



Justis- og beredskapsdepartementet
Boks 8005 Dep
0030 OSLO

Oslo, 24.05.2016

Deres ref.:
16/1243 EO OKL/bj

Vår ref.:
2016/4108

Saksbehandler:
Ketil Søhr

Evalueringen av offentleglova - høringsinnspill

Vi viser til Justisdepartementets brev av 25. februar 2016 vedlagt evalueringsrapport utarbeidet av Oxford Research og med invitasjon til å komme med synspunkter på rapporten samt eventuelle behov for lov- og forskriftsendringer på området.

Miljødirektoratet har ikke vesentlige merknader til konklusjonene som fremkommer i evalueringsrapporten fra Oxford Research. Miljødirektoratets erfaring med praktiseringen av offentleglova av 2006, er at loven i hovedsak fungerer tilfredsstillende og at den ikke har medført vesentlig større utfordringer ved praktiseringen enn den tidligere offentlighetsloven av 1970. Innføringen av uttrykkelig formulerte skadevilkår i mange av unntakshjemlene og den generelle innskjerping av unntaksadgangen som loven medfører, har bidratt til en større bevissthet og tilbakeholdenhet i bruken av unntakshjemlene enn tidligere. Skadevilkårenes direkte forankring i lovteksten har gjort det enklere å formidle overfor organets mange saksbehandlere nødvendigheten av at det må foretas grundige vurderinger mht. om det virkelig er et reelt og saklig behov for å unnta opplysninger. Miljødirektoratet ser dette som en klart positiv effekt av offentleglova av 2006. Vi vil nedenfor likevel trekke frem noen punkter der vi mener det er behov for endringer eller justeringer i loven samt noe bedre veiledning i forskrift og/eller i lovavdelingens veileder til offentleglova.

1. Arkiveringsplikten. Innsynsretten anses å være av grunnleggende betydning blant annet for å styrke ytringsfriheten og den demokratiske deltakelsen i samfunnsdebatten, rettssikkerheten for den enkelte og allmennhetens kontroll med og tillit til den offentlige forvaltning, jfr. Grunnloven § 100 femte ledd og offentleglova § 1. I offentleglova finner vi en nærmere konkretisering av allmennhetens innsynsrett, og det er angitt nokså strenge betingelser for at noe

eventuelt skal kunne unntas fra innsyn. For at denne grunnlovfestede og vidtrekkende innsynsretten skal ha reell verdi, er det en selvsagt forutsetning at dokumentene som er gjenstand for innsynsrett etter offentleglova faktisk finnes i forvaltningens arkiver. Spørsmålet om forvaltningens arkiveringsplikt kan imidlertid ikke ses å være regulert tilfredsstillende gjennom lov eller forskrift. Offentleglova selv eller offentligforskrifta har ingen bestemmelse som direkte regulerer dette spørsmålet, ei heller forvaltningsloven, forvaltningslovforskriften, arkivloven (lov 4.12.1992 nr. 126) eller arkivforskriften (forskrift 11.12.1998 nr. 1193). Det nærmeste vi kommer er kanskje arkivforskriften § 2-6, men den regulerer kun plikten til å *registrere i journal* inngående og utgående dokumenter samt enkelte andre dokumenter – ikke arkiveringsplikten. Betingelsene for journalføringsplikten er for øvrig formulert slik at avgrensningen er betydelig snevrere enn det materielle saksdokumentbegrepet uttrykt i offentleglova (offl.) § 4. Blant annet begrenser journalføringsplikten seg til dokumenter som «er gjenstand for saksbehandling», noe som ikke kan anses som en betingelse for innsynsretten etter offl. § 3 jfr. § 4.

Fra den grunnlovforankrede og lovfestede innsynsretten er det riktignok naturlig å utlede en rettslig plikt for forvaltningen til å arkivere sine saksdokumenter. Videre er det naturlig at en slik avledet arkiveringsplikt gis samme omfang som hovedregelen om innsyn i offl. § 3 sammenholdt med saksdokument-begrepet i offl. § 4. Vi mener imidlertid det er behov for en tydeligere og lettere tilgjengelig regulering av et spørsmål som er av så avgjørende betydning for innsynsretten.

2. Dokument for den interne saksforberedelsen innhentet fra underordnet organ.

Offentleglova § 15 første ledd åpner for på visse vilkår å unnta fra innsyn dokument til bruk for den interne saksforberedelse som et organ har innhentet fra et underordnet organ. Ordlydens formulering er knyttet til hva det overordnede, «innhentende», organet kan unnta, jfr. «... kan *organet* gjere unntak frå innsyn for dokument som *organet har innhenta* frå eit underordna organ ...» (våre uthevinger). Selve ordlyden åpner egentlig bare for at det er det overordnede, innhentende, organet som kan unnta slikt dokument (eller deler av det) fra innsyn; ikke det underordnede organet som dokumentet er innhentet fra, dersom innsynskrav i dokumentet i stedet skulle komme dit. Dette er en problemstilling som ikke sjelden dukker opp og som regelmessig volder tvil hos saksbehandlere. Problemstillingen, som må kunne sies å være nokså iøynefallende, synes overraskende nok verken å være berørt i lovens forarbeider, i lovavdelingens veileder til offentleglova eller i juridisk litteratur for øvrig (se f. eks. Bernt og Haave, Offentleglova med kommentarer (2009) s. 144 flg.).

Standpunktet må i og for seg være klart nok; unntakshjemmelen i § 15 første ledd og hensynene den hviler på ville bli illusoriske hvis man i stedet bare kunne rette innsynskravet mot det underordnede organet uten mulighet for unntak der, til tross for at bestemmelsens skadevilkår var oppfylt. Også det underordnede organet må derfor i en slik situasjon kunne unnta det aktuelle dokumentet (eller deler av det) med hjemmel i § 15 første ledd, til tross for ordlyden. Dette vil man kunne få klargjort ved en nokså enkelt justering i ordlyden slik at det i stedet for «... kan organet gjere unntak frå innsyn for dokument som organet har innhenta frå underordna organ ...» heller kunne stå f. eks. «... kan det gjerast unntak frå innsyn for dokument som eit overordna organ har innhenta frå eit underordna organ ...».

3. *Dokument for den interne saksforberedelsen innhentet fra overordnet eller fra sideordnet organ.* Nesten like praktisk som at et overordnet organ til bruk for sin interne saksforberedelse innhenter dokument fra et underordnet organ, er den omvendte situasjon; nemlig at et underordnet organ til bruk for sin interne saksforberedelse innhenter dokument fra det overordnede organet. I mange saker som f. eks. er av stor prinsipiell betydning eller som volder betydelig tvil og involverer avveininger av mer «politisk» karakter, kan det være behov for at det underordnede organ som behandler saken kan rådføre seg med og foreta avklaringer med sitt overordnede organ, typisk at et direktorat konsulterer sitt overordnede departement. Videre er det innenfor statsforvaltningen også svært praktisk at det til bruk for den interne saksforberedelsen i et forvaltningsorgan innhentes og avgis synspunkter og innspill fra andre organer der det ikke foreligger noe direkte over- eller underordningsforhold organene imellom.

Offentleglova inneholder ikke i dag noen hjemmel som åpner for å unnta fra innsyn dokumenter til bruk for den interne saksforberedelsen innhentet fra overordnet organ. Heller ikke finnes det noen hjemmel for å unnta fra innsyn dokumenter for den interne saksforberedelsen som er utarbeidet i samarbeid mellom to eller flere forvaltningsorganer som ikke er over-/underordnet hverandre, med unntak for konstallasjonen departement–departement.

Offl. § 15 første ledd åpner altså på visse vilkår for å unnta fra innsyn dokument som et organ har innhentet fra et underordnet organ eller som et departement har innhentet fra et annet departement til bruk i sin interne saksforberedelse. Unntaksmuligheten gjelder også for dokumentet som gjelder innhenting av slikt dokument, jfr. tredje ledd. Grunnvilkåret, som reflekterer hensynet bak unntakshjemmelen og som er det samme enten det gjelder over-/underordnet organ eller departement–departement, er at slikt unntak må være "nødvendig for å sikre

forsvarlige interne avgjørelsesprosesser". Man kan her ta hensyn ikke bare til å sikre forsvarlige avgjørelsesprosesser i den enkelte saken, men også på lengre sikt. Det anses derfor som relevant å legge vekt på at innsyn kan skade *fremtidige* interne avgjørelsesprosesser ved at organ man samarbeider tett med kan bli mer tilbakeholdne med å komme med frimodige råd og vurderinger dersom bidragene ble gjenstand for offentlig innsyn.

Offl. § 14 åpner generelt for å unnta dokument som organet selv har utarbeidet for sin interne saksforberedelse. Det bærende hensyn bak denne regelen er igrunnen det samme som nevnt over; at man generelt vil få både bedre og mer effektiv saksforberedelse dersom de enkelte saksbehandlere og ledere i organet mest mulig frimodig og utvungent kan bidra skriftlig i prosessen med innspill og kommentarer m.m. uten at disse må gis en form og et innhold som egner seg for presentasjon utad. Noe tilsvarende grunnvilkår som i § 15 finner vi ikke i § 14, trolig fordi hensynet som ligger bak generelt antas å gjøre seg gjeldende så å si i alle saker. Der det unntaksvis ikke skulle forholde seg slik, følger det av merinnsynsregelen i § 11 at det skal gis innsyn.

At det ikke finnes noen tilsvarende regel om innhenting av dokumenter til bruk i saksforberedelsen f. eks. direktorater imellom, eller fra et overordnet organ til bruk i det underordnede, er på denne bakgrunn etter vårt syn uheldig og ikke lett å se en god begrunnelse for. Behov for avklaringer med overordnet organ, der utveksling av skriftlige synspunkter bør kunne skje raskt og i fortrolighet, oppstår relativt hyppig i statsforvaltningen. Et reelt, legitimt behov for fortrolighet vil ikke sjelden gjøre seg gjeldende ut fra hensynet til å sikre forsvarlige interne avgjørelsesprosesser både i den enkelte saken og i fremtidige saker. Manglende unntaksmulighet i slike tilfeller bidrar nok til at slike avklaringer i noen saker i stedet foretas muntlig over telefon eller i møter, uten skriftlig dokumentasjon som i ettertid gjør det mulig å spore hva som egentlig foregikk. Det er også sannsynlig at slike avklaringer til en viss grad i og for seg skjer skriftlig pr. e-post, men der den manglende unntaksmuligheten bidrar til at slike saksdokumenter i noen tilfeller ganske enkelt ikke blir arkivert på saken og således heller ikke fremkommer på offentlig journal eller i liknende register. En praksis med slike «underhånden» utvekslinger av skriftlige avklaringer mellom over- og underordnede organer til bruk i saksforberedelsen i det underordnede organet, mener vi kan motvirkes nokså effektivt dersom man fikk en hjemmel i offentleglova som kunne benyttes til å unnta slike dokumenter (eller deler av disse) fra innsyn der dette er nødvendig for å sikre forsvarlige interne avgjørelsesprosesser.

Når det gjelder samarbeid under saksforberedelsen mellom sideordnede forvaltningsorganer, typisk mellom direktorater, er dette i dag helt vanlig, og var det

også da offentleglova ble utformet og vedtatt for om lag ti år siden. Slikt samarbeid er ønskelig ut fra hensynet til en forsvarlig/best mulig saksutredning; i mange tilfeller er det simpelthen nødvendig. Og dette kan ikke foregå bare ved at de samarbeidende organer avgir grundig forberedte, gjennomarbeidede bidrag der organet som sådant uttaler seg, men må i hovedsak kunne skje relativt uformelt på saksbehandler-nivå der man raskt kan utveksle skriftlige utkast, merknader og innspill på tvers av organgrensene. Samarbeidet vil samtidig i de fleste tilfeller være slik at dette ikke kan ses som utslag av at et overordnet organ har nedsatt en «arbeidsgruppe», et «utvalg» e. l., og der man basert på dette kan argumentere for å anse alle deltakerne i saksforberedelsen som del av det samme, «oppnevende», organet slik at dokumentutvekslingen derved blir organintern (offl. § 14).

Akkurat samme hensyn kan således anføres, og etter vårt skjønn med like stor vekt, til fordel for en unntaksadgang for dokumenter til bruk for saksforberedelsen i et organ utarbeidet på en av de ovenfor nevnte måtene, som der saksforberedelsesdokumentene utelukkende er utarbeidet av organets egne saksbehandlere (offl. § 14) eller i et underordnet organ (offl. § 15).

4. *Unntak fra innsyn basert på taushetsplikt.* Opplysninger underlagt taushetsplikt fastsatt i lov eller i medhold av lov, er unntatt fra innsyn (offl. § 13). Slike opplysninger *må* unntas, og brudd på taushetsplikten vil etter omstendighetene kunne utløse erstatningsansvar og straffansvar (strl. §§ 207 og 209). Spørsmålet om taushetsplikt for konkurransesensitive opplysninger etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2) kommer svært ofte opp i innsynssammenheng i Miljødirektoratet og volder ofte stor tvil. Ved behov blir virksomhetene som opplysningene gjelder utfordret av direktoratet til å bidra med sin egen vurdering av spørsmålet og eventuelt begrunne dette i relasjon til kriteriene for taushetsplikt. Også etter å ha mottatt slike begrunnede synspunkter – ofte etter påfølgende runder med oppfølgingsspørsmål fra direktoratets side og krav om utdyping og konkretisering – vil det i mange tilfeller være svært vanskelig å avgjøre om aktuelle opplysninger skal anses underlagt taushetsplikt eller ikke.

Vurderingen av om det «vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde» bestemte opplysninger, er av utpreget skjønnsmessig karakter. Det er dessuten svært vanskelig å innta et velbegrunnet standpunkt – kanskje i direkte konflikt med bedriftens eget uttrykte syn og under tidspress – uten inngående kunnskap om den aktuelle bransjens konkrete forretningsmessige forhold. At det kan være vanskelig å ta konkret stilling til slike spørsmål, må nok forvaltningen i noen grad finne seg i å leve med. Likevel mener Miljødirektoratet det kan være rom for

større grad av veiledning så vel i loven selv eller i forskrift som f. eks. i rundskriv og i lovavdelingens veileder til offentleglova. Én mulighet kunne være å supplere fvl. § 13 andre ledd med en negativ, kasuistisk avgrensning av taushetsplikten etter første ledd nr. 2), slik det er gjort i relasjon til taushetsplikten etter første ledd nr. 1). Videre kunne forskriftshjemmelen i fvl. § 13 andre ledd andre punktum vært utvidet til også å omfatte forskrifter om hvilke opplysninger som skal regnes som konkurransesensitive etter første ledd nr. 2), slik at man i forskrift kunne ha fastsatt utdypende retningslinjer til bruk for vurderingen, eventuelt også foretatt en nærmere negativ eller positiv avgrensning av taushetsplikten. En utbygging av pkt. 6.2.4 i lovavdelingens veileder til offentleglova, der en kunne gjennomgått noen typetilfeller og praktiske eksempler, vil nok være enklere å gjennomføre og kunne være praktisk like nyttig for saksbehandlere i disse vanskelige sakene.

Hilsen
Miljødirektoratet

Dette dokumentet er elektronisk godkjent

Frantz Nielsen
seksjonsleder

Ketil Søhr
seniorrådgiver

Tenk miljø - velg digital postkasse fra e-Boks eller Digipost på www.norge.no.