt eller modtaget af en myndighed i forbindelse med sagsbehandling og har betydning for sagen eller sagsbehandlingen. For interne dokumenter gælder journaliseringspligt for dokumenter i "endelig form" (§ 15, stk. 1). Ved ændringen i offentlighedsloven blev udveksling mellem ministerier og mellem departementer og styrelser betegnet som intern.

Kriteriet "endelig form" er forklaret i lovens forarbejder. Udkast, der ikke er færdige eller godkendte, er ikke endelige. Et dokument har typisk en endelig form, når det har været "tillagt faktisk betydning i forbindelse med behandlingen af den pågældende sag" ([lovforslagets bemærkninger](#) til § 15). Meldinger om en sags behandling, der er godkendt eller sendt fra ansatte med ledende funktioner, vil ofte have en endelig form.

Justitsministeriets svar henviser til en udtalelse fra ombudsmanden ([FOB 2015-48](#)), hvor ombudsmanden kritiserer, at en sms-besked fra forsvarschefen til forsvarsministeren ikke var journaliseret, da ministeriet traf afgørelse om aktindsigt. Justitsministeriet skriver, at ombudsmandens udtalelse ikke tager stilling til, om sms-beskeden var et dokument i offentlighedslovens forstand. Denne bemærkning fra Justitsministeriet er forvirrende, eftersom journaliseringspligt forudsætter, at der er tale om et dokument.

## 3. Aktindsigt blev suspenderet, da kommission kom på tale

Justitsministeriet fulgte ikke Offentlighedskommissionens forslag om journalisering. I forslaget til offentlighedslov blev journaliseringspligten for interne dokumenter begrænset med kriteriet "endelig form". I lovforslagets bemærkninger skrev Justitsministeriet, at "den foreslåede afgrænsning af journaliseringspligten ikke har betydning for omfanget af retten til aktindsigt" (pkt. 4.7.2.1).

Dokumenter skal journaliseres senest, når der anmodes om aktindsigt. Sms'er, der har relevans for sagsbehandlingen, skal fremgå af aktlisten ved anmodning om aktindsigt, uanset myndigheden mener, at sms'erne kan undtages fra aktindsigt.

I minksagen blev flere ministerier anmodet om aktindsigt fra en række journalister i november og december 2020. Der blev givet afslag på scribe med henvisning til, at det var på tale, at Folketinget ville kræve en kommissionsundersøgelse af forløbet, og aktindsigt kunne skade en kommende undersøgelse. Samtidigt fortsatte sletning af sms'er i Statsministeriets og Justitsministeriets top.

Loven om kommissioner bestemmer, at myndigheder skal have samtykke fra kommissionen for at give aktindsigt efter offentlighedsloven i materiale, der indgår i en undersøgelse. Denne særregel gælder først, når en kommission er nedsat.

Afslagene på aktindsigt før kommissionens nedsættelse henviste til den såkaldte generalklausul i offentlighedsloven for "private eller offentlige interesser, hvor hemmeligholdelse efter forholdets særlige karakter er påkrævet" (§ 33, nr. 5). Justitsministeriet satte en tilføjelse ind i bemærkningerne til generalklausulen i 2013-forslaget til offentlighedslov: "Bestemmelsen kan ligeledes anvendes til at undtage dokumenter og oplysninger, som må forventes at komme til at indgå i en kommende undersøgelseskommissions arbejde, såfremt det vurderes, at en udlevering af materialet vil være skadelig for kommissionens gennemførelse af sin undersøgelse."

Ved afslagene på aktindsigt i minksagen blev samtlige dokumenter typisk undtaget uden konkrete vurderinger af, om det var sandsynligt, at aktindsigt i de enkelte dokumenter og oplysninger reelt ville skade den kommende kommissions undersøgelser.

Eksempel: Journalist Jacob Friberg, BT anmodede Statsministeriet om aktindsigt 5. december 2020 i en sms-kommunikation mellem særlige rådgivere i Statsministeriet og Miljø- og Fødevarerministeriet. Statsministeriet ville hverken be- eller afkræfte, at sms-udveksling havde fundet sted. Jacob Friberg klagede til Folketingets Ombudsmand, og i efteråret 2021 oplyste Statsministeriet i et svar til ombudsmanden, at sms'er var slettet. [Forløbet er omtalt i Journalisten](#).

#### **4. Notatpligt for afgørelsessager udvider journaliseringspligten**

Som nævnt i Justitsministeriets svar fastsætter offentlighedsloven notatpligt for sager, hvor der vil blive truffet afgørelse. Den lovbestemte notatpligt gælder for oplysninger om "en sags faktiske grundlag", "eksterne faglige vurderinger" og "væsentlige sagsbehandlingsskridt" (§ 13, stk. 1 og 2).

Kriteriet for den lovbestemte notatpligt - "sager hvor der vil blive truffet afgørelser" - skal forstås på linje med samme kriterium i forvaltningsloven § 2, stk. 1. Justitsministeriets svar nævner, at der i "visse andre sager" gælder en forvaltningsretlig grundsætning om notatpligt for væsentlige sagsbehandlingsskridt, og at det følger af god forvaltningsskik, at der bør foretages notat af visse sagsekspeditionsskridt.

Justitsministeriets svar henviser til et længere citat om notatpligt fra "Offentlighedsloven med kommentarer" af Ahsan (DJØF-forlaget). Det fremgår bl.a. af citatet, at generelle (politiske) sager "typisk ikke vil have karakter af afgørelsessager" og derfor falder uden for notatpligten efter offentlighedsloven. Ifølge Ahsan gælder den forvaltningsretlige grundsætning alene for "traditionelle" administrative sager, der har "en vis indgribende og væsentlig betydning for borgeren". Notatpligten efter principperne for god forvaltningsskik "hviler på et synspunkt om, at der skal skabes et tillidsforhold mellem borgeren og forvaltningen – hvilket forhold typisk ikke foreligger i politiske sager." Citatet slutter: "Det kan dog ikke afvises, at hensynet til at sikre sig

dokumentation for, hvad der er foregået i en generel (politisk) sag, efter omstændighederne i særlige tilfælde kan bevirke, at der bør foretages et notat herom efter principperne om god forvaltningsskik.”

Justitsministeriets svar opsummerer, at notatligt ikke antages at gælde i ”såkaldt generelle sager”. Justitsministeriet har i et [svar til Folketingets Retsudvalg](#) 9. december 2020 givet udtryk for, at en telefonsamtale mellem ministeriet og Rigspolitiet om minkaflivningen ”relaterede sig til en generel sag, hvor der hverken efter offentlighedsloven § 13 eller den ulovbestemte retsgrundsætning gælder en notatligt.”

Beslutningen, der blev truffet i regeringens koordinationsudvalg 3. november 2020, var generel i den forstand, at den omfattede alle mink i hele landet. Den var samtidig en meget indgribende afgørelse for den enkelte minkavler, der hurtigt blev implementeret. En sådan afgørelse er omfattet af notatligt, der bl.a. omfatter væsentlige sagsbehandlingsskridt. Det gælder også for en politisk beslutning, uanset om lovgrundlaget var i orden eller ej.

Oplysninger og dokumenter, der er omfattet af notatligt, skal journaliseres som nævnt i Justitsministeriets svar.

## **5. Sagens parter har udvidet ret til aktindsigt i afgørelsessager**

Forvaltningslovens regler har til formål, at sikre den enkelte borger indflydelse på de beslutningsprocesser, der gælder egne forhold, og forøge den enkeltes mulighed for at forstå indholdet af de truffne afgørelser og baggrunden herfor. Personer og virksomheder, der har en væsentlig, individuel retlig interesse i en sags udfald har som parter særlige rettigheder efter forvaltningsloven bl.a. ret til aktindsigt. Det er meget relevant for ejerne af de enkelte minkfarme.

Forvaltningsloven har ikke som offentlighedsloven omdefineret udveksling af dokumenter til at være intern, når den sker mellem myndigheder i den centrale statsadministration. Det giver større muligheder for aktindsigt for parter i forhold til en beslutningsproces, hvor flere centrale myndigheder er involverede. Dokumenter, der udveksles mellem ministerier som led i den administrative forberedelse eller opfølgning i sagen, er ikke interne i forvaltningslovens forstand.

Dokumenter, der udarbejdes til brug for ministermøder, er undtaget fra forvaltningslovens ret til aktindsigt for parter (forvaltningsloven § 14, nr. 1). Undtagelsen må fortolkes på linje med tilsvarende undtagelse i den gamle offentlighedslov. Den omfatter dokumenter, der er udarbejdet med henblik på at indgå i drøftelser på et møde i et regeringsudvalg eller et andet ministermøde. Undtagelsen omfatter ikke dokumenter, der er udvekslet mellem ministerier og styrelser som led i forberedelse og opfølgning af et ministermøde. (Jf. Offentlighedsloven med kommentarer af Vogter, DJØF-forlaget, 1998, s. 195 - 99).

## **6. Arkivloven har regler om bevaring og sletning af dokumenter**

Justitsministeriets svar omtaler ikke en udtalelse fra Folketingets Ombudsmand, hvor ombudsmanden fandt det meget kritisabelt, at Arbejdsdirektoratet havde slettet dokumenter i en sag. Ombudsmanden fandt, at det var en skærpende omstændighed, at sletning var foretaget efter en

anmodning om aktindsigt. Ombudsmanden tilføjede, at sletningen var stærkt kritisabel, uanset det ville være muligt for Arbejdsdirektoratet at genskabe dokumenter ([FOB 2010 1-1](#)).

Folketingets Ombudsmand henviste til arkivloven, der til formål at bevare materiale, der enten har historisk værdi eller tjener til dokumentation af forhold, der har væsentlig administrativ eller retlig betydning (§ 6). Ifølge arkivloven skal myndigheder opbevare på betryggende måde (§ 8).

Arkivloven giver kulturministeren kompetencen til at fastsætte regler for bevaring og sletning. Ministeren kan bemyndige Rigsarkivet til at fastsætte de mere detaljerede regler (§ 10). I praksis tager Rigsarkivet stilling til, om journaliseringssystemer skal bevares, men fører ikke tilsyn med, om de enkelte myndigheder faktisk har journaliseret eller slettet dokumenter, der skulle journaliseres.

## **7. Retningslinjer og praksis for sletning skal respektere lovkrav om dokumentation**

Ifølge Justitsministeriets svar er det ”i overensstemmelse med gældende regler, hvis en medarbejder, f.eks. af hensyn til informationssikkerhed, lagringskapacitet, overblik etc., løbende, herunder automatisk efter en bestemt periode, sletter SMS-beskeder fra sin telefon, så længe der sker journalisering i overensstemmelse med journaliseringspligten.”

Journalist Jesper Tynell, DR påviste i 2018, at slettede e-mails havde skadet undersøgelser i Statsløsekommissionen, Skattesagskommissionen og Tibetkommissionen og påviste i 2021, at sletning af e-mails havde givet vanskeligheder for Instrukskommissionen.

For at imødegå kritikken udsendte Justitsministeriet i september 2021 ”[Retningslinjer for statslige myndigheders opbevaring af slettede e-mails mv.](#)” Som følge af blæsten om sletning af sms’er i minksagen, vil Justitsministeriet nu også udarbejde retningslinjer for sletning af sms’er.

Retningslinjerne for e-mails er beskrevet i en [artikel af Jesper Tynell](#): ”Retningslinjerne anbefaler, at almindelige embedsmænds såkaldt slettemarkerede e-mails fremover gemmes i præcis 5 år, hvorefter de slettes. Chefers slettemarkerede e-mails bør gemmes i 10 år, og ministres og departementschefers slettemarkerede e-mails bør gemmes i 25 år. Men det er i princippet op til de enkelte ministre og ministerier, om de vil følge disse anbefalinger.” Med kommentarer fra professorerne Frederik Waage og Sten Schaumburg-Müller understreger artiklen, at de nye retningslinjer ikke forhindrer sletning af e-mails, der har betydning for dokumentation.

Justitsministeriet har ikke kompetence til at fastsætte bindende retningslinjer for opbevaring og sletning i statsadministration. Arkivloven giver denne kompetence til Kulturministeriet, der kan delegerer fastsættelsen af detaljerede regler til Rigsarkivet.

Det kan være fornuftigt at fjerne oplysninger fra telefoner, men oplysninger og dokumenter, der er omfattet af lovkrav om sikring af dokumentation, må først fjernes efter overføring til mere sikker opbevaring i myndighedens systemer.

Retningslinjer og praksis for opbevaring og sletning skal respektere lovkravene om journalisering, notatpligt, aktindsigt og arkivering. Det gælder for e-mails og sms’er som for andre dokumenter.