

## Oplæg til høring om ny Offentlighedslov ved Folketingens Retsudvalg<sup>1</sup>

Af Carsten Henrichsen

### Problemstillingen

Jeg er blevet bedt om at give en redegørelse for visse af de undtagelsesregler vedrørende interne dokumenter, som er indeholdt i lovforslaget, herunder særligt §§ 24, 25, 27 og 29. Jeg tillader mig en hastig justering af dette problemfelt. Jeg vil gerne holde kommunerne uden for og ser derfor bort fra § 25. Og hvad angår de øvrige bestemmelser, vil jeg i særlig grad fokusere på § 24 og i mindre grad § 27, mens særreglen i § 29 kun vil blive omtalt i en fodnote.

Og så vil jeg i øvrigt tilføje, at jeg holder mig til de kritikpunkter, som har været rejst i debatten. Ikke mindst den kritik, jeg selv har været med til at rejse<sup>2</sup>, og som jeg går ud fra har været bestemmende for valget af mig som oplægsholder vedrørende dette emne.

### Baggrund – Kommissoriet mv.

Interessen for § 24 skyldes ikke kun, at denne regel på markant vis bryder med offentlighedsprincippet, men også – og navnlig – at Offentlighedskommissionen var enig om at foreslå denne bestemmelse. Den modsvarende bestemmelse i § 27 var der derimod som bekendt stærk uenighed om. De to regler er allerede præsenteret som undtagelser fra offentlighedsprincippet, som hhv. angår dokumenter fra eksterne myndigheder som har betydning for ministerbetjeningen, og dokumenter som udarbejdes til brug for ministerens politiske forhandlinger med Folketingets partier. For nemheds skyld betegnes disse regler i det følgende som hhv. ministerbetjeningsreglen og forhandlingsreglen.

Med disse regler fraviges de nugældende regler, hvorefter dokumenter, som afgives til udenforstående gribes af offentlighedsprincippet, hvis de da ikke undtages af andre grunde. I begge tilfælde forslås reglerne af hensyn til den politiske beslutningsproces, men i øvrigt med lidt varierende begrundelser: Ministerbetjeningsreglen har sin baggrund i oplevelsen af et tiltagende behov for inddragelse af sagkundskab uden for ministeriet; forhandlingsreglen skyldes stigende behov for at inddrage Folketingets partier i forligsforhandlinger på et informeret grundlag.

---

<sup>1</sup> Høring 25/1 2011 i Landstingssalen på Christiansborg. Oplæg som afholdt på høringen med tilføjelse af noter og anbefaling.

<sup>2</sup> § 24 – en bombe under offentlighedsprincippet, kronik i Information 16/12 2010. Se endvidere mere udførligt min artikel i festskrift til Hjalte Rasmussen, *Europe. The New Legal Realism*, Djøf Publishing 2010, side 247-262 ("26 skridt frem – og et stort skridt tilbage. En kommentar til offentlighedskommissionens betænkning").

En anden notabel forskel består i, at ministerbetjeningsreglen har støtte i kommissoriet – det har forhandlingsreglen ikke. Denne forskel kan også forklare kommissionsmedlemmernes skiftende stilling til de forskellige regler. Når Offentlighedskommissionen enstemmigt anbefaler ministerbetjeningsreglen, skyldes det, at denne regel direkte udspringer af kommissoriet, som på dette punkt fraveg udgangspunktet om, at kommissionen ellers i sit arbejde med en ny offentlighedslov skulle sikre øget gennemslag for offentlighedsprincippet. Omvendt er dissensen i forhold til forhandlingsreglen – fra mindretallets side – udtrykkelig begrundet i, at denne undtagelse ligger uden for kommissoriets rammer.

Det er navnlig pressens egne organisationer, der som repræsentanter i Offentlighedskommissionen har måttet stå for skud i den efterfølgende debat om ministerbetjeningsreglen. Men herfra har svaret været ganske kontant: Når kommissoriet forudsætter, at et givet spørgsmål bliver overvejet af kommissionen, så er det reelt et pålæg, som man ikke har kunnet sætte sig ud over<sup>3</sup>. Og det kan man næppe være uenig i.

Måske med det forbehold, som et andet kommissionsmedlem<sup>4</sup> har givet udtryk for: At hvis man havde forudset, at ministerbetjeningsreglen også ville blive fulgt op af en forhandlingsregel, så skulle man måske alligevel have sagt fra. Men det gjorde man altså ikke, og med den konsekvens, at ministerbetjeningsreglen fremstår som et enstemmigt forslag fra Offentlighedskommissionen, som nu fremsættes med regeringens tilslutning.

## **Ministerbetjeningsreglen**

Med konstateringen af, at forhandlingsreglen omvendt kun havde et lille flertal bag sig i Offentlighedskommissionen, og at gennemførelsen af denne regel derfor i særlig grad må bero på en politisk afvejning af fordele og ulemper, samler interessen sig om ministerbetjeningsreglen og dennes nærmere baggrund og begrundelse.

Først et par supplerende bemærkninger om selve reglen. Det er formentlig velkendt, at der for kommunerne gælder den særregel, at alle kommunestyrets organer – i relation til offentlighedsloven – betragtes som en enhedsforvaltning med den konsekvens, at dokumenter frit kan udveksles<sup>5</sup>. Det er i princippet den samme status, som man nu med § 24 vil tillægge centraladministrationen i forhold til ministerbetjening. Det gælder i forhold til både sideordnede og underordnede myndigheder, og det gælder for alt materiale af politisk karakter, som ikke udspringer af behandlingen af egentlige myndighedsopgaver (sagsbehandling og tilsyn mv.).

Da reglen endvidere omfatter dokumenter, som ikke blot aktuelt, men også potentielt kan indgå i ministerbetjeningen, får den en ganske vidtgående karakter. Min påstand

---

<sup>3</sup> Information 30/11 2009.

<sup>4</sup> Oluf Jørgensen i Information 10/12 2010.

<sup>5</sup> Offentlighedslovens § 7, nr. 3.

er, at anvendelsen af denne regel i realiteten unddrager sig retslig efterprøvelse og dermed kontrol. Dette som et resultat af, at vurderingen af, om et dokument kan forventes at få betydning for ministerbetjeningen er politisk, både fordi det drejer sig om dokumenter, som efter deres indhold er politiske, og fordi myndighederne selv altid vil være de nærmeste til at foretage den slags vurderinger. Ombudsmanden vil fx reelt være sagligt inkompetent til at overprøve myndighedernes skøn i den forbindelse, måske bortset fra tilfælde af åbenlys magtfordrejning.

Det anførte gælder uanset, at det i lovmotiverne angives, at reglen skal anvendes restriktivt. Som om det ville være realistisk at forestille sig, at en myndighed – med risiko for at tage fejl – skulle udvise nogen form for tilbageholdenhed med en sådan vurdering. Tager myndigheden fejl, kan det få drabelige konsekvenser for ministeren, og så kan man være sikker på, at der falder brænde ned. Den risiko er der ikke mange embedsmænd – om overhovedet nogen – der vil løbe. Så hellere være på den sikre side – den side, som også i øvrigt præger offentlig forvaltning, og som nogle har kaldt for *nul-fejlskulturens* holdeplads.

### **Administrative hensyn**

Lovmotiverne kan i denne sammenhæng også på anden måde bidrage til at give et noget fortegnet billede af virkelighedens verden. Det hedder sig, at bestemmelsen – ud over at beskytte den politiske beslutningsproces – også har til formål at sikre, at embedsmændene på en ”fri og formløs” måde kan forberede de politiske beslutninger. Som om der altså her skulle foreligge et særligt hensyn til den rent administrative proces i lighed med det, der allerede gælder for den interne beslutningsproces i de enkelte myndigheder, og som – efter både nugældende og foreslåede regler – begrundet undtagelse af interne, såkaldte arbejdsdokumenter, fra aktindsigt<sup>6</sup>.

Men ministerbetjeningsreglen gælder altså dokumenter, der udveksles mellem myndigheder, og sådanne dokumenter udtrykker normalt ikke bare nogle løse ideer, som en tilfældig embedsmand har fået. Typisk er det sådan, at eksterne myndigheder inddrages med henblik på at undersøge særlige spørgsmål ud fra den sagkundskab, som de besidder. Og ingen myndighed med respekt for sig selv vil – med eller uden aktindsigt – afgive et dokument til en anden myndighed, som ikke er fuldt gennearbejdet, og som myndigheden ikke helt og fuldt kan stå inde for. Det vil altså netop være dokumenter, som foreligger i endelig form, og som afspejler myndighedens opfattelse af et givet sagsforhold.

Betydningen heraf kan man om ikke andet se demonstreret i den særlige regel i § 29 om aktindsigt i oplysninger om interne faglige vurderinger af politisk interesse, som

---

<sup>6</sup> Offentlighedslovens § 7. Begrebet ”arbejdsdokument” udgår i forslaget til ny offentlighedslov, idet der her i stedet benyttes betegnelsen ”interne dokumenter” (§ 23, stk. 1), hvortil bl.a. henregnes dokumenter der ikke er afgivet til udenforstående (nr. 1) og dokumenter som udveksles i forbindelse med ministerbetjening (nr. 2).

foreligger i endelig form. For denne ret til aktindsigt i myndighedernes egne vurderinger gælder – efter § 29, 2. pkt. – netop ikke i forhold til dokumenter, som udarbejdes til brug for ministerrådgivningen. Og selv om dette begreb, ”ministerrådgivning”, udtrykker en snævrere variant af ministerbetjeningsreglen<sup>7</sup>, bliver der alligevel tale om en begrænsning af offentligheden, som – paradoksalt nok – berører de politisk vigtigste sager. Af samme grund afvises denne undtagelsesregel da også af et mindretal i Offentlighedskommissionen<sup>8</sup>.

Skulle det endelig komme dertil, at et ministerium vil inddrage en styrelse eller et andet ministerium i sine politiske overvejelser med henblik på at få vendt en sag på en ”fri og formløs” måde, kan man tage sagen op i koncernledelsen eller eventuelt nedsætte en arbejdsgruppe til at foretage nærmere undersøgelser og idegenerering. Det er i sådanne sammenhænge, at hensynet til beskyttelse af den administrative proces med rette kommer ind i billedet. Men så er det så heldigt, at (ombudsmands-) praksis<sup>9</sup> – under visse betingelser – anerkender, at dokumenter, som udveksles i sådanne fora, er unddraget fra offentlighed. Så ikke alene ligner lovmotivernes argumentation på dette punkt en tilsnigelse, men der er i virkeligheden heller ikke noget påtrængende behov for en ministerbetjeningsregel ud fra dette hensyn til den administrative proces.

## Politiske hensyn

Tilbage står spørgsmålet, om reglen kan forsvares ud fra det hensyn til den politiske beslutningsproces, der også fremhæves som en del af begrundelsen. Det er her kommissoriet kommer ind i billedet med en påstand om, at udviklingen af centraladministrationens organisation har været præget af et stigende samarbejde mellem centraladministrationens organer – departementer, styrelser o.a. ministerier – som gør det nødvendigt at beskytte den politiske beslutningsproces. Og dette standpunkt følges op i Offentlighedskommissionens betænkning.<sup>10</sup>

Hvad særligt angår forholdet mellem departement og underliggende styrelser henvises her til en form for empirisk dokumentation. Det drejer sig om en rapport fra Finansministeriet fra 2006, som ganske vist ikke er udarbejdet specielt med sigte på afklaring af det foreliggende spørgsmål om ministerbetjening, men som alligevel kan have en vis relevans for dette spørgsmål, og som i hvert fald tillægges afgørende betydning for den opprioritering af hensynet til den politiske beslutningsproces, som de foreslåede regler er udtryk for.

Problemet er bare, at dokumentationen ved nærmere eftersyn forekommer mangelfuld. Det kan man ganske vist ikke se af betænkningen, som forholder sig ganske selektivt til oplysningerne i Finansministeriets rapport. Men det kan man se, hvis man

<sup>7</sup> I betænkningen (s. 637) præciseret som dokumenter, der er udarbejdet direkte med sigte på rådgivning af ministeren.

<sup>8</sup> Betænkningen, s. 640.

<sup>9</sup> Se herom betænkningen, s. 523f (om koncernledelser) og s. 524ff (om arbejdsgrupper).

<sup>10</sup> Side 592ff.

dykker ned i rapporten og sammenholder med dagens situation, som meget kort kan beskrives som den, at det i virkeligheden hører til undtagelsen, at styrelser indtager en sådan stilling, at de i større omfang indgår i ministerbetjeningen – dette er vistnok kun tilfældet for et par af de nuværende ministeriers vedkommende.

På den baggrund synes der ikke at være noget reelt behov for generelt at betragte centraladministrationens departementer og styrelser som en enhedsforvaltning. Det kan der måske være i rene undtagelsestilfælde, men så skal reglen have et andet indhold, som afspejler denne situation. Og i andre sammenhænge, hvor forvaltningen reelt ikke fungerer som en enhedsforvaltning, kan man falde tilbage på reglerne om koncernledelsers og arbejdsgruppers unddragelse fra offentlighedsprincippet.<sup>11</sup>

### **Afsluttende bemærkninger**

Noget lignende gælder forholdet mellem de enkelte ministerier, hvor et samarbejde kan udspille sig i arbejdsgrupper, der som sådan er beskyttet mod offentlighed. Samspillet mellem ministeren og Folketingets medlemmer, som forhandlingsreglen gælder, har til dels sit eget rationale, men det har mindretallet allerede gjort op med i sin dissens<sup>12</sup>. Så det skal jeg ikke komme nærmere ind på her.

Ud over med en understregning af, at der altså er en sammenhæng mellem disse regler, som bæres af det samme grundhensyn til beskyttelsen af den politiske beslutningsproces. Og har man sagt A, må man normalt også sige B. Den ene regel (ministerbetjeningsreglen) trækker så at sige den anden regel (forhandlingsreglen) med sig.

Men dermed bliver der – samlet set – også tale om en kraftig opprioritering af hensynet til den politiske beslutningsproces. Til sammenligning varetages dette hensyn efter den nugældende lov kun i visse nærmere afgrænsede tilfælde, nemlig i forhold til hhv. lovgivningsarbejdet og regeringsarbejdet.<sup>13</sup>

Og hvis der i øvrigt ikke kan argumenteres sagligt for, at omstændighederne har ændret sig så meget, at en sådan opprioritering ligefrem fremstår som en tvingende nødvendighed, så er der lagt op til et principielt brud med offentlighedsprincippet, således som det hidtil har været gennemført i lovgivningen. Og et sådant brud kan næppe undgå at få konsekvenser for den demokratiske proces.

Sammenfattende kan der således – efter min opfattelse – rejses en berettiget kritik af lovforslaget på de omhandlede punkter. Men når det er sagt, må det understreges, at der ikke hermed nødvendigvis er givet svar på alle de spørgsmål, som en sådan kritik kan give anledning til at stille, herunder spørgsmålet om den nøjere afgrænsning af retten til aktindsigt i forhold til interne dokumenter.

---

<sup>11</sup> I betænkningen er der som nævnt redegjort for disse regler, men kommissionen har ikke herudover overvejet deres betydning i den her foreliggende sammenhæng.

<sup>12</sup> Betænkningen, side 614ff.

<sup>13</sup> Offentlighedslovens §§ 2, stk. 1, og 10, nr. 1 og 2.

## **Anbefaling**

*Ministerbetjeningsreglen i lovudkastets § 24 friholder eksterne myndigheders dokumenter fra offentlighed, i det omfang de har eller kan få betydning for ministerens stilling i sager af generel karakter, dvs. sager om lovgivning og anden politisk virksomhed (modsat konkrete myndighedssager).*

*Som sådan repræsenterer reglen et principielt brud med offentlighedsprincippet, således som dette princip hidtil har været forstået og praktiseret i lovgivningen, hvorefter dokumenter i endelig form, som afgives til udenforstående, er undergivet aktindsigt.*

*Den foreslåede regel udspringer af forestillinger om centraladministrationens organisation, som ikke har belæg i de undersøgelser, der henvises til. Ministerbetjening og -rådgivning sker således fortsat i langt de fleste tilfælde ved departementernes direkte mellemkomst.*

*I det omfang, der er brug for at inddrage underliggende styrelser eller sideordnede ministerier i de politiske beslutningsprocesser, kan dette ske gennem arbejdsgrupper el. lign., hvor sagerne – efter nugældende regler (jf. ombudsmandspraksis) – kan behandles i fuld fortrolighed.*

*Dermed kan det sikres, at embedsmændene får mulighed for at forberede de politiske beslutninger på en fri og formløs måde, uden at disse skal stå til regnskab for deres rent foreløbige overvejelser over for offentligheden, og uden at ministeren dermed risikerer at blive unddraget relevant rådgivning.*

*Dokumenter, som foreligger i endelig form, og som afgives af udenforstående myndigheder, arbejdsgrupper el. lign., bør derimod være undergivet fuld offentlighed herunder mht. såvel faktiske oplysninger som faglige vurderinger og indstillinger om løsningsmuligheder.*

*Uagtet, at ministerbetjeningsreglen er blevet foreslået af en enig kommission, er det således min anbefaling, at denne regel udtages af lovforslaget. Tilsvarende gælder de regler i §§ 27 og 29, 2. pkt., som udspringer af det samme hensyn til den politiske beslutningsproces.*

*For de rene undtagelsestilfælde, hvor forholdet mellem departement og styrelser reelt udgør en enhedsadministration, anbefales det endvidere, at der indsættes en bestemmelse i loven, som bemyndiger justitsministeren til at fravige lovens ordning i øvrigt.<sup>14</sup>*

---

<sup>14</sup> En sådan bestemmelse kunne formuleres i retning af, at ”Justitsministeren bemyndiges til at undtage brevveksling om politiske sager mellem et departement og underliggende styrelser, i det omfang sidstnævnte løbende deltager i direkte rådgivning af ministeren, dog kun for så vidt angår sager, hvor en sådan direkte rådgivning faktisk finder sted.”