

Fra: Postmottak JD
Sendt: 30. mai 2016 11:12
Til: Arkivlov
Emne: VS: Høringsuttalelse angående evaluering av offentleglova
Vedlegg: Hva er galt med offentleglova.pptx

-----Opprinnelig melding-----

Fra: Erik M Boe [<mailto:e.m.boe@jus.uio.no>]

Sendt: 30. mai 2016 11:07

Til: Postmottak JD

Emne: Høringsuttalelse angående evaluering av offentleglova

Til Justisdepartementets lovavdeling,

I anledning av høringsrunden om evaluering av offentleglova sender jeg vedlagt presentasjonen angående de strukturelle svakheter ved loven som jeg nylig holdt for JUC juridiske nettverk i Norge i offentlig rett, kommunalrett, forvaltningsrett og forfatningsrett. Som det går frem av min presentasjon, er det dessverre ikke bare enkeltbestemmelser i loven som gjør at loven virker dårligere enn tiltenkt. Det er selve lovstilen som svikter, med alle lovens detaljerte og skjønnspregete unntaksregler og et uoversiktlig regelverk som skal håndheves av offentlig ansatte med mindre bakgrunn for korrekt, nyansert regelanvendelse enn for dommere og jurister flest. Når forholdet er slik, er det ikke rart at konklusjonene til Oxford Research ble som de ble. Disse bekrefter bare det som mange tidligere undersøkelser har vist, ikke minst undersøkelsene til Sivilombudsmannen fra 1998 og 2001: Loven virker ikke etter hensikten.

Lykke til i arbeidet med å forenkle og forbedre lovstrukturen!

Vennlig hilsen

Erik Magnus Boe

Professor dr juris emeritus

Hva er galt med offentleglova?

Enkeltsvikt eller mer
grunnleggende systemsvikt?

Professor Erik Magnus Boe
foredrag 23. mai 2016

Bakgrunnen for ny lov i 2006

- 1) Vanskelig lov å håndheve
 - Få 'clear-cut'-regler
- 2) Ikke godt nok tilpasset IKT-samfunnet
 - Internettutfordringen
- 3) Fortsatt for lite åpenhet
 - Idealer og realiteter

Håndhevelsessvikt

- Egne erfaringer
- Presseoppslag
 - «Offentlighetsloven brytes stadig»
 - «Verstingene er Statsministerens kontor og Finansdepartementet»
- Stat og styring 2001/1: Presseundersøkelsen til Per Einar Johansen (Aftenposten)
 - Uformelle måter å unndra innsyn brer om seg

- Myndighetsinitierte undersøkelser
 - LOS-rapportene fra 2001:13 og 14
 - I hovedsak kultursvikt
 - «Kun en fjerdedel av avslagene fremstår som kvalifiserte»
 - Statskonsult-rapporten, NOU 2003:16
 - Interne dokumenter etc unntas ofte
 - Nedgang i antall journalførte dokumenter

Sivilombudsmannens undersøkelser

1. Undersøkelsen i 1998 av Justisdepartementets håndhevelse: Kritisk til 32 av 35 tilfeldig valgte avslag
 - Først og fremst p.g.a. mangelfull *meroffentlighet*
 - Merinnsyn *må* ikke gis, men
 - 1) Merinnsyn skal *vurderes*
 - 2) Merinnsyn *bør* gis «dersom omsynet til offentlig innsyn veg tyngre enn behovet for unntak»
- (offl. § 11)

- Undersøkelsen av departementenes praksis konkluderte videre med:
 - Tynne begrunnelser, enkelt ganger ingen!
 - Omfattende blanding i journalene
 - Klagerett og klagefrist undertiden ikke opplyst
 - Det kan trekke i langdrag å få avgjort sin henvendelse (8-14 dager)

2. Undersøkelsen fra 2002 av håndhevelsen til Trondheim og Lillehammer kommune

- Omfattende *forhåndsklassifisering* som gjorde at dokumenter ble unndratt
- Kritisk til 31 av 35 forhåndsklassifiseringer
- Omfattende blanding i journalene
- Standardpregete avslagssvar, flere ganger uten å oppgi hjemmel overhodet
- For vid anvendelse av taushetsplikten

Bedre nå?

- Evaluering i 2016: Innsyn i forvaltningen – kompetanse, etterspørsel og makt (Oxford Research)
 - Hovedkonklusjon: *Ulik* håndhevelse
 - Samme avslagsnivå som tidligere, enda ansatte sier at det er blitt mer åpenhet
 - Hovedgrunn til avslag: Taushetsplikt

- Ofte unntas også interne dokumenter (ca 70 % av henvendelsene om å få se disse, avslås)
- Mange interne dokumenter blir heller ikke etterspurt, for interne dokumenter journalføres sjelden
- Så:
 - «Forutsetningene for innsyn i organinterne dokumenter er med andre ord dårlig både i sentralforvaltningen og i kommuner og fylkeskommuner»

- I mange saker merinnsyn, eller delvis, innsyn
- Men:
 - «Det er i de mer krevende sakene at merinnsynsvurderingene blir viktig, der kommuner eller forvaltningsorganet selv kan ha noe å tape på å gi innsyn»
- Merinnsyn fungerer som «teknisk» pliktøvelse, mer eller mindre overflatisk

- «Det kan virke som det er en vegring mot å gi ut opplysninger som kommunene ønsker å unnta»
 - blir det sagt i evalueringsrapporten om lokalforvaltningen
- Dessverre ingen data på hvor utbredt forhåndsklassifiserte unntak er

- Enkelte klare eksempler på omgåelser, både i stat og i kommune
 - Med toppledelsens klarering (!)
- I saker der forvaltningen har det som i rapporten blir kalt «tydelige interesser»,
 - «har aktørene vært klar over at de ikke har handlet i tråd med offentleglova og forvaltningsloven»

Forklaring

- Manglende kjennskap er lenge blitt brukt som unnskyldning
- Jeg tror ikke lengre på den forklaringen alene
- Åpenhetsidealet kommer i konflikt med et skjermingsønske eller en innsynsfrykt hos lovhåndheverne

- I Sverige med over 200 års
åpenhetskultur
 - Å betjene presse og allmennhet
er en selvfølgelig del av jobben
- Hos oss:
 - ‘Forstyrrelse’
 - ‘Tar en vekk fra jobben’

- Dessuten: Medieskepsis i forvaltningen



Resultat: Den onde sirkelen

- Kulturkollisjon
- På den ene siden: Offentleglova virker i motbakke, i et undertiden angstbitersk miljø
 - ‘Offentlighet kommer det ikke noe godt ut av’
- På den andre siden: Pressen søker andre, og mindre pålitelige veier til å få informasjon
 - Som intervjuer med bramfrie ‘eksperter’ uten førstehåndskunnskap
 - «Meget alvorlig»

‘Den uhellige allianse’

- Mellom
 - Politikere og forvaltningsansatte som ønsker å skjerme opplysninger
 - Mediefolk som heller vil bruke upålitelige, men kjappe, informasjonskanaler fremfor å måtte studere autentiske dokumenter
- Hvordan forhindre en slik utvikling?

Lovstilen

- Gir dagens rettsregler et unødig halvhjertet budskap?
- På den ene siden en klar hovedregel om åpenhet, loven har bredt nedslagsfelt og prinsippet er til og med grunnlovfestet
- På den annen side en omfattende og kompleks unntakskatalog

- Med mange gresnedragninger
 - Ikke mange 'clear cut'-regler
- Finmaskete og subtile skillelinjer
 - En 'juristlov' for ikke-jurister
 - Med mye 'mikrojuss' og 'millimetermål'
 - Unntak fra unntaket og unntak derfra igjen, og hvor bringer det oss?

Offl. § 16

§16. *Innsyn i interne dokument hos kommunane og fylkeskommunane*

Unntaka i §§14 og 15 gjeld ikkje:

- a) saksframlegg med vedlegg til eit kommunalt eller fylkeskommunalt folkevalt organ,
- b) sakliste til møte i folkevalde organ i kommunar og fylkeskommunar,

- c) dokument frå eller til kommunale og fylkeskommunale kontrollutval, revisjonsorgan og klagenemnder, og
- d) dokument i saker der ei kommunal eller fylkeskommunal eining opptrer som ekstern part i høve til ei anna slik eining.

§14 gjeld **likevel** for dokument som blir utveksla mellom kommunale og fylkeskommunale kontrollutval og sekretariatet til utvalet.

Unntaket i §14 gjeld **ikkje** for dokument frå eller til eit kommunalt eller fylkeskommunalt særlovsorgan eller eit kommunalt eller fylkeskommunalt føretak etter kommuneloven kapittel 11.»

Lovbetingelser som papirtigre

§ 23. *Unntak av omsyn til det offentleges forhandlingsposisjon m.m.*

«Det kan gjerast unntak for opplysningar når det er **påkravd** av omsyn til ei **forsvarleg** gjennomføring av økonomi-, lønns- eller personalforvaltninga til organet.»

'Betingelser på betingelser'

§ 15. *Dokument innhenta utanfrå for den interne saksførebuinga*

«Når det er nødvendig for å sikre forsvarlege interne avgjerdsprosessar, kan organet gjere unntak frå innsyn for dokumenter som organet har innhenta frå eit underordna organ til bruk i den interne saksførebuinga si.

Det kan vidare gjerast unntak for **delar** av dokument som inneheld **råd** om og **vurderinger** av **korleis eit organ bør stille seg i ei sak**, og som organet har **innhenta** for den **interne saksførebuinga** si, når det er påkrevd av **omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interessar i saka.**»

Uoversiktlig regelsystem

- 1) Skillet mellom å ***unnta*** dokumenter og å ***utsette*** offentlighet
 - § 13 («er unnatekne») og §§ 14-26 («kan gjera unntak»/»**kan gjerast unntak**»)
 - § 5 *Utsett innsyn* («kan fastsetje at det i ei bestemt sak først skal vere innsyn **frå eit seinare tidspunkt ...**»)

2) Skillet mellom å unnta **dokumenter** og å unnta **opplysninger**

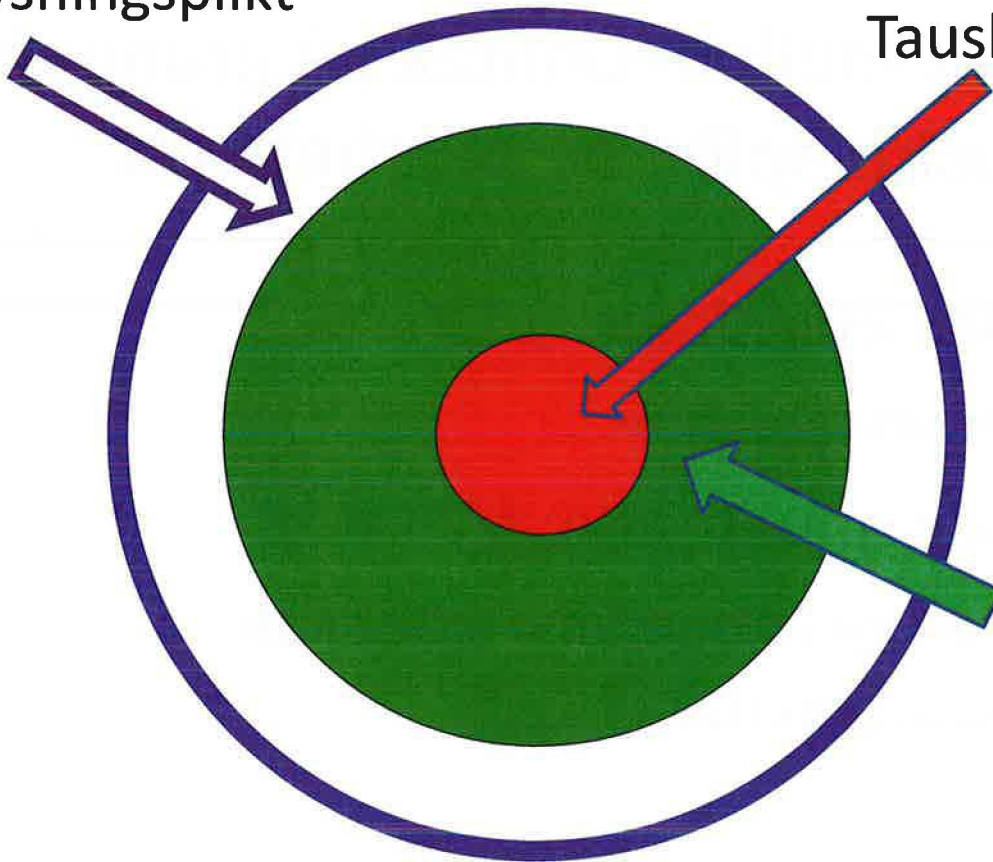
- Eksempel på dokumentunntak
 - § 14 («... unntak frå innsyn for dokument»)
 - § 15 («... unntak frå innsyn for dokument»)
 - § 22 («... unntak frå innsyn for dokument»)

- Eksempel på opplysningsunntak
 - § 13 («Opplysninger ... er unntakne»)
 - § 20 («... unntak frå innsyn for opplysningar»)
 - § 21 («... unntak frå innsyn for opplysningar»)
 - § 23 («... unntak frå innsyn for opplysningar»)

3) Skillet mellom unntak på grunn av taushetsplikt og taushetsrett

- På den ene siden: § 13
– «*er* unnatekne»
- På den annen side: §§ 14-26
– «*kan* gjera unntak»/ «Det *kan* gjerast unntak»)

Opplysningsplikt



Taushetsplikt

Taushets-
rett =
Opplys-
ningsrett

Må vi fortsatt ha unntaket om
interne dokumenter?

§ 14. *Dokument utarbeidde for
eiga saksførebuing (organinterne
dokument)*

«Eit organ kan gjere unntak for
dokument som organet har for si
eiga interne saksførebuing.»

Må vi ha unntakene om innhentete dokumenter, råd og vurderinger?

§ 15. *Dokument innhenta utanfrå for den interne saksførebuinga*

« ... kan organet gjere unntak frå innsyn for dokument som organet har innhenta frå eit underordna organ til bruk for den interne saksførebuinga si. ...

«Det same gjeld dokument som eit departement har innhenta frå eit anna departement til bruk i den interne saksførebuinga si.

Det kan vidare gjerast unntak for delar av dokument som inneheld råd og vurderinger av korleis eit organ bør stille seg i ei sak, og som organet har innhenta til bruk for den interne saksførebuinga si ...»

- Må vi ha unntakene akkurat sånn?
 - ‘Vi kan da ikke risikere at uenighet skal bli kjent offentlig!’
 - Ikke det? I et folkestyre og i en forvaltning som lever av tillit?
 - *Må* uenighet innad alltid kunne skjules?

- Naturligvis kan *innholdet* i kommunikasjonen tilsi unntak
- Men i loven blir oppmerksomheten rettet mot det formelle – mot tilblivelsesmåten – istedenfor mot det reelle – mot innholdet
- Det avsporer fra grunnspørsmålet, nemlig *om hemmelighold trengs*

- Er unntakene uansett for ***vidtfavnende***?
- 1. Hva med ***faktiske*** opplysninger (forvaltningsloven § 18 c)?
- 2. Rekker det med ***utsatt*** offentlighet, jfr Sverige?

- Fremfor alt: Bør forvaltningen kunne **unndra kontroll** gjennom å la være å journalføre (angivelige) interne dokumenter?

«Organinterne dokument, jf. §§ 1-1 til 1-3, registrerer organet i journalen så langt organet finn det tenleg. ..»

(Arkivforskriften § 2-6 første ledd)

- Strekkes taushetsplikten for langt?

«Enhver som utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan, plikter å hindre at andre får adgang eller kjennskap til det han i forbindelse med tjenesten eller arbeidet får vite om:

1) noens personlige forhold»

(fvl § 13 første ledd)

- «Personlige forhold»?

- Ikke enhver personopplysning
- Bare om slikt som
 1. Folk flest ønsker å holde for seg selv, og
 2. Som ingen andre har noe med
- Loven kunne ha vært klarere med ord som «ikke å påføre uberettiget integritets-
krenkelse ved å røpe personlige forhold uten offentlig interesse»

- Strekkes taushetsplikten for langt også når det gjelder bedriftshemmeligheter?

– Det vil si om

«2) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår.»

(fvl § 13 første ledd)

- Hvem skal avgjøre hva som er hemmeligheter
 - Den næringsdrivende selv?
 - Forvaltningen?
- Hva med negative forretningsopplysninger som allmennheten har behov for å kjenne til?
- Loven kunne ha vært tydeligere med ord som «ikke å påføre uberettiget tap av forretningsanseelse ved å røpe forretningsopplysninger uten offentlig interesse»

- Må vi ha **så omfattende** unntakskatalog?
- Må vi ha så mange grensedragninger og så mange **finmaskete** og subtile skillelinjer?
 - *Tapes* mye ved forenkling?
 - Hva kan vinnes ved å la være å gjennomhulle utgangspunktet og hovedregelen?

Hvordan få åpenhetsidealet bedre tilpasset informasjonssamfunnet?

1. «Dokumentbegrepet» i offl. § 4 er tilstrekkelig teknologinøytralt
«ei logisk avgrensa informasjonsmengd som er lagra på eit medium for seinare lesing, lytting, framsyning, overføring eller liknande»
2. Sammenstillinger av opplysninger
 - For statistikkformål
 - For kontroll av f eks en ansatts reiseregninger
 - For å gjenskape beslutningsgrunnlaget i en sak «enkle fremgangsmåter» (offl. § 9)

Offentlig elektronisk postjournal (OEP)

- «Kongen kan gi forskrift om at organ som fører elektronisk journal, skal gjere han allment tilgjengeleg på Internett, og om korleis det skal gjerast. ...»

(offl § 10 annet ledd)

Offentleglovforskriften § 6

§ 6. *Tilgjengeleggjering av journalar på Internett*

«Følgjande organ som fører elektronisk journal, skal gjere journalen tilgjengeleg for ålmenta på Internett:

- a. alle departementa og Statsministerens kontor

- b. alle dei statlege direktorata som har heile landet som verkeområde
- c. alle dei statlege tilsyna som har heile landet som verkeområde
- d. fylkesmennene.»

Men hva med dokumentene?

- I dag: Passiv offentlighet



Systemregler trengs

- Som gjør gjennomsiktighet til det regulære og selvfølgelige
 - Ikke bare til en hovedregel
- Som gjør bruk av moderne IKT for å gjøre gjennomsiktighet kurant for brukeren
 - Digitalisering, sortering i elektroniske mapper, utforming av hjemmesider etc

Nettbetjening

- Velkommen!
- Du får nå tre valgmuligheter:
 - 1)
 - 2)
 - 3)
- Velg tjeneste!
- Ha en god dag!

En tanke

- Hva med en slik formulering som jeg slo til lyd for ovenfor offentlighetsutvalget?
- «Opplysninger som forvaltningen mottar eller lager i elektronisk form, skal legges ut i søkbare databaser, med slike tilgangssperrer som loven påbyr eller som loven tillater forvaltningen å etablere.»

- Videre:
- «Den som vil skaffe seg tilgang til en opplysning, skal kunne søke opplysningen fra sitt eget elektroniske medium.»
- Ingen slik regler finnes i offentleglova.
- Tvert om **forbud** mot å legge ut dokumenter og opplysninger på nettet

- *Offentleglovsforskriften § 7.
Tilgjengeleggjering av dokument på
Internett)*

«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 personopplysningslova § 2 nr. 8
- 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 rettshavaran samtykkjer til at materialet blir gjort tilgjengeleg.»

Kan så å si alle opplysninger legges på nett?

- Vår konvensjonelle tenkning
- «... må man hindre at selve den offentlige journalen røper taushetsbelagte opplysninger, eller andre opplysninger som organet har et reelt og saklig behov for å unnta fra offentlighet.»
(Veileder til OPE punkt 9)
- http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Informasjonspolitik/OEP_veiledning_2.pdf

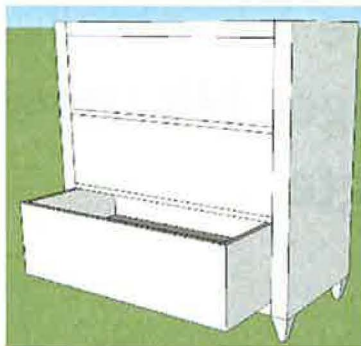
- Det kjetterske spørsmålet: **Må** taushetsplikt forhindre enhver måte å legge opplysningen på nett?
 - Slett ikke alt som ligger på nett, trenger å være like tilgjengelig
 - Kryptering



Nettporter

- Som kan åpnes på ulike vilkår
- Elektronisk partssamtykke
- M.m.

'Kommodeskuff'-tanken



Fordeler

1. Det gjør det mulig for den som ønsker innsikt, *selv* å spørre 'om porten kan åpnes', istedenfor å måtte *be forvaltningen* om å spørre om samtykke fra den som opplysningen gjelder (offl. § 13)
2. Det gjør det lettere å *kontrollere* at ikke kurante opplysninger blir unndratt som taushetspliktbelagte

Kombinasjon av elektronisk og manuell svar

- Hva med følgende system?
 - Flesteparten opplysninger på nett kombinert med opplysning der om at andre dokumenter finnes
 - Og at en må henvende seg til forvaltningen for å få vurdert disse

Hva med systemsikringstiltak?

- Som forbyr forhåndsstempling «Ikke offentlig»
- Som påbyr å løfte terskelen for avslag opp i hierarkiet
- Som lar klager gå til et landsomfattende, uavhengig organ
- Som påbyr systematisk gjennomgang og kontroll av hvordan unntakshjemler benyttes

En tenkelig lovformulering

«Ethvert forvaltningsorgan som er gjenstand for offentlighet, plikter å føre systematisk kontroll med sin åpenhet.

Systemansvarlig skal sørge for å oppdatere baser, slik at opplysningene er korrekte og ajourførte til enhver tid. Det må etableres tilstrekkelige systemhindre mot ulovlig inntrengning. Systemansvarlig plikter å teste sårbarheten og å sette i verk sikringstiltak for å unngå sabotasje, misbruk eller annen utnyttning som er uforenlig med lovens formål.»

- Hva med å bygge inn i beslutningsprosessen teknologiske instrumenter som øver (ubehagelig) motstand mot å velge lettvinte unntaksløsninger
 - Sammenlign PET ('Privacy Enhancing Technologies') og innebygd personvern
 - Innebygde gjennomsiktighets-strategier?

«Pling-juss»

Pling!



Kan først legges på nettet
når identiteten er blitt skjult
bak en port

Pling!



Plikter du, eller har du bare *rett* til,
å bevare taushet om opplysningen?

Pling!



Er du sikker på at unntaksregelen
kan tolkes slik?

Pling!



Har du vurdert meroffentlighet?

Pling!



Ikke glem at unntak
vil bli kontrollert!

Konklusjon: En utilpasset lov?

- Ikke godt egnet til å motvirke bevisst eller ubevisst undergravning av offentlighet
- *Strukturen* må forandres ettersom lovstilen gjør det for lett å bøye og tøyne enkeltregler for å komme unna åpenhet

- Lover bør ikke skjæres over samme kam
 - a. Når håndhevere er positive og entusiastiske
 - b. Når håndhevere er skeptiske og innstilt på å utnytte smutthull

Spesielt ikke når overtredelse er
praktisk talt sanksjonsfri!

- Forskjell på dommere som skal anvende runde og vage regler på alle slags rettsområder, og
- Forvaltningsansatte, som kan ha mer eller mindre antagonistisk forhold til regelverket sitt

- Ikke minst forskjell på
 - Håndhevelsessituasjonen til jurister som er vant til å bruke bruke 'mikrojuss' og til å foreta skjønnsmessig regelanvendelse
 - Situasjonen til andre med mindre trening og forutsetning for å foreta skjønnsmessige subsumsjoner

- En parallell: Kristian Andenæs' doktoravhandling om sosiallovgivning, håndtert av sosionomer