

TALE TIL RETSUDVALGET OM FORSLAGET TIL NY OFFENTLIGHEDSLOV

Onsdag den 26. februar 2011

Professor, dr.jur. Niels Fengler

1. Overordnede pointer

Tak for invitationen til at komme her i dag og give en indledende tour de force over de væsentligste bestemmelser i justitsministerens forslag til en ny offentlighedslov. Jeg har ikke selv været involveret i lovforslagets tilblivelse, men det er mig en stor glæde at få lejlighed til at give det et par ord med på vejen.

Lad mig starte med to generelle bemærkninger:

For det første, at lovforslaget samlet set lægger op til mere åbenhed i forvaltningen. Det er derfor lidt ærgerligt, at forslaget i dele af pressen er blevet kritiseret for at ødelægge den gældende offentlighedsordning. Sandheden er den stik modsatte. For som Retsudvalget givetvis allerede har lagt mærke til, opremser lovforslaget 26 udvidelser i aktindsigten over for 5 indskrænkninger heri. Enkelte af disse 26 punkter er mere udtryk for kodifikationer af gældende ret end for egentlige materielle udvidelser. Men uanset, hvordan man gør det op, overstiger mængden af foreslåede udvidelser langt antallet af foreslåede indskrænkninger.

For det andet vil jeg minde om, at en god offentlighedslov under alle omstændigheder ikke kun skal sikre åbenhed, men også tilgodese en række modsatrettede hensyn. Jeg har undertiden hørt de 26 udvidelser betegnet som "de 26 forbedringer" og de fem indskrænkninger som "de 5 tilbageskridt". Der er imidlertid tale om en urimelig forsimpning af diskussionen, hvis man mekanisk sætter lighedstegn mellem på den ene side aktindsigt og "god lov" og på den anden side manglende aktindsigt og et ønske om at dække over ulovligheder og fejl.

Naturligvis bør den klare hovedregel være aktindsigt og mest muligt heraf. Men der kan faktisk på nogle punkter være nok så gode grunde til ikke at give indsyn. F.eks. fordi der er behov for at beskytte

privatlivets fred, virksomheders forretningshemmeligheder eller den politiske beslutningsproces.

2. Udvidelser i aktindsigtsadgangen

Vender vi os herefter mod lovforslagets enkelte bestemmelser, vil jeg gerne fremhæve, at det er en væsentlig udvidelse af aktindsigtsretten, at loven bredes ud til også at gælde for visse offentlige aktieselskaber og for private, der har fået delegeret afgørelseskompetence. Set i lyset af den betydelige brug af offentlige aktieselskaber og udlicitering af afgørelsesvirksomhed, giver det for mig god mening ikke alene at lade lovens anvendelsesområde afhænge af, om et givent organ udgør en forvaltningsmyndighed, men også at lægge vægt på organets opgaver og ejerkreds.

En anden udvidelse af aktindsigten finder vi i lovforslagets ændrede krav til, hvor præcist man skal angive den sag, man vil have indsigt i. Lidt forenklet skal man i dag have forhåndskendskab til den pågældende sag. Man kan med andre ord ikke gå på fiskeekspedition i forvaltningens sager. Vedtages lovforslaget, opblødes dette identifikationskrav, og det bliver fremover muligt at anmode om aktindsigt blot ved at angive den relevante sags journalnummer eller tema.

I praksis er dette en betydelig håndsrækning til dem, der gerne vil have indsigt i flere sager vedrørende en given problemstilling. Ændringen vil også øge pressens mulighed for at være en effektiv vagthund, herunder gennem sammenligning af myndighedernes behandling af parallelle sager.

Lovforslaget lægger som nævnt op til mange andre udvidelser i aktindsigtsadgangen. Min taletid gør det ikke muligt at gennemgå dem alle her, men jeg vil gerne fremhæve

- adgangen til dataudtræk i myndighedernes databaser,
- at offentlighed skal tænkes ind ved kommende it-løsninger
- indsyn i dele af offentlige ledes resultatkontrakter
- indsyn i juridiske personers vedtagne bødeforlæg og – måske vigtigst –
- betoningen af pligten til at overveje meraktindsigt.

Hver især mindre ændringer, men samlet set et betydeligt træk i retning af større åbenhed i den offentlige forvaltning. Det samme gælder for forslagens dele om et mere effektivt system for klager over aktindsigtsafslag. Navnlige pressen vil nyde godt af, at tempoet for klagesagsbehandlingen herved formentlig speedes op.

3. Ministerbetjening

Som nævnt lægger lovforslaget også op til enkelte indskrænkninger i aktindsigtsadgangen. Og selv om der ikke er mange af disse foreslåede indskrænkninger, er flere af dem fra et principielt synspunkt ganske væsentlige.

En af de bestemmelser, som har påkaldt sig størst opmærksomhed, er lovforslagets § 24 om udvidelsen af begrebet interne dokumenter i forhold til den politiske ministerbetjening. Flere af de efterfølgende oplægsholdere vil gå mere i dybden med denne bestemmelse. Men da der som bekendt er mange modstridende meninger om ministerbetjeningsreglen, vil jeg allerede nu fremhæve nogle enkelte punkter, som jeg personligt anser for væsentlige.

Det første punkt er, at § 24 ingen betydning har for langt de fleste forvaltningssager, nemlig konkrete afgørelsessager, tilsynssager og kontraktsager. Det gælder efter § 24, stk. 2, selv om en minister har behov for embedsværkets bistand i forbindelse med disse sager.

Oluf Jørgensen – der som bekendt støttede § 24 i Offentlighedskommission – har rammende udtrykt det således, at bestemmelsen alene gælder, når ministeren handler som regeringspolitiker, men ikke når han handler som forvaltningschef. I førstnævnte egenskab vil lovforslaget indebære, at Slotsholmen betragtes som en funktionel enhed, mens der ved andre typer opgaver fortsat vil være ret til aktindsigt i brevveksling mellem ministerierne.

Hvis man anskuer § 24 isoleret, vil bestemmelsen helt klart resultere i en begrænsning i indsynet med visse former for politisk interessante sager. Som anført i lovforslagets almindelige bemærkninger skal § 24 imidlertid netop ikke anskues isoleret. Tværtimod må bestemmelsen ses i sammenhæng med lovforslagets § 29, der vil indebære en øget

adgang til at få indsyn i en myndigheds interne fagkyndige vurderinger.

Det er således en misforståelse, hvis man blot ser ministerbetjeningsreglen som et forsøg på at mørklægge den til enhver tid siddende regerings beslutningsproces. Der er i stedet tale om, at man lægger snittet et andet sted end i dag.

I dag defineres interne dokumenter gennem en henvisning til begrebet "en selvstændig forvaltningsmyndighed". Dette begreb afgrænses formelt og organisatorisk og har intet at gøre med, hvilke opgaver organet har, ej heller med det samarbejde, det måtte have med andre organer. F.eks. blev ekstern brevveksling mellem Indenrigsministeriet og Sundhedsministeriet pludselig intern, da de to ministerier blev slået sammen til et, mens den hidtidige interne brevveksling med afdelingen for sociale anliggender blev ekstern, fordi der nu igen kom et selvstændigt Socialministerium.

Heroverfor lægger lovforslaget op til en anden sondring, der på en gang varetager de to grundlæggende hensyn, som bør være væsentlige for aktindsigtsadgangen:

- Det første hensyn er, at ministrene skal kunne få fortrolig rådgivning om en sags politiske aspekter. Dette er allerede i dag tilfældet for rådgivning internt i ministeriet. Lovforslaget vil imidlertid udvide denne fortrolige zone til tilfælde, hvor embedsværkets rådgivning ikke kommer fra ministerens eget departement, men fra en selvstændig styrelse under ministeriet eller fra et fra andet ministerium.
- Det andet hensyn er, at offentligheden og pressen skal have adgang til at se de faglige præmisser, hvorpå ministre beslutter, hvordan de skal udforme politiske initiativer. Her vil lovforslagets § 29 som nævnt lægge op til aktindsigt, selv når denne rådgivning kommer fra ministerens eget departement. Undtagelse gøres dog for egentlig ministerrådgivning og oplysninger, der af andre grunde er fortrolige.

Lovforslaget åbner således op for større aktindsigt med hensyn til embedsværkets faglige input til ministeren samtidig med, at det

begrænser indsynet i den taktisk-politiske rådgivning. Og det laver denne sondring på tværs af myndighedsafgrænsninger.

Personligt synes jeg, at det er fornuftigt, hvis aktindsigtsadgangen ikke længere udelukkende skal afhænge af nogle tekniske og organisatoriske myndighedsdefinitioner, der er blevet udviklet med et ganske andet sigte end at regulere offentlighedens indsyn i forvaltningen.

Jeg foretrækker i stedet som Offentlighedslovskommissionen og Justitsministeriet, at man afgrænser begrebet interne dokumenter i forhold til de særlige hensyn, som er relevante i netop aktindsigts-sager. I forhold til ministerbetjening er disse hensyn de samme, uanset om ministerens beslutningsgrundlag tilvejebringes internt i det pågældende departement eller gennem flere myndigheders samarbejde. Der er nemlig i begge tilfælde tale om følgende to hensyn:

- For det første, at embedsmænd og ministre skal have mulighed for at "tænke højt sammen" uden risiko for, at de efterfølgende kan blive taget til indtægt for synspunkter, der enten ikke var velgennemtænkte eller ikke blev fulgt;
- Og for det andet, at ministeren ikke bagefter skal komme ud for at kæmpe imod embedsværkets politiske vurderinger.

Jeg er også helt enig med Offentlighedskommissionen og Justitsministeriet i, at virkeligheden i centraladministrationen i dag er, at en stor del af de væsentligste politiske initiativer ikke forberedes i et enkelt hermetisk lukket ministerium, men på tværs af ministeriegrænserne.

Det er også da sigende, at mediernes repræsentanter i Offentlighedskommissionen alle støttede op omkring § 24, netop fordi man anerkendte, at ændringen i centraladministrationens arbejdsform indebærer, at en udvidelse af reglerne om interne dokumenter er en forudsætning for, at ministeren kan få den optimale rådgivning i situationer, hvor ekspertisen er fordelt på flere forvaltningsmyndigheder. Der er således tale om en enstemmig kommissionsanbefaling på dette punkt.

Hvis Retsudvalget vil tillade mig at fremkomme med min egen personlige anbefaling, er spørgsmålet derfor ikke så meget, om det er en

god ide at udvide begrebet interne dokumenter – for det er det af de grunde, som jeg netop har været inde på. Det store spørgsmål er snarere, om det vil være muligt at afgrænse § 24's anvendelsesområde snævrere og samtidig varetage de hensyn, der ligger bag bestemmelsen. Personligt er jeg ikke overbevist om, at dette vil kunne lade sig gøre. Men det er bestemt en problemstilling, som der kan være grund til at kigge nærmere på.

4. Udveksling af dokumenter med folketingsmedlemmer

Offentlighedskommissionen og Justitsministeriet foreslår ikke kun udvidelser i begrebet interne dokumenter for så vidt angår interministerielt samarbejde. De anbefaler tillige i § 27, nr. 2, en ny undtagelse for dokumenter, der udveksles mellem ministre og folketingsmedlemmer.

§ 27, nr. 2, vil ikke finde ikke anvendelse på ministres drøftelser med folketingsmedlemmer om administrative anliggender. Bestemmelsen skal alene gælde for lovsager og tilsvarende politiske processer. Selv her vil den endvidere kun gælde for dokumenter, der er udarbejdet med netop det formål at blive udvekslet med folketingsmedlemmer. Andre interne dokumenter, som en minister giver til et folketingsmedlem som led i en politisk sondering, mister deres interne karakter og bliver dermed som udgangspunkt undergivet aktindsigt.

Offentlighedskommissionens flertal anser § 27, nr. 2, for nødvendig for at beskytte den politiske beslutningsproces, idet den sikrer, at ministre i fortrolighed kan sende dokumenter til folketingsmedlemmer med henblik på at foretage politiske sonderinger på et mere informeret grundlag. Herover finder et betydeligt mindretal i kommissionen bestemmelsen uheldig, ligesom høringssvarerne generelt har været skeptiske.

Det er utvivlsomt korrekt, når kommissionsflertallet og ministeriet minder om, at der altid har været ført fortrolige politiske drøftelser mellem ministre og folketingsmedlemmer. Samtidig vil det pågældende politiske initiativ normalt blive undergivet en offentlig proces, før det ender i et konkret tiltag. Det er derfor på ingen måde givet, at en gennemførelse af § 27, nr. 2, for alvor vil gøre den politiske beslutningsproces mere lukket end tilfældet er i dag.

Det er også rigtigt, når Justitsministeriet i lovforslaget anfører, at hensynet til den politiske beslutningsproces er et hensyn, som allerede i den gældende lov anerkendes som beskyttelsesværdigt. På den anden side er det lidt af et paradigmespring at sidestille politiske sonderinger med regeringens interne forberedelse. Samtidig er § 27, nr. 2, ikke på samme måde som den tidligere diskuterede § 24 om interministerielt samarbejde begrundet i ændrede arbejdsformer. På dette punkt lægger lovforslaget således op til en reel nydannelse.

5. Afrunding

Det var alt, hvad jeg kunne nå inden for den tildelte tid. Lad mig afslutte med at understrege, at det er min vurdering, at det fremsatte lovforslag set under ét udgør en klar forbedring i forhold til den nuværende lov. Det er nemlig lykkedes for Offentlighedskommissionen at udvide aktindsigten der, hvor vigtige modhensyn reelt ikke gør sig gældende, og samtidig at identificere de steder, hvor den nuværende lovs undtagelsesbestemmelser ikke længere slår til.

Til gengæld er det ikke lykkedes at tilvejebringe den forenkling af aktindsigtsreglerne, som man kunnet have håbet på. Tværtimod er lovforslaget mere komplekst end den gældende offentlighedslov. Desværre kan det nok vanskeligt være anderledes, hvis man samtidig vil have en lov, der så-at-sige "rammer rigtigt" i forhold til de forskellige beskyttelsesbehov, som bør styre udformningen af en offentlighedslovs undtagelsesbestemmelser.

Jeg takker for opmærksomheden.