

Professor dr.juris Johan Giertsen
Universitetet i Bergen
Det juridiske fakultet
Postboks 7806, 5020 Bergen
tlf. 55589546
Giertsen@jur.uib.no

JUSTISDEPARTEMENTET	
12 NOV 2009	
SAKSNR.:	200903639
AVD/KONT/BEH:	LOV/EO/KG
DOK.NR. 40	ARKIVKODE:

Bergen, 16. november 2009

Justisdepartementet
Oslo

Høringsuttalelse – NOU 2009:9 Lov om offentlige undersøkelseskommissjoner

Dette brevet av 16. november 2009 erstatter brev av 11. november 2009 fra undertegnede om samme sak. I brevet av 11. november var det på et punkt en faglig feil som er justert i dette brevet. Jeg anmoder om at dette brevet legges til grunn, og at det ses bort fra brevet av 11. november.

Selv om undertegnede ikke er høringsinstans i denne saken, tillater jeg meg å avgi uttalelse. Jeg beklager at fristen 1. november er oversittet.

1 Bare kommisjoner oppnevnt av Kongen i statsråd

Utvalget foreslår at lovutkastet bare skal gjelde for kommisjoner oppnevnt av Kongen i statsråd (§ 1). Dette vil trolig ha den konsekvens at loven, hvis utkastet vedtas, vil gjelde direkte for relativt få undersøkelser. Terskelen for at regjeringen skal nedsette en kommisjon må antas å bli høy, jf lovutkastet om "allmennviktig betydning".

Et spørsmål blir om loven vil sperre for offentlige granskinger nedsatt av andre enn Kongen i statsråd. Problemet må i mangel av et uttrykkelig forbud besvares benektende. Kommuner og andre forvaltningsorganer kan fortsatt nedsette undersøkelsesutvalg, eventuelt engasjere private rettssubjekter til å undersøke nærmere angitte forhold. Lovutkastet åpner derfor for at alle nåværende former for offentlige granskinger og lignende undersøkelser kan videreføres. Hvis loven vedtas, vil forvaltningen få en ny mulighet i tillegg til de eksisterende formene – en kommisjon nedsatt av Kongen hvis regjeringen går inn for dette. Undersøkelsen blir i så fall lovregulert, i motsetning til de øvrige undersøkelsesformene som i hovedsak vil forbli regulert av ulovfestet rett.

En underliggende premiss for lovutkastet synes å være en viss skepsis mot granskinger, og at oppnevning av Kongen skal bidra til en høyere terskel for slike undersøkelser. Det er mulig at dette vil slå til for granskinger som i dag iverksettes av departementene eller andre organer i den sentrale statsforvaltningen. Antall granskinger iverksatt av disse organene vil kanskje gå ned, og i noen grad bli erstattet av kommisjoner oppnevnt av Kongen.

Når det gjelder kommunesektoren og ytre statsetater, synes det usikkert i hvilken grad disse vil anmode regjeringen om å opprette kongeoppnevnte kommisjoner. En

kommune kan anse et problem som betydelig, men uten at regjeringen anser problemet som "allmennviktig". I slike tilfeller kan resultatet bli at kommunen nedsetter et granskingsutvalg, eller engasjerer et privat rettssubjekt til å forestå undersøkelsen. Dessuten kan behandlingen hos Fornyings- og administrasjonsdepartementet som skal forberede saken for statsrådet ta tid, slik at en kommune av den grunn foretrekker en egen granskning. Et annet motiv for å iverksette egne granskinger vil være at bl.a. kommunene derved får kontroll over mandatet og hvem som skal utføre oppdraget.

En offentlig granskning er ofte kostbar. En mulig premiss for lovutkastet er at staten vil dekke kostnadene ved kongeoppnevnte kommisjoner, og at statlig kostnadsdekning vil inspirere kommunene og andre organer til å foretrekke denne formen fremfor egne granskinger. Lovutkastet utelukker imidlertid ikke at Kongen oppnevner kommisjonen, men at vedkommende kommune må dekke kostnadene. Hvis statlig kostnadsdekning skal være et motiv for kommuner og andre organer til å foretrekke en kongeoppnevnt kommisjon, bør dette komme tydeligere til uttrykk i lovteksten.

Det sannsynlige ønsket i kommunene og ytre statsetater om selv å ha kontroll over undersøkelsen med hensyn til mandat, sammensetning mv. kan tilsi at disse organene i hovedsak vil fortsette sin nåværende praksis når det gjelder granskinger. Slike undersøkelser vil – som nå – i hovedsak bli regulert av ulovfestet rett. Loven vil ha overføringsverdi til undersøkelser iverksatt av andre organer enn Kongen i statsråd. Men det vil stå igjen et rom for usikkerhet med hensyn til innholdet i den ulovfestede rett som vil gjelde for andre offentlige granskinger enn kongeoppnevnte kommisjoner.

Et alternativ for lovgiveren er å formulere loven slik at den dekker offentlige granskinger og lignende undersøkelser mer generelt, ikke bare de kongeoppnevnte. Det er utfordringer med hensyn til formulering av en slik lovtekst hvis den skal gjøres distinkt. Justisdepartementet bør uansett vurdere dette som et alternativ til lovutkastet. Gis loven et bredere virkeområde, vil lovgiveren oppnå større klarhet med hensyn til regelverket også for offentlige granskinger som ikke iverksettes av Kongen i statsråd.

2 *Offentlige granskinger utført av private rettssubjekter*

Fordi utkastet bare dekker kongeoppnevnte kommisjoner, vil flere spørsmål knyttet til granskinger og lignende undersøkelser fortsatt stå uavklart hvis utkastet vedtas. Et av disse spørsmålene er reguleringen av undersøkelser med en offentlig oppdragsgiver, men som utføres av private rettssubjekter. Både i kommune- og statssektoren synes det å være en økende tendens til å engasjere private subjekter til å foreta undersøkelser med granskingspreg.

Forvaltningsloven gjelder for private subjekter der disse treffer enkeltvedtak eller utferdiger forskrift (fvl § 1). En granskning er intet slikt vedtak. Det betyr at loven ikke gjelder for private subjekter når disse utfører en granskning, bortsett fra enkelte bestemmelser som også omfatter private som utfører oppdrag for et forvaltningsorgan (habilitet, fvl § 10 og taushetsplikt, fvl § 13). Private subjekter som utfører en

gransking eller et lignende oppdrag for et forvaltningsorgan dekkes ikke av offentliglova (jfr. offl § 2).

Hvis et forvaltningsorgan er oppdragsgiver for et privat rettssubjekt som forestår en gransking eller en lignende undersøkelse, må forvaltningsorganet antas å ha et ansvar for undersøkelsens forsvarlighet, men det vil uansett ikke bli parallellitet i reguleringen enten undersøkelsen utføres av forvaltningsorganet selv eller av et privat subjekt.

Lovgiverens svar bør være at granskinger og lignende undersøkelser reguleres av samme regelverk, enten undersøkelsen utføres av et forvaltningsorgan eller undersøkelsen utføres av et privat rettssubjekt på vegne av et forvaltningsorgan.

3 *Uklare regler som forblir uklare hvis loven bare vil gjelde for kongeoppnevnte kommisjoner*

Fordi lovutkastet er avgrenset til kongeoppnevnte kommisjoner, vil forvaltningen – hvis utkastet vedtas – fortsatt ha et bredt felt for offentlige granskinger regulert av ulovfestet rett. Som nevnt foran vil dette trolig være aktuelt for mange undersøkelser i særlig kommunesektoren og ytre statsetater. Enkelte regler som er uklare i gjeldende ulovfestet rett om offentlige granskinger vil – i mangel av regulering i loven – forbli uklare i fremtidige granskinger som iverksettes av andre enn Kongen i statsråd, og som fortsatt vil bli regulert av ulovfestet rett. Noen eksempler er:

- a) Spørsmålet om et granskingsutvalg er et eget forvaltningsorgan reiser seg bl.a. i forhold til offentliglova. I gjeldende rett beror spørsmålet på en vurdering hvor flere momenter er relevante (*Giertsen: Gransking s. 42*). En kongeoppnevnt kommisjon etter lovutkastet blir et eget organ. For andre offentlige undersøkelser som fortsatt vil bli regulert av ulovfestet rett gir utkastet ingen klargjøring på dette punktet. En avklaring hadde vært en fordel.
- b) Når det gjelder referater av samtaler med de berørte, vitner m.fl. vil lovutkastet gi en kongeoppnevnt kommisjon adgang til å unnta dokumentene etter § 9 første ledd ”særlige grunner”. I gjeldende ulovfestet rett har Justisdepartementet antatt at slike dokumenter kan unntas fra alminnelig innsyn (*Giertsen: Gransking s. 191*). Standpunktet er ikke opplagt. For offentlige granskinger som fortsatt vil bli regulert av ulovfestet rett gir utkastet ingen klargjøring på dette punktet. En avklaring hadde vært en fordel.
- c) Spørsmålet om et dokument som er internt hos avsenderorganet fortsatt kan unntas etter at det er oversendt et granskingsutvalg, er i gjeldende rett besvart bekreftende av Justisdepartementet. Standpunktet beror på en offensiv tolking av forarbeidene til offentliglova, og er omstridt (*Giertsen: Gransking s. 212*). I lovutkastet vil problemet bli regulert av § 8 annet ledd, hvorefter forvaltningens saksdokumenter ikke er offentlige hos en kongeoppnevnt kommisjon. I offentlige granskinger regulert av ulovfestet rett vil problemet forbli uavklart og omstridt. En klargjøring hadde vært en fordel.

- d) Spørsmålet om et dokument i en gransking kan unntas fra offentlighet i tilfeller hvor offentlighet kan umuliggjøre avklaring av sentrale spørsmål, har vært reist i praksis (*Giertsen: Gransking s. 213*). Etter utkastet kan slike tilfeller for kongeoppnevnte kommisjoner dekkes av unntaket i § 9 første ledd "særlige grunner". I offentlige granskinger regulert av ulovfestet rett vil problemet forbli uavklart og omstridt. En klargjøring hadde vært en fordel.
- e) Rett til dokumentinnsyn for den "berørte" i henhold til lovutkastet fremgår av § 7 tredje avsnitt. Utkastet § 7 sier intet om klagerett for den berørte hvis en kongeoppnevnt kommisjon avslår partsinnsyn. Slik klagerett for den berørte følger derimot (trolig) av § 8 fjerde ledd. Slik sistnevnte bestemmelse er formulert, kan den trolig omfatte både avslag for den berørte (partsinnsyn) og hvis avslag gis i relasjon til allmennhetens innsynsrett. I gjeldende ulovfestet rett om offentlige granskinger har partene trolig ingen klagerett hvis partsinnsyn i dokumenter avslås (*Giertsen: Gransking s. 214*). Denne manglende klageadgang vil (trolig) vedvare i offentlige granskinger som også i fremtiden reguleres av ulovfestet rett. Innføring av en slik klageadgang bør vurderes.

4 Oppsummering

- a) Lovutkastet i NOU 2009:9 er snevert når det bare skal gjelde for kongeoppnevnte kommisjoner. Offentlige granskinger og lignende undersøkelser som for fremtiden ikke utføres av kongeoppnevnte kommisjoner vil forbli regulert av ulovfestet rett.
- b) Det er usikkert om antallet offentlige granskinger i bl.a. kommunene og ytre statsetater vil gå særlig ned hvis lovutkastet vedtas.
- c) Antall granskinger og lignende undersøkelser med forvaltningsorganer som oppdragsgivere, men utført av private rettssubjekter, er trolig økende. Målet bør være at private subjekter som utfører slike undersøkelser underlegges de samme offentligrettslige regler og prinsipper om forsvarlighet som ville vært gjeldende om forvaltningsorganet selv hadde stått for undersøkelsen.
- d) Vedtas lovutkastet, vil loven ha overføringsverdi til offentlige granskinger regulert av ulovfestet rett. Men tross slik overføringsverdi, vil en rekke uklarheter i gjeldende ulovfestet rett i noen grad bli videreført for offentlige granskinger og lignende undersøkelser som fortsatt vil bli regulert av ulovfestet rett.
- e) Lovutkastet bringer derfor ikke i stor nok grad den klarhet med hensyn til offentlige granskinger og lignende undersøkelser som må ha vært et sentralt formål med opprettelsen av lovutvalget.

Med vennlig hilsen

