

Innsyn i korrespondanse i forbindelse med henvendelse fra ESA

20.12.2024 (2023/2629)

Saken gjelder et krav om innsyn hos Kommunal- og distriktsdepartementet i dokumenter knyttet til en klagesak hos ESA. Departementet unntok blant annet to dokumenter fra henholdsvis KLP og KS offentlighet med grunnlag i offentleglova §§ 15 andre ledd og 12 bokstav c.

Sivilombudet er kommet til at det er begrunnet tvil om departementet har lagt til grunn en riktig forståelse av offentleglova § 15 andre ledd, da departementet har unntatt deler av dokumentene som fremstår som generelle gjennomganger av jus eller faktum. Ombudet mener også det er tvil om dokumentene i sin helhet kan unntas etter offentleglova § 12 bokstav c. Ombudet ber derfor departementet om å behandle saken på nytt.

Sakens bakgrunn

- (1) I brev 11. april 2023 ba advokat A på vegne av B om innsyn hos Kommunal- og distriktsdepartementet i dokumenter knyttet til departementets behandling av to henvendelser fra EFTAs overvåkningsorgan, ESA. Innsynskravet omfattet korrespondanse mellom departementet og blant andre Kommunal Landspensjonskasse gjensidig forsikringsselskap (KLP) og Kommunesektorens Organisasjon (KS).
- (2) Kommunal- og distriktsdepartementet ga klageren innsyn i flere av de etterspurte dokumentene. Etter departementets behandling av saken i avgjørelser 17. april og 24. mai 2023, gjenstod det imidlertid ni dokumenter som departementet helt eller delvis unntok offentlighet.
- (3) I brev 7. juni 2023 klaget advokat A saken inn for Sivilombudet. I klagen var det blant annet anført at departementet har unntatt opplysninger som ikke er «råd om og vurderingar» og som ikke er «påkravd av omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka», og at offentleglova § 15 var brutt. Klageren anførte også at departementet ikke har hjemmel for

å unnta dokumentene sin helhet etter offentleglova § 12 og at departementets meroffentlighetsvurdering ikke var basert på en riktig avveining av de kryssende hensynene, jf. § 11.

(4) Etter en gjennomgang av klagen og dokumentene det var krevd innsyn besluttet ombudet å undersøke deler av saken nærmere med Kommunal- og distriktsdepartementet.

Våre undersøkelser

(5) I undersøkelsesbrev herfra 16. august 2023 stilte vi Kommunal- og distriktsdepartementet spørsmål om tre av dokumentene som var unntatt etter offentleglova § 15 første og andre ledd (departementets sak 22/6706 dokument 8, 12 og 44 vedlegg 1). Vi spurte blant annet om hvilke deler av dokument 12 og 44 vedlegg 1 departementet mente inneholder råd og vurderinger som kan unntas etter offentleglova § 15 andre ledd, og om deler av dokumentene inneholder generelle redegjørelser for juss eller faktiske forhold, som ikke kan unntas etter bestemmelsen. Vi ba departementet særlig vurdere hvorvidt unntaksadgangen gjør seg gjeldene for dokumentet 12 punkt 2.1, 3.1, 3.2 og 4 og dokument 44 vedlegg 1 punkt 1, 2 og 4.

(6) Departementet svarte på undersøkelsen i brev 29. august 2023. I brevet skrev departementet at det etter en ny vurdering var besluttet å gi fullt innsyn i sak 22/6706 dokument 8. Når det gjelder dokument 12 og 44 vedlegg 1, skrev departementet at dokumentene i all hovedsak inneholder råd og vurderinger fra KS og KLP om hvordan norske myndigheter bør stille seg i sakene som er klaget inn for ESA. Departementet skrev at KS og KLPs redegjørelser for juridiske og faktiske forhold er tett sammenflettet med rådene og vurderingene om hvordan norske myndigheter bør stille seg i sakene. Departementet viste videre til at hva KS og KLP har rådet norske myndigheter til å trekke fram i svarbrevene til ESA, og hva norske myndigheter faktisk har trukket fram i brevene, vil kunne si noe om departementets interne vurderinger av hva som er relevant og prosedabelt på dette stadiet i prosessen. Departementet foretok også en ny merinnsynsvurdering, men kom, med unntak av dokument 8, ikke til et annet resultat.

(7) I brev 8. september 2023 kommenterte klageren departementets svar på undersøkelsen.

(8) I brev herfra 12. oktober 2023 oversendte vi klagerens merknader til departementet. I tillegg spurte vi om departementet mente opplysninger i dokumentene fra KS og KLP som isolert sett kan være å regne som generelle redegjørelser kan få karakter av å være råd eller vurderinger etter offentleglova § 15 andre ledd som følge av hva departementet har trukket frem i sitt svarbrev til ESA.

(9) I brev 2. november 2023 skrev departementet at opplysninger i dokumentene, som isolert sett kan være å regne som generelle redegjørelser, kan få karakter av å være råd og vurderinger når de står i sammenheng med og inngår i slike råd. Departementet skrev at dokumentene inneholder redegjørelser for juridiske og faktiske forhold, men at disse redegjørelsene må anses som en del av de rådene og vurderingene departementet har innhentet. Departementet viste til at når det for eksempel redegjøres for innholdet i en dom eller for utdrag fra juridisk teori, skjer dette i relasjon til de særlige spørsmål som reises i saken og hvilke syn norske myndigheter skal

ha overfor ESA. Departementet mente redegjørelser for faktiske og juridiske forhold fra KS, herunder hvordan KS omtaler ulike forhold og rettskilder, kan blant annet si noe om hva KS mener er det rettslige handlingsrommet, og hva KS mener er holdbare argumenter knyttet til et gitt spørsmål.

(10) I brev 9. november 2023 kommenterte klageren departementets siste svar. Klagerens merknader ble oversendt departementet i brev 21. november 2023.

Sivilombudets syn på saken

(11) Saken gjelder Kommunal- og distriktsdepartementets vurderinger av om to dokumenter i sin helhet kan unntas offentlighet etter offentleglova §§ 15 andre ledd og § 12 bokstav c. Dokumentene er innhentet fra henholdsvis KS og KLP i forbindelse med en klagesak hos ESA (departementets saksnummer 22/6706 dokument 12 og 44 vedlegg 1).

(12) Det følger av offentleglova § 15 andre ledd at det kan gjøres unntak for «delar av dokument som inneheld råd om og vurderingar av korleis eit organ bør stille seg i ei sak, og som organet har innhenta til bruk for den interne saksførebuinga si, når det er påkravd av omsyn til ei forsvarleg ivaretaking av det offentlege sine interesser i saka».

(13) Det sentrale ved unntaket er at det saksforberedende organet kan ha behov for fortrolige råd eller konsultasjoner med utenforstående for å kunne gjennomføre en forsvarlig forberedelse av saken, jf. NOU 2003:30 side 126. Det fremgår av Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) side 135 at det ikke vil være anledning til å gjøre unntak for opplysninger «som ikkje har karakter av råd og vurderingar av korleis organet bør stille seg». Dette innebærer at det som hovedregel ikke vil være anledning til å unnta de delene av et dokument «som berre inneheld generelle premissar som skal inngå i avgjerdsgrunnlaget til mottakaren, f.eks. generelle utgreiingar av faktiske tilhøve eller av rettsspørsmål». Dersom slike generelle redegjørelser er sammenvevd med råd og vurderinger av hvordan organet bør stille seg, vil det likevel være adgang til å gjøre unntak. Det kan f.eks. gjelde rettslige utredninger og råd.

(14) Det fremgår videre av forarbeidene at vilkåret om at unntak må være påkrevd, er et nokså strengt vilkår. Dette innebærer at det må være en noenlunde reell fare for at innsyn vil føre til skade av et visst omfang på de interessene bestemmelsen skal verne om. Om skadevilkåret er oppfylt, vil også kunne stille seg ulikt ettersom tiden går. Når det gjelder hvilke interesser bestemmelsen er ment å verne om, skriver Bernt/Hove, *Offentleglova – med kommentarer* (2009) på side 152 at det må dreie seg om legitime offentlige interesser, ikke for eksempel et ønske om å skjule feil, ivareta særinteresser eller beskytte forvaltningen mot kritikk.

(15) Departementet har lagt til grunn at store deler av dokumentene er råd og vurderinger fra KLP og KS om hvordan departementet skal stille seg i sakene med ESA. Slik ombudet forstår departementet, er departementet likevel enig i at deler av dokumentene inneholder enkelte generelle fremstillinger av jus og faktum. Departementet har ikke redegjort mer spesifikt for hvilke deler av dokumentene departementet mener inneholder råd og hvilke som inneholder

generelle premisser. Departementet har imidlertid gjort gjeldene at de generelle premissene uansett i stor grad er sammenvevd med de rådene som er gitt.

(16) Hvorvidt fremstillinger av jus eller faktum utgjør generelle premisser eller er råd/vurderinger som kan unntas etter offentleglova § 15 andre ledd, vil bero på en konkret vurdering, hvor det sentrale er det offentliges behov for å innhente strategiske råd i en sak. I kjernen ligger «råd og vurderingar av kva handlingsalternativ organet bør velje i ein gitt situasjon, kva avgjerd det bør treffe o.l., medrekna vurderingar av kva konsekvensar som vil materialisere seg ved ulike handlingsalternativ», jf. Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) side 135. På den andre side vil redegjørelser eller vurderinger av hvilket faktum som skal legges til grunn, eller innholdet av de rettsregler som skal anvendes, typisk falle utenfor bestemmelsens virkeområde, se Kristian Brandt mfl., *Offentleglova. Lovkommentar* (2018) side 254.

(17) Etter ombudets syn, bærer større deler av begge dokumentene preg av å være generelle gjennomganger av juridiske utgangspunkter og beskrivelser av faktiske forhold uten at disse delene av redegjørelsene samtidig direkte eller indirekte gir uttrykk for råd og vurderinger. Ombudet er videre ikke enig med departementet i at disse i hovedsak er sammenblandet med KS og KLPs vurderinger av de konkrete sakene. Ombudet viser til at de generelle utgangspunktene og de konkrete vurderingene i stor grad er skilt fra hverandre under ulike overskrifter. For eksempel virker særlig gjennomgangene i dokumentet 12 punkt 2.1, 3.1, 3.2 og dokument 44 vedlegg 1 punkt 1 og 2 i liten grad å inneholde vurderinger av de konkrete sakene. I brevet fra KS er det også eksplisitt uttalt flere steder at KS ikke har grunnlag for å gjøre konkrete vurderinger.

(18) Slik ombudet forstår departementet, mener departementet også at hvilke deler av faktum og hvilke juridiske utgangspunkter KS og KLP har trukket frem i seg selv sier noe om hvilken argumentasjon som er prosedabel eller bør gjøres gjeldene overfor ESA. Argumentasjonen synes å bygge på at man enten indirekte eller ved en antitetisk lesing av dokumentene kan innfortolke råd om langs hvilke linjer KS og KLP mener departementet bør, eller ikke bør, argumentere.

(19) Ombudet følger ikke departementet her. Kun det at deler av faktum eller enkelte juridiske utgangspunkter er trukket frem, mens andre ikke er omtalt, vil etter ombudets syn normalt ikke være tilstrekkelig til at en fremstilling av generelle utgangspunkter får karakter av å være råd eller vurderinger etter offentleglova § 15 andre ledd. Det må i så fall påvises særskilt. Generelt kan det være flere ulike grunner til at et dokument ikke omtaler alle sidene av den saken det omhandler. Videre er det vanskelig å se at beskrivelsene av de faktiske forholdene eller redegjørelsene for rettskildene i seg selv sier noe om hvordan departementet skal forholde seg til disse. Ombudet vil anta at det generelt kreves nokså klare holdepunkter for å legge til grunn at et dokument inneholder råd eller vurderinger ut over det som fremgår av teksten, og det er vanskelig å se at det foreligger slike holdepunkter her.

(20) På bakgrunn av dette synes departementet å ha lagt til grunn at større deler av dokumentene utgjør råd og vurderinger som kan unntas etter offentleglova § 15 andre ledd enn det er rettslig grunnlag for. Departementet har ikke i tilstrekkelig grad redegjort for hvorfor innsyn i de generelle premissene vil utgjøre en fare for skade på interne avgjørelsesprosesser. Ombudet

mener derfor det er begrunnet tvil om departementet har lagt til grunn en riktig forståelse av bestemmelsen. Som en følge av dette mener ombudet også det er tvil om opplysningene som kan unntas utgjør den vesentligste delen av dokumentene, slik at det er grunnlag for å unnta dokumentene i sin helhet etter offentleglova § 12 bokstav c.

(21) Ombudet ber derfor departementet behandle saken på nytt i tråd med det som fremgår over. Ombudet finner ikke grunn til å kommentere departementenes merinnsynsvurderinger etter offentleglova § 11 nærmere her.

Konklusjon

(22) Sivilombudet er kommet til at det er begrunnet tvil om departementet har lagt til grunn en riktig forståelse av offentleglova § 15 andre ledd, da departementet har unntatt deler av dokumentene som fremstår som generelle gjennomganger av jus eller faktum. Ombudet mener også det er tvil om dokumentene i sin helhet kan unntas etter offentleglova § 12 bokstav c.

(23) På denne bakgrunn ber ombudet om at Kommunal- og distriktsdepartementet vurderer innsynskravet på nytt for de to dokumentene. Ombudet ber om å bli orientert om den nye vurderingen.

20.12.2024 (2023/2629)