

1. marts 2010

Til Justitsministeriet

Høringssvar vedr. betænkning om Offentlighedsloven

(betænkning nr. 1519/2009)

Undertegnede forskere og journalister, som er afhængige af eller arbejder med Offentlighedsloven, skal hermed afgive nogle kommentarer og betænkeligheder ved den afgivne betænkning samt det medfølgende lovudkast.

De følgende bemærkninger vil koncentrere sig om de væsentligste felter:

Indledning: Gråzoner

Af kommissoriet fremgik, ”at det overordnede sigte skulle være at udbygge lovens grundlæggende princip om åbenhed og demokratisk kontrol med den offentlige forvaltning og i den forbindelse tilpasse loven til nutidens forhold, herunder i relation til den udvikling, der har fundet sted med hensyn til statslige selskaber, udlicitering, digitalisering samt nye og ændrede samarbejdsstrukturer i forvaltningen”.

Og af lovudkastets glimrende forslag til paragraf 1. stk.2 peges på, at loven skal understøtte den demokratiske deltagelse. At det overordnede sigte med en moderne offentlighedslov er, at den skal bidrage til en informeret og deltagende (oplyst) offentlighed, må i vores øjne betyde, at offentlige anliggender i videst muligt og i øget omfang skal være omfattet af offentlighed i forvaltningen og aktindsigt. Loven bør således lægge op til, at der hos myndighederne indarbejdes en forvaltningskultur, hvor lovens rammer ikke lægger op til minimums-fortolkninger, men til maksimum-indsigt.

Det bør således ikke være sådan - som det er indtrykket ved praksis i fortolkning af den eksisterende lov - at en myndigheds *frivillige* afgivelse af oplysninger jf. reglerne om meroffentlighed (§4 stk.1), i praksis ikke eksisterer i kontroversielle sager. Praksis er i kontroversielle sager, at myndigheder kun umiddelbart udleverer dokumenter, når loven utvetydigt tvinger dem hertil, som fx Cavlingspris-vinderen Jesper Tynell - hvis journalistik er absolut afhængig af aktindsigt - har anført. Tynell har også påpeget, at det erfaringsmæssigt er sådan, at det er absolut minimalt, hvor meget ministerier tager den nuværende lovs §11 med bestemmelser om ekstrahering (og sletning i dokumenter) i anvendelse.

Indledningsvist skal derfor bemærkes, at det er det betænkeligt, at betænkningen ikke fastlægger enkle og klare principper og retningslinier, men med uklare begreber som ”*ministerbetjening*” og ”*uforholdsmæssig ressourceforbrug*” samt komplicerede regler og undtagelser **etablerer gråzoner til åben fortolkning**. Det er oplæg til årelange fortolkningstvister, der strider mod betænkningens udgangspunkt.

Lovudkastets åbenhedsambition og de konkrete lovudkast forekommer således modstridende, idet forslagene *ikke* tager det demokratiske udgangspunkt, at tvivlstilfælde om ret til aktindsigt skal dette komme ansøgeren til gode. Derimod kan nogle af bestemmelserne tværtimod føre til, at myndigheder kan bruge disse til (defensiv og automatisk) afvisning af aktindsigt i kontroversielle sager og at der generelt kan skabes en forvaltningskultur, som ikke fremmer åbenhed og aktindsigt *også* i kontroversielle sager.

Samtidig med at vi har forståelse for, at ministre og nogle myndigheder skal have et vist spillerum til at agere i fortrolighed, så er det vores fortolkning af lovudkastet, at denne ramme er blevet alt for bred.

Betænkningens grundpræmis: "Ændrede samarbejdsstrukturer i forvaltningen"

Af den første passus i ovennævnte kommissorium fremgår fortjenstfuldt at sigtet er at udbygge lovens grundlæggende princip om åbenhed og demokratisk kontrol. Denne hensigtserklæring kommer desværre i karambolage med den sidste passus i kommissoriet om at reflektere "*ændrede samarbejdsstrukturer i forvaltningen*".

Dette kan være en konsekvens af, at betænkningen overordnet lider af den voldsomme mangel, at **betænkningen faktisk slet ikke definerer, hvad man forstår ved demokrati, demokratisk deltagelse og demokratisk kontrol, samt hvad der er en hertil hørende hensigtsmæssig offentlighed i forvaltningen.**

En grundfigur i tankerne bag betænkningen bliver derfor en analyse af, at der er sket ændringer i den administrative struktur og i den politiske beslutningsproces, herunder navnlig den øgede deltagelse af styrelser og direktorater i ministerbetjeningen. Samtidig er der opstået et øget tværministerielt samarbejde om sager og beslutninger af politisk karakter, som har øget behovet for, at forvaltningsmyndigheder i fortrolighed kan udveksle dokumenter og oplysninger som led i (den politiske) ministerbetjening.

Denne grundfigur gøres til fundamentet for nogle af betænkningens væsentligste forslag. Forandringerne er utvivlsomt en korrekt iagttagelse, idet der kommet en voksende kompleksitet i beslutningsgang og -processer, og idet nogle embedsmænd i stigende grad er blevet engageret i en gråzone med 'politiserede' beslutningsforløb.

Som forskere og journalister **undrer vi os over, at betænkningen uden videre lægger denne præmis om embedsværkets nye roller til grund, uden at denne grundfigurs forenelighed eller uforenelighed med målsætningen om øget demokratisk deltagelse og kontrol diskuteres** (se fx afsn. 6.4.3.).

I praksis betyder det, at kommissionens forslag på nogle områder synes mere optaget af at beskytte politikernes og embedsmændenes lukkede beslutningsprocesser end at åbne denne op overfor offentligheden, som hermed begrænses / forhindres unødigt i at få indblik i og forståelse for beslutningsproces og myndighedsudøvelse.

Konkrete bemærkninger til lovudkastet

Til det konkrete lovudkast samt kommissionens betænkning skal anføres:

Ad §5. Paragraffen fastslår, at halvoftentlige institutioner m.fl. også skal være omfattet af loven, hvilket i sig selv er positivt, idet den eksisterende offentlighedslov fx ikke har givet offentligheden adgang til indsigt i store offentlige anlægsarbejder i det seneste tiår (Storebælt, Øresundsforbindelsen, Ørestanden).

Overliggeren for, hvem der skal være omfattet synes imidlertid at være sat for højt. Der anføres en 75 pct.s offentlig-ejerskabspræmis, hvor alle selskaber herover er omfattet. Men denne procentsats er arbitrær, og kunne ligesåvel hedde 25 pct.

Om udliciterede opgaver hedder det, at der skal bevilges aktindsigt, når et selskab har beføjelser til "at træffe afgørelser i det offentlige sted". Denne begrænsning bør ideelt set erstattes af fuld åbenhed, dvs. at enhver opgave der betales af offentlige midler bør være omfattet af loven.

Ad §9 stk.2, nr. 1. Det foreslås, at en myndighed kan undlade at behandle en begæring om aktindsigt, hvis behandlingen vil medføre "et uforholdsmæssigt ressourceforbrug". Kommissionen

forventer, at bestemmelsen kun sjældent vil blive taget i brug, men det er ikke desto mindre en betænkelig begrænsning, fordi den netop kan blokere for indsigt i store, men betydningsfulde sagskomplekser, og ikke mindst fordi den kunne blive en myndigheds bekvemme redskab til at hemmeligholde kontroversielle sagskomplekser.

Ovenstående begrænsning burde således ikke kunne tages i anvendelse i sager af væsentlig samfundsmæssig betydning eller af væsentlig betydning for den, som søger aktindsigten.

Ad §14 og §22. En generel undtagelse fra aktindsigt i kalendere som en del af ministres o.a. myndighedsudøvelse er meget betænkelig, idet kalendere er en del af disses forvaltning, som derfor naturligt burde være dokumenter omfattet af aktindsigt. Undtagelsen er tilsyneladende kun begrundet med, at ministre har oplevet ubekvemme sager, heraf også nogle med overtrædelser af gældende regler og normer, som er opstået efter at dagspressen har fået kalenderindsigt. Men det er på ingen måde en gyldig begrundelse for undtagelsen.

Vi kan således støtte kommissions-mindretallets dissens på dette punkt.

§ 23-25. Disse paragraffer skal ses i sammenhæng med ovenstående omtalte ”ændrede samarbejdsstrukturer i forvaltningen”:

Kommissionen foreslår i §23, at undtagelsen for interne dokumenter udvides, så den vil omfatte:

- 1) dokumenter, der ikke er afgivet til udenforstående,
- 2) dokumenter der udvekslet i forbindelse med ”ministerbetjening” m.fl.

Kommissionen foreslår i §24 tilmed en udvidelse så der ikke længere alene gælder undtagelse for dokumenter, der udarbejdes til brug for ministermøder og brevveksling mellem ministerier om lovgivning (nuværende §10, nr. 1-2). Fremover skal også undtages dokumenter, der modtages i et departement fra underordnede styrelser, andre ministerier eller tværministerielle embedsmandsgrupper til brug for betjening af ministeren.

Kommissionens forslag betyder i praksis, at den nuværende § stk.1. 1.punkt - §5 stk.1 om, at brevveksling mellem forskellige enheder under samme myndighed udgår og erstattes af regler, hvor myndigheder defineres bredere, så fx et ministerium og dets styrelser opfattes som en myndighed, der altså foretager ”intern sagsbehandling”, som ikke er omfattet af aktindsigt.

I praksis betyder det groft sagt en udvidelse af, hvad der i den eksisterende lov kaldes ”interne arbejdsdokumenter”.

Det er erfaringsmæssigt §4- §5, som har været (det væsentligste) redskab til at opnå aktindsigt i sager under den nugældende lov. Det kan derfor forekomme drastisk at fjerne denne. For bestemmelsen taler også, at den - med angivne undtagelser - er *enkel, objektiv og juridisk distinkt*, klar for såvel forvaltningsmyndigheden og for aktsindsigt-ansøgeren. Der skal derfor meget tungtvejende årsager til at slette denne paragraf.

Betænkningens henviser her til ovennævnte præmis om ”ændrede samarbejdsstrukturer i forvaltningen”, når der argumenteres for sletningen af §4 - §5 og når det konstateres, at ”tungtvejende grunde” derfor taler for undtagelse af aktindsigt i ”forskellige myndigheders rådgivning inden for samme ministerområde” i forbindelse med (den politiske) ministerbetjening (s.594).

Undtagelsen for ministerbetjening kan angiveligt ikke bruges i sager, hvor der træffes konkret afgørelse eller indgås kontrakt. Den kan angiveligt heller ikke bruges for dokumenter, der udveksles i forbindelse med et ministeriums udførelse af kontrol og tilsyn (§24 stk.2). Dette er imidlertid ikke en åbning, som gør paragraffen klarere; tværtimod er risikoen, at der opstår en definatorisk gråzone, som vil blive genstand for stadige fortolkningstvister.

Vi har flere indsigelser hvad angår § 23-25:

- A. Begrundelsen for at ministerier har omstruktureret og uddelegeret til fx styrelser har bl.a. været, at egentlige kontrol og styringsopgaver skulle på afstand af ministeren. Samtidig er begrundelsen, at her kan en sektor samle ekspertise på bestemte områder til gavn for sektoren. Det forekommer modsætningsfyldt, at sager flyttes ud i styrelser m.m. for at komme på armslængde af ministeren, samtidig med at der insisteres på, at der ingen armslængde er. Det forekommer derfor besynderligt, at denne ekspertise – som altså er de fremmeste eksperter på områderne – nu også skal deltage i lovforberedelse, policyudvikling og politisk-taktisk rådgivning af ministeren i en grad, som skal retfærdiggøre, **at** offentligheden skal forment adgang til embedsmænds sagkundskab, mens beslutningsgrundlaget udarbejdes. Det skal bemærkes, at de samme embedsmænd i styrelser m.m. hermed også låses i roller, således at offentligheden ikke kan gøre brug af deres højeste ekspertise.

- B. Det forudses, at undtagelsesparagraffen vil blive anledning til løbende fortolkningstvister. Der er risiko for, at begrebet ”ministerbetjening” i §24 stk.1 anvendes til at rubricere kontroversielle eller væsentlige sager. Der vil være en gråzone, hvor en myndighed kan anvende en sådan rubricering til at afvise aktindsigt, når en styrelses udøvelse af ”kontrol og tilsyn” er blevet genstand for politiske kontroverser.

- C. Konsekvensen af lovudkastets par. 24. stk.1, nr. 1 er, at underordnede myndigheders udtalelser eller notater til brug for et ministersvar vil kunne undtages fra retten til aktindsigt. Det betyder i praksis, at offentligheden ikke vil kunne få aktindsigt i, hvad de fremmeste eksperter på et felt vurderer, og offentligheden vil således ikke kunne få indblik i, hvilke forskellige alternativer / muligheder, som ministeren er præsenteret for i en politisk/faglig rådgivning, og det er uforståeligt, at et angiveligt uafhængigt embedsmandskorps’ forarbejde ikke kan tåle offentlig indsigt.

- D. Idet offentlighedens indsigt i embedsmændenes forvaltning og rådgivning begrænses og dermed ikke kan kontrolleres, er det tilmed en risiko, at **sagligheden eroderer**, dvs. at de politiserede aspekter dominerer. Embedsmændene vil i højere grad kunne underlægge sig ”selvcensur” og vil således ikke have den saglige motivation i tjenesten, som hvis deres saglige forvaltning og rådgivning efter bedste overbevisning kunne være deres ”livsforsikring”.

I forlængelse af samme argumentation vil ”whistleblowere” - om egentlige ulovligheder hos myndigheden – have opfattelsen af at have dårligere ”retssikkerhed”, og dermed ikke være motiveret til at fremkomme med deres inside-oplysninger.

(Denne problematik hænger også sammen med §29).

- E. Betænkningens forsøg på at definere ministerbetjeningen som ”en sammenhæng og på et tidspunkt, hvor ministeren ...” er en meget elastisk ramme, som vil etablere en tilsvarende gråzone.

- F. Betænkningen indrømmer i øvrigt ufrivilligt rummeligheden i det, som kan defineres som ministerbetjening: ”Det er således ikke et krav, at det interne dokument er udarbejdet med henblik på ministerbetjening ...” (s.637)

Der argumenteres med hensynet til den interne og politisk beslutningsproces. Men definitionen af, hvornår rådgivningen er ”ministerbestilt” forekommer elastisk og ikke operativ, når der definatorisk tales om, at ved vurdering af aktindsigt skal der lægges vægt på om at ministeren i en konkret sammenhæng ”erfaringsmæssigt får brug for embedsværkets bistand” eller at ”det i øvrigt ud fra sagens mere eller mindre politiske karakter må forventes, at ministeren får brug herfor” (se 6.4.4.4.2).

Det er således suverænt myndigheden selv, som skønsmæssigt kan rubricere notater eller redegørelser til departementet som *forventet* ”ministerbetjening”, hvilket i praksis kan udeholde alle kontroversielle dokumenter fra aktindsigt. Og det er ikke hensigtsmæssig at lave lovgivning, hvor offentlighedens og borgernes rettigheder er op til en myndigheds gode vilje.

Samlet set betyder **fjernelsen af de eksisterende lovs §4- §5 samt indførelsen af udvidet ”ministerbetjening”, at det overordnede formål med loven - at udbygge lovens grundlæggende princip om åbenhed og demokratisk kontrol med den offentlige forvaltning – eroderer**, når hensigten pludselig bliver, at embedsmænds ”*fri og formløse måde at foretage deres overvejelser på*” skal beskyttes mod offentlig indsigt (s.598-599). Man skal i øvrigt bemærke, at betænkningen *ikke* anfører eksempler på, hvordan den nuværende aktindsigtslov begrænser embedsmændenes frie udfoldelser.

Det er meget vidtrækkende og demokratisk betænkeligt at foretage en sådan indskrænkning af offentlig indsigt. Vi skal derfor anbefale, at den nuværende lovs formuleringer fra §4 -§5 bevares, idet vi mener, at den nuværende §2 dækker hensynet til ministeren.

Vi har forståelse for, at ministre har behov for ministerbetjening og politisk sparring ”*i den inderste politiske beslutningsproces*” (jf. 6.5.2.6), men denne bør ikke udformes, så aktindsigt umuliggøres i det totale embedsmandskorps. I stedet burde denne formuleres så den gælder topembedsmænd, evt. med inspiration i retningslinierne for særlige rådgivere (spindoktor-reglerne).

§27, nr.2. Der foreslås undtagelse af dokumenter, der udarbejdes og udveksles mellem ministre og folketingsmedlemmer, dvs. angiveligt dokumenter i forbindelse med politiske forhandlinger og aftaler om kommende lovgivning og om andre politiske projekter.

I praksis vil dette have den konsekvens, at al dokumentation vedr. lovforslag og andre politiske projekter – en meget bred ramme – kan mørkelægges, indtil ministre og ordførere har færdigforhandlet og i realiteten har lagt præmisserne for vedtagelse fast som lovforslag, uden at offentligheden har kunnet vurdere og diskutere indholdet.

Man kan forudse og frygte, at der med lovudkastets forslag vil

- a) bidrages til øget lukkethed om Folketingets arbejde – og netop offentlighed om parlamentarisk arbejde er essentielt i vestlig demokratiforståelse. Man kunne hellere – som i bl.a. Sverige – gå den anden vej og supplere parlamentarisk mødeoffentlighed med dokumentoffentlighed.
- b) ske en yderligere forrykkelse af balancen mellem regeringspartier og opposition, således at oppositionen får vanskeligere ved at udøve den demokratiske kontrol, som er helt central i ethvert parlaments arbejde. dette
- c) blive vanskeligere for embedsfolk at sige fra overfor at skulle betjene folketingsmedlemmer.

Samlet kan befrygtes, at forslaget bidrager til at slette skellet mellem lovgivende (fx hvad angår folketingsmedlemmer fra regeringspartierne) og den udøvende magt.

På dette punkt bliver betækningsflertallets mangelfulde overvejelser over den principielle magt- og demokrati-delning og demokrati-teoretiske overvejelser iøjnefaldende og beklagelige.

Vi kan således støtte kommissions-.mindretallets dissens på dette punkt.

§29. Begrænsning af ret til aktindsigt udvides til ikke bare at omfatte interne faglige vurderinger indtil et lovforslag er fremsat, men fortsat undtagelse herefter i faglige præmisser, når disse er fremlagt som ministerrådgivning.

Det præciseres, at retten til aktindsigt ikke er begrænset til ”faktuelle oplysninger”, men også gælder oplysninger, som taler imod beslutningen samt oplysninger om metoder og forudsætninger, der er anvendt ved beregninger og analyser.

Det kan imidlertid være en (værdiløs) utilstrækkelig præcisering, alt imens det afgørende er, hvad der bestemmes som ”ministerrådgivning”, jf. §24 I praksis kan forslaget medføre, at myndigheder kan undlade aktindsigt i faglige vurderinger i vigtige og kontroversielle sager, hvilket fra en demokratisk synspunkt er utilfredstillende, dels fordi beslutningsgrundlaget hermed er uklart, dels fordi den manglende indsigt i embedsmænds faglige rådgivning kan erodere den saglighed, som er en grundsten i den danske forvaltningsmodel.

Vi kan således støtte kommissions-mindretallets dissens på dette punkt.

Endeligt skal anføres ad. tidsgrænser, at betænkningen fremfører, at den nuværende 10-kalenderdage til en 7-arbejdsdages frist forekommer som en lille symbolsk forbedring, alt imens det væsentligste problem er, at 10-dages fristen i praksis ofte fraviges eller overskrides, uden at det har konsekvenser for myndigheden.

Det er positivt, at der indføres et toinstans-princip i klagesager (så klager over styrelsers afgørelser ikke først skal afgøres af styrelsen selv).

Vi ser dog gerne, at der indførtes egentlige sanktioner, hvis en myndighed ikke overholder tidsfrister.

1.marts 2010

Underskrevet

Professor Tim Knudsen, Statskundskab, KU

Lektor Tage Bild, Statskundskab, KU

Professor Henning Jørgensen, Inst. for Økonomi, Politik & Forvaltning, Aalborg Universitet

Centerleder og lektor Claus Emmeche, Niels Bohr Institutet, KU.

Redaktør Mogens Tanggaard, Magisterbladet

Redaktør Richard Bisgaard, Universitetsavisen

Journalist og forfatter Kjeld Hansen

Redaktionsleder Jørgen Øllgaard, FORSKERforum

Kontaktperson:
Jørgen Øllgaard,
DM-DJØFs FORSKERforum
Nimbusparken 16
2000 F.

Tel. 2033.4533

