

19. august 2015

Til medlemmer af Folketingets Finansudvalg

Retsregler og retspraksis om offentlighed og tavshedspligt med relevans for salget af DONG-aktier

Ifølge oplysninger i pressen har finansminister Claus Hjort Frederiksen meddelt, at medlemmer Folketingets Finansudvalg kan få indsigt i den endelige aftale, der blev indgået med Goldman Sachs om køb af DONG-aktier, og samtlige bud, der blev givet på aktiekøb.

Samtidigt fastholder Finansministeriet, at offentligheden ikke må få noget at vide. Ministeriets argument for hemmeligholdelse er hensynet til fremtidige investorers sikkerhed for, at deres bud behandles fortroligt. Ministeriet mener, at offentlighed vil betyde, at investorer vil afstå fra at give tilbud, og at staten derfor vil tabe ved fremtidige salg. Lignende argumentation bruges ofte af myndigheder i Danmark til at hemmeligholde tilbud, der bliver givet ved udbud af offentlige opgaver.

I 1990 udsendte Finansministeren en bekendtgørelse, hvorefter "sager og dokumenter vedrørende privatisering og salg af statslige aktiver i forbindelse hermed" blev generelt undtaget fra offentlighedsloven (bekendtgørelse 1990.644). Folketingets Ombudsmand fastslog i 1991, at Finansministeriet ikke kunne fastsætte generelle undtagelser fra offentlighedsloven, og bekendtgørelsen blev ændret (bekendtgørelse 1991.644).

I 1993 udsendte finansministeren en bekendtgørelse, der generelt undtog statslige indkøbsaftaler fra offentlighedsloven (bekendtgørelse 1993.4). Bekendtgørelsen omfattede alle former for aftaler mellem offentlige myndigheder og private virksomheder om køb af varer og tjenesteydelser. Indenrigsministeren fulgte trop i 1999 med en tilsvarende undtagelse for kommunale indkøbsaftaler (bekendtgørelse 1999.32). Disse bekendtgørelser var også klart ulovlige og blev ophævet i 2002 efter opfordring fra ombudsmanden (bekendtgørelserne 2002.331 og 2002.336 om ophævelse af bekendtgørelser om undtagelse af indkøbsaftaler fra aktindsigt efter lov om offentlighed i forvaltningen).

Offentlighedsloven giver ikke grundlag for generelle undtagelser for offentlige myndigheders sager om køb og salg. Offentlighedslovens § 30, nr. 2 giver grundlag for konkrete undtagelser for oplysninger om "tekniske indretninger eller fremgangsmåder eller om drifts- eller forretningsforhold el. lign., for så vidt det er af væsentlig økonomisk betydning for den person eller virksomhed, oplysningerne angår". Offentlighedsloven § 33, nr. 3 giver mulighed for at begrænse retten til aktindsigt, "i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af væsentlige hensyn" til "det offentliges økonomiske interesser". Hvis hensyn, der kan begrunde undtagelser, gælder for en del af et dokument, skal der gives aktindsigt i det øvrige indhold (§ 34). De nævnte regler svarer til tilsvarende regler i tidligere offentlighedslove, og ældre retspraksis er derfor relevant.

Oplysninger kan kun hemmeligholdes, når der konkret vurderet er nærliggende risiko for, at offentlighed vil føre til væsentlige økonomiske tab for offentlige interesser eller for virksomheder.

Den konkrete vurdering afhænger både af oplysningernes karakter og af tidspunktet. Folketingets Ombudsmand har f.eks. kritiseret, at et direktorat afslog aktindsigt med henvisning til beskyttelse af private forretningsinteresser uden at redegøre for "hvilke og hvor omfattende økonomiske tab der er tale om, herunder på hvilken måde aktindsigten ville kunne påføre tab" (FOB 2001.281).

Ifølge Offentlighedskommissionens betænkning kan oplysninger undtages af hensyn til offentlige interesser "i forbindelse med det offentliges kontraktindgåelse, herunder med hensyn til afgivne tilbud, køb og salg af fast ejendom mv. Aktindsigt i forbindelse med kontraktindgåelse må antages at kunne nægtes, hvis en imødekommelse af en aktindsigtsbegæring vil afskære det offentlige fra at optræde som ligestillet part i det pågældende kontraktforhold. Om dette hensyn gør sig gældende i det enkelte tilfælde, vil i praksis ofte bero på, om begæringen fremsættes forud for kontraktindgåelsen, eller efter at kontrakten er afsluttet" (betænkning 1510.2009 side 678 - 681).

Offentlighedskommissionens betænkning henviser til en række udtalelser fra Folketingets Ombudsmand: 1) I en sag om forpagtning af restaurationsvirksomhed i Københavns Lufthavns terminalområde, udtalte ombudsmanden, at der ikke var grundlag for at hemmeligholde oplysninger om størrelsen på tilbud fra de fem højest bydende virksomheder. Ombudsmanden udtalte endvidere, at Ministeriet for Offentlige Arbejder ikke kunne afslå aktindsigt med henvisninger til skadesvirkninger for et fornyet udbud af forpagtningen, da der på tidspunktet for afslag ikke var taget stilling til, om forpagtningen skulle genudbydes i licitation (FOB 1979.294). 2) En anden sag vedrørte aktindsigt i tilbud mv. fra private virksomheder til Rigshospitalet om vedligeholdelse af udendørsarealer. Ombudsmanden fastslog, at Rigshospitalet ikke kunne begrunde afslag på aktindsigt med en beslutning om, at kontrakter med og tilbud fra private virksomheder ikke skulle offentliggøres (FOB 1990.276). 3) En tredje sag om aktindsigt i tilbudsmateriale vedrørte reparationer af DSB's færges. Ombudsmanden fastslog, at en generelt formuleret henvisning til DSB's stilling i forbindelse med senere, lignende kontraktindgåelser, ikke opfyldte kravet om konkretisering (FOB 1990.288).

På baggrund af retsreglerne og retspraksis er det vanskeligt at begrunde en nærliggende risiko for væsentlige økonomiske tab ved offentlighed om størrelsen af beløb ved tilbud og aftale om aktiehandel, når aftalen er indgået. Det forekommer ikke sandsynligt, at offentlighed om beløb, der er tilbudt ved salget af DONG-aktier, og den endelige aftale skulle afholde virksomheder fra fremover at give seriøse tilbud på køb og salg, der giver mulighed for gevinst.

Det kan endvidere have betydning, at DONG er en stor aktør i det danske energisystem. Hvis vilkår for aktiehandelen f.eks. vetorettigheder kan påvirke fremtidige energiinvesteringer, skal aktindsigt afgøres efter miljøoplysningsloven. Denne lov bygger på Aarhuskonventionen og et EU-direktiv, der lægger særlig vægt på offentlighed.

Tavshedspligt sætter grænser for ytringsfriheden og bygger ligesom retten til aktindsigt på lovregler. Tavshedspligten for at beskytte økonomiske interesser svarer til offentlighedslovens undtagelser jf. forvaltningsloven § 27, stk. 1, nr. 2 og stk. 4, nr. 3. Tavshedspligten afhænger således af de samme konkrete vurderinger som undtagelser fra aktindsigt. Tavshedspligten kan ikke udvides ved en aftale eller ved et pålæg fra en myndighed jf. forvaltningsloven § 27, stk. 5. Finansministeriet kan således ikke lovligt udvide tavshedspligten f.eks. ved aftale med tilbudsgivere eller ved pålæg til folketingsmedlemmer.

Andre nordiske lande har som udgangspunkt offentlighed om tilbud (Oluf Jørgensen: *Offentlighed i Norden*, Nordicom 2014, Göteborgs Universitet. Denne publikation og andet materiale er tilgængeligt via www.dmjx.dk/offentlighed-i-norden). I Norge gælder offentlighed om tilbud, når leverandøren er valgt og i Finland, når kontrakten er indgået. Sverige har offentlighed fra det tidspunkt tilbuddene bliver åbnet hos myndigheden, ligesom ved bygge- og anlægsopgaver i Danmark indtil 2001.

På den ene side er det vigtigt at beskytte oplysninger, når der reelt er nærliggende grunde til at regne med væsentlige økonomiske skader ved offentlighed. På den anden side er offentlighed afgørende for demokratisk kontrol, og derfor er det vigtigt, at grænsen mellem hemmeligholdelse og offentlighed bliver sat med omtanke. Offentlighed giver incitament til fair konkurrence mellem tilbudsgivere og til større grundighed hos myndigheder, der indgår aftaler. Et af offentlighedsreglernes vigtige formål er at styrke tilliden til, at offentlige myndigheder og politikere træffer saglige beslutninger.

Venlig hilsen

Oluf Jørgensen, offentlighedsrådgiver,
forskningschef emeritus, Danmarks Medie- og Journalisthøjskole,
medlem af Offentlighedskommissionen 2002 – 2009.