



NHO

NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
CONFEDERATION OF NORWEGIAN BUSINESS AND INDUSTRY

Vår dato/Our date
14.05.2004
Deres dato/Your date
27.10.2003

Vår referanse/Our reference
2003/002918 EØ
Deres referanse/Your reference
200309615 EO

Justisdepartementet
Postboks 8005, Dep.
0030 OSLO

Høringsvar - NOU 2003:30 Ny offentlighetslov

Vi viser til departementets høringsbrev om ovenstående. Nedenfor følger NHOs kommentarer og innvendinger til det fremlagte lovutkastet. NHOs synspunkter gjelder i hovedsak:

- Behov for fortsatt oppmerksomhet omkring bedriftens behov for taushet omkring forretningshemmeligheter
- Foreslått utvidelse av virkeområdet for offentlighetsloven til private og konkurrerende virksomheter.
- Praktisk utøvelse av innsynsrett.

Generelt om behovet for beskyttelse av forretningshemmeligheter og andre taushetspliktbelagte opplysninger

Det er av stor betydning for næringsdrivende at bedriftshemmeligheter som blir gjort kjent for offentlige myndigheter, undergis nødvendig konfidensialitet. Eksempler på dette kan være informasjonsmetoder, produkttegenskaper, markedstiltak og relasjoner til eksisterende eller potensielle kunder. For private virksomheter vil informasjon om hva konkurrentene foretar seg og planlegger være av stor betydning. Det offentlige som kilde til kunnskap om andre markedsaktører blir benyttet i mange sammenhenger. Næringslivet har også behov for konfidensialitet ut over de rent markedsmessige og økonomiske forhold så som informasjon om fysiske og administrative sikringstiltak mot innbrudd, sabotasje osv.

I utgangspunktet har næringslivet derfor et betydelig konfidensialitetsbehov i tilknytning til opplysninger om egen bedrift. Dette gjelder uavhengig av om opplysningene kreves oppgitt ved et offentlig pålegg, frivillig fremleggelse i forbindelse med søknader, anbud osv eller avtaleinngåelser. Disse hensyn ivaretas gjennom taushetsbestemmelser i forvaltningsloven og særlover.

Praksis viser imidlertid at offentlige ansatte kan mangle forståelse for hvilke opplysninger som er av konkurransemessig betydning. I forlengelsen av dette kan det mangle interne rutiner for å sikre at forretningshemmeligheter blir identifisert og beskyttet. For eksempel viser det seg at offentlige organer tillater innsyn i interne dokumenter de har mottatt fra bedrifter selv om dokumentene er tydelig merket som konfidensielle.

Offentlige myndigheters ivaretagelse av bedriftenes legitime beskyttelsesbehov er derfor et problem for næringslivet, og ny offentlighetslov bør bidra til å redusere problemene, ikke øke dem. Utviklingen av IKT-tjenester gir konkurrenter også utenfor landets grenser enkel tilgang til informasjon som finnes hos det offentlige. En hensiktsmessig lovbeskyttelse av bedriftshemmeligheter – og en tilfredsstillende etterlevelse av denne – er nødvendig for norsk næringsliv i internasjonal konkurranse.

Taushetspliktbestemmelsen

Utkastet synes ikke å foreslå noen materielle endringer i den rettslige situasjonen, med unntak av den foreslåtte utvidelsen av virkeområdet til private parter (se nedenfor). Slik vi forstår utkastet, vil konfidensialiteten til opplysninger som beskyttes av taushetsplikten i forvaltningsloven og særlover, fortsatt ivaretas ved at *offentlighetsprinsippet viker* for slik taushetsplikt.

NHO mener imidlertid at det er stor fare for at den redaksjonelle utformingen kan lede til misforståelser om hvor langt taushetsplikten strekker seg:

Kapittel III med bestemmelsen om taushetspliktens forrang er i lovutkastet plassert mellom etterfølgende kapittel IV, som inneholder en rekke unntaksbestemmelser fra offentlighetsprinsippet, og en forutgående bestemmelse (§10), som angir plikt til å foreta avveining mellom unntaksbestemmelser og interessene bak innsynsbejæringer. Etter vår oppfatning legger man med dette til rette for at § 10 feilaktig blir lest slik at plikten til en interesseavveining omfatter alle de etterfølgende unntakene, herunder unntak på grunn av taushetsplikt.

NHO ber derfor om at en vurderer å plassere bestemmelsen om taushetsplikt (§ 14) lengre foran i lovteksten (foran avveiningsbestemmelsen i § 10) og/eller at det presiseres klarere at § 10 bare gjelder forhold hvor det er skjønnsmessig adgang til å gjøre unntak fra offentlighet, men derimot ikke der hvor det er en *plikt* til å gjøre unntak.

Anbudsdokumenter

NHO er enig i den løsning utvalget har valgt vedrørende offentlighet ved anbud, og støtter forslaget om å stramme inn på offentligheten for anbudsdokumentene, men gi økt innsyn i protokollen.

I mars 2004 utga Nærings- og Handelsdepartementet en veileder om anskaffelsesprosessen "Beste praksis – offentlige anskaffelser". I tråd med innstillingen fra utvalgets flertall er det her angitt at "Pris kan være et sentralt tildelingskriterium, og en egenskap ved tilbudet som det er viktig for leverandørene å få kjennskap til. Oppdragsgiveren må derfor opplyse om totalprisen på tilbudet."

Når det gjelder øvrige opplysninger sier veilederen videre: "Opplysninger om timeantall, timepriser, estimater og lignende, vil derimot lettere kunne oppfattes som forretningshemmelighet/interesser. Oppdragsgiveren plikter i utgangspunktet å hemmeligholde disse opplysningene, men det må foretas en vurdering av slike forhold i den konkrete sak."

NHO slutter seg til denne vurderingen, og mener utvalgets forslag på en god måte ivaretar balansen mellom det generelle innsynsønsket og behovet for å beskytte sensitive forretningshemmeligheter. Bedriftene som deltar i en anbudskonkurranse bør kunne kontrollere utvalgs-kriteriene og hvordan de anvendes.

NHO er uenig i mindretallet Øys forslag om å legge til et tredje ledd med innhold som angitt. Mindretallets forslag går unødvendig langt for å kunne utøve de nødvendige kontrollfunksjoner, samtidig som det vil skape så vel forretningsmessige som praktiske problemer av svært alvorlig karakter.

Offentliggjøring av foreløpige dokumenter – foreløpig unntak fra offentlighet mv.

NHO mener offentlighetsloven bør utformes slik at et klart utgangspunkt er at foreløpige tilsynsrapporter og lignende som omhandler private virksomheter, ikke skal offentliggjøres. Offentlighetsloven må derfor gi en klar hjemmel for at innsyn ikke gis før rapporten foreligger i ferdig, verifisert versjon. Videre må loven pålegge forvaltningen en plikt til å følge en slik fremgangsmåte, med mindre særlige hensyn i den enkelte sak tilsier en offentlighet på et tidligere tidspunkt. Unntaksbestemmelsen må gjelde, selv om den foreløpige rapporten blir sendt fra organet til bedriften. Det er her behov for justeringer i utkastets § 15, jfr § 6 (3) mv.

NHO har over lengre tid konstatert at offentlige etater offentliggjør foreløpige tilsynsrapporter og andre lignende, ikke-kvalitetssikrede dokumenter. Utkast til dokumenter synes gjennomgående ikke å bli unntatt fra offentlighet ved oversendelse til bedrifter. Fra aktuelle etaters side er dette begrunnet med at dokumenter som senere er ment å være offentlige, ikke kan unntas offentlighet – med mindre de inneholder forretningshemmeligheter som er beskyttet av taushetsplikt. NHO er uenig i dette.

Slike rapportutkast inneholder ofte de mest detaljerte opplysninger om interne bedriftsforhold, *uten at bedriften selv har kontroll over informasjonen og dens riktighet*. Det forekommer ikke sjelden at det opprinnelige utkast til rapport inneholder feil og utelatelser – til tider også alvorlige slike.

Rapportene kan inneholde opplysninger om bedriften som etter offentlighetsloven er bedriftshemmeligheter underlagt taushetsplikt. Den som har utformet rapporten vil ofte mangle nødvendige forutsetninger for å identifisere slike forhold, og gjør ikke noe for å unnta sensitive opplysninger fra offentlighet.

Det er ikke uvanlig at rapportene unødvendig omtaler flere forhold som har begrensede relasjoner til de områder rapportene omhandler. Dette kan være opplysninger som har stor betydning for bedriften. Typisk for dette er opplysninger om "security", bemanningsplaner, resultater av bedriftens egne sårbarhetsanalyser og andre forhold som, når de blir kjent, svekker bedriftens mulighet for å beskytte seg.

Ved ferdigstillelse av rapportene opplever bedrifter at korrespondanse som har til hensikt å klarlegge hva som faktisk er unntatt offentlighet, heller ikke blir unntatt i forbindelse med ferdigstillingen. Dette har flere negative konsekvenser, i tillegg til det problematiske ved at sensitiv informasjon kan komme på avveie.

Når allmennheten og media gis innsyn i slike rapportutkast, kan saker bli presentert på feilaktig grunnlag. Foreløpige og ikke-verifiserte opplysninger fremstilles som fakta. Dette kan skape problemer både for allmennheten (for eksempel ved ubegrunnet bekymring) og bedriftene selv. Bedriftene kan på denne måten uforskyldt få skadet sitt renommé på kortere eller lengre sikt. Det medfører unødig ressursbruk å håndtere den medie- og opinionsmessige fokuseringen, både mot samfunnet og internt. I de alvorligste tilfellene har bedrifters eksistens blitt satt på spill.

Dagens situasjon med offentlighet for ikke-kvalitetssikrede opplysninger, finner vi derfor svært lite tilfredsstillende for våre medlemsbedrifter. Problemstillingene synes enda mer aktuelle i fremtiden, særlig ved at offentlige dokumenter blir mer tilgjengelige på internett, jfr utkastets § 9. Skadepotensialet synes å øke i forlengelsen av at konkurrerende bedrifter i økende grad benytter offentlige informasjonskilder for å skaffe seg informasjon om konkurrenter. En kan heller ikke utelukke økt risiko for anslag mot bedrifter fra grupper som bevisst vil skade virksomheten, både organisert kriminalitet og politisk motivert (terror)virksomhet.

NHO ønsker ikke i unødig grad å tildekke den kommunikasjonen som foregår mellom bedriften og forvaltningen, og heller ikke at foreløpige rapporter nødvendigvis skal unntas offentligheten for alltid

– med unntak for taushetsbelagte opplysninger så lenge taushetsplikten varer. I og med at offentligheten vil ha innsynsrett i de endelige og kvalitetssikrede tilsynsrapporter som beskriver de faktiske forhold og foretatte vurderinger, kan vi imidlertid ikke se noen tungtveiende grunner til at offentligheten skal ha tilgang til forutgående kommunikasjon, som kun har til hensikt å rette opp feil faktum eller manglende utøvelse av taushetsplikten.

Det kan være litt tilfeldig om kommunikasjonen med bedriften om rapportutformingen blir nedfelt i dokumentasjon som offentlighetsloven kommer til anvendelse på. Kommunikasjonen med bedriften om disse forholdene kan skje direkte i muntlig form mens rapporten ferdigstilles av de offentlige tjenestemennene før de forlater tilsynsstedet. Dette er en arbeidsform som er vanlig ved tredjepartsrevisjoner, og fra NHO og bedriftenes side er det ønskelig at det offentlige følger denne praksisen. Ved en slik fremgangsmåte blir dokumentasjonen av de opplysninger forvaltningen mottar fra bedriften, nettopp de kvalitetssikrede data som et utkast potensielt mangler.

NHO kan ikke se noen god grunn for at risikoen for at feilaktige eller sensitive opplysninger om en bedrift blir tilgjengelig for offentligheten, skal avhenge av mer praktiske, og kanskje tilfeldige, utslag av hvordan et tilsynsbesøk legges opp rent tidsmessig.

Ut fra de problemstillingene som er angitt ovenfor, mener NHO at den løsning som vil fungere i praksis, er å unnta slike rapportutkast helt fra innsynsretten. De vil da bli sidestilt med andre foreløpige dokumenter som ikke omfattes av innsynsretten. En mer krevende ordning er å la offentliggjøringen av ikke-verifiserte rapportutkast, som angår en privat part, vente til verifikasjonen er gjennomført.

I forhold til det foreliggende lovutkastet er det flere mulige endringer som kan gjøres for å redusere problemene.

NHO foreslår primært at man justerer § 6 (3) slik at dokumenter likevel ikke ansees som utferdiget når de sendes ut av organet, der hvor utsendelsen er rettet til en privat part som dokumentet direkte angår, og utsendelsen bare har til formål at den private parten skal verifisere opplysningenes korrekthet og/eller avklare om deler av opplysningene krever unntak fra innsynsrett på grunn av offentlig taushetsplikt. (Eventuelt kan man begrense dette eksplisitt til kun å gjelde utkast til tilsynsrapporter.)

Hvis man finner at det likevel kan foreligge tungtveiende grunner til at offentligheten skal ha innsyn i foreløpige tilsynsrapporter, og man har visshet for at orvaltningsorganene i fremtiden både vil være i stand til å identifisere taushetsbelagte opplysninger, og kan gi slike opplysninger nødvendig praktisk beskyttelse, kan en alternativt vurdere følgende:

a) Et foreløpig dokument som er utarbeidet internt i et organ, men som i neste omgang blir sendt ut av organet utelukkende for å få dets utforming/innhold verifisert av en annen (privat) part, kan unntas i medhold av en justert § 15 (1), jfr. (2) c) som direkte angår "opplysninger innhentet av organets tjenestemenn gjennom befarings eller granskning av forhold utenfor virksomheten".

Dette kan presiseres i § 15 (2) c) ved at "opplysninger" angis som "utvilsomme opplysninger" eller "verifiserte opplysninger", slik at det likevel er grunnlag for å unnta rapportutkast fra offentlighet i medhold av første ledd inntil de har kunnet bli verifisert. Ulempen med en slik fremgangsmåte vil være at første ledd bare er en "kan"-regel som etter vårt syn ikke ivaretar de angitte hensynene godt nok. For å motvirke dette, må en videre rent lovteknisk utforme regelen i annet ledd c) i dårlig samsvar med den øvrige strukturen i regelen. (Altså ikke som et unntak fra adgangen til et mulig unntak fra offentlighetsprinsippet i annet ledd, men derimot som et unntak fra hovedregelen i første ledd.)

b) Reformulere vurderingstemaet i § 13 (1) slik at offentliggjøringen av et dokument kan utsettes, også når det foreligger en "ikke uvesentlig risiko" for at et dokument vil "kunne gi" et misvisende bilde av saken – sammenlignet med utkastets "antas å gi et åpenbart misvisende bilde av saken", særlig hvis

denne risikoen er kombinert med at offentliggjøring vil kunne skade ikke ubetydelige private interesser – uten at det må kreves ”vesentlige private interesser”, slik kriteriet er formulert når interessekriteriet skal vurderes uavhengig av risikoelementer.

Det bør ikke være for store betenkeligheter med en slik justering, eventuelt i kombinasjon med en presisering av at graden av risiko og skadepotensial skal tas med i vurderingen av hvor lang tid utsettelsen skal gjelde. Som utvalget påpeker i kap. 9, er det et grunnleggende krav for unntak at dette står i forhold til interessene som står på spill.

c) Alternativt til b) kan bestemmelsen om utsatt offentlighet, gis en mer særskilt hjemmel for at offentligheten kan utsettes, også på det grunnlag at et dokument som forvaltningen har utferdiget med informasjon om en privat part (eventuelt eksplisitt avgrenset til tilsynsrapporter), bare er utferdiget i en foreløpig versjon. En utsettelse i slike situasjoner må ta hensyn til en privat part som har interesser som kan skades dersom dokumentet kunngjøres med gale opplysninger, samtidig som dokumentet er undergitt en konkret og tidsavgrenset saksbehandling for verifikasjon av innholdet.

Virkeområde - § 2

NHO er uenige i forslag til utvidelse av offentlighetslovens virkeområde til private og konkurrerende virksomheter, som foreslås av utvalget i § 2. Utkastets § 2 (1) a) og c) følger nåværende ordning og utløser ingen kommentarer fra vår side. Når det gjelder b) og d) bygger våre innvendinger i hovedsak på følgende forhold:

- a) Forslagene til endring er ikke godt nok begrunnet. Behovet for innsynsrett hos virksomheter utenfor tradisjonelle forvaltningsorganer er mye svakere, og det kan anvendes andre mekanismer.
- b) Forslagene harmonerer ikke med den øvrige rettstilstanden.
- c) Forslagene kan ha store negative praktiske konsekvenser.
- d) Det hefter retts tekniske svakheter ved utformingen av reglene.

NHO mener at dagens ordning med en helhetsvurdering bør videreføres, men at private tjenesteytende foretak i utgangspunktet ikke skal omfattes av loven.

Manglende klargjøring av totalbehovet for lovendringen

Utvalget gjør generelt rede for at dagens helhetsvurdering som kriterium for å avgjøre lovens mer perifere virkeområde, har sine problematiske sider. Vi kan ikke se at det foreligger noe faktisk behov for å endre rettstilstand. Det faktum at man til nå ikke har benyttet seg av forskriftshjemmelen i dagens lov, peker etter vårt syn også i denne retningen.

Sett i forhold til offentlighetsloven isolert, kan utviklingen på enkelte områder ha medført en svekkelse av offentlighetsprinsippet. Etter en gjennomgang av utvalgets innstilling fremstår det imidlertid høyst uklart hvor stort *reelt problem* situasjonen utgjør.

Som utvalget selv påpeker under 6.2, er det et bredt spekter av andre innsyns- og kontrollmekanismer som må vurderes når offentlige oppgaver og aktiviteter plasseres utenfor tradisjonelle forvaltningsorganer. Et sentralt punkt er etter vårt syn at disse ulike mekanismene virker med ulik effekt i konkrete situasjoner. Det er dermed ikke noe entydig bilde av hvor viktig offentlighetsloven måtte være for å ivareta hensynene bak loven, eller hvilket behov det er for en lovendring.

Så langt vi kan se, vil man møte både lovtolkningsmessige og praktiske problemer dersom man søker å møte nye utfordringer med et så vidt grovskåret verktøy som utvalgets forslag til § 2 (1) representerer. Verktøyet er heller ikke ferdigstilt, jfr de omfattende forskriftshjemlene som foreslås i annet ledd.

Etter NHOs oppfatning er utvalgets forslag til endringer av virkeområdet generelt verken godt nok begrunnet eller godt nok utredet.

Alternative tilnærminger

Etter NHOs vurdering vil man innenfor dagens ordning kunne etablere reguleringer som i rimelig grad tilfredsstillende reelle behov for offentlighet i det enkelte tilfelle.

For å oppnå mer forutberegnelighet, kan man benytte forskriftshjemmelen til å fastsette noe mer detaljerte kriterier enn det som fremgår av loven i dag, eller innarbeide slike kriterier i loven.

Når politiske organer ønsker å benytte andre organisasjonsformer enn tradisjonell forvaltning for å utføre en oppgave, er det ikke noe til hinder for at en ved delegasjonen av slike oppgaver tar stilling til om det ut fra formålene med offentlighetsloven er hensiktsmessig å la innsynsretten gjelde for hele eller deler av virksomheten. For å oppnå dette, kan en for eksempel legge inn i offentlighetsloven et krav om en slik vurdering/beslutning ved overføring av offentlige oppgaver til et organ som ikke er omfattet av offentlighet. Spørsmålet om offentlighet vil da bli fokusert og undergitt de samme demokratiske og politiske mekanismer som det delegerende organs øvrige virksomhet, herunder klageadgang. Fordelen er at en da vil kunne tilpasse og avbalansere løsningen i forhold til spesifikke innsyns- og beskyttelsesbehov.

Tilsvarende kan det stilles krav om at offentlighetsprinsippets anvendelse på leveransen skal vurderes og klargjøres, og eventuelt inngå som et element i anbudsinnbydelser og avtaler det offentlige inngår med private leverandører.

For å oppnå målsetninger i offentlighetsloven kan en legge føringer på offentlig eide selskaper for at de skal gi borgerne og/eller deres politiske representanter og ombud større tilgang til å møte, spørre, eller på annen måte få rett til innsyn i det som foregår i beslutende fora. Utvalget kommer selv inn på denne typen problemstillinger i forhold til brukerutvalg osv, og NHO tror at en ved videreutvikling av denne typen mer skreddersydde tiltak, kan oppnå mye av det samme.

Konkurranseshensynet

NHO anser tjenestetilbydere i et konkurranseutsatt marked for å være best egnet til å levere ytelser der kvalitet og pris står i forhold til hverandre. Konkurransen stimulerer til effektiv ressursutnyttelse og nyskaping. Dette gjelder så vel utenfor som innenfor offentlig sektor. NHO slutter seg derfor til utvalgets grunnleggende valg for lovens virkeområde. Herunder støtter vi, i tråd med det vi har anført tidligere, utvalgets vurdering av muligheten for å avverge innsyn i bedriftshemmeligheter som helt sentral for virksomheter som skal konkurrere i et fungerende marked. NHO mener at dette hovedutgangspunktet må fastholdes mer konsekvent enn det utkastet gjenspeiler.

En grunnleggende problemstilling ved å anvende offentlighetsloven på aktører i et marked slik utvalget går inn for, er at det ikke er noen begrensning i hvilke formål og på hvilke måter den mottatte informasjonen kan benyttes. (Jfr. vår merknad under "Betaling" nedenfor.)

Når det gjelder § 2 (1) b) om offentlig kontrollerte foretak, har konkurranseprinsippet fått gjennomslag for konkurranseutsatt del av virksomheten, men bare for direkte konkurranse "i forhold til private". Denne siste avgrensingen er problematisk, særlig for tjenester som tidligere ble ytt av et forvaltningsorgan og som er overført til andre organisasjonsformer med forutsetning om at virksomheten skal konkurrere i et marked. Dette skjer ofte i kombinasjon med en forutsetning om at det offentlige eierskapet på sikt skal reduseres.

Slike offentlig kontrollerte virksomheter vil kunne befinne seg i en konkurransesituasjon, men i et marked som har offentlig eide aktører som opererer under de samme forutsetninger. (Vi viser i denne forbindelse til uttalelse fra Energibedriftenes Landsforening, med hensyn til hvordan dette slår ut for

nettselskaper.) Beskyttelsesbehovet for offentlig kontrollerte foretaks forretningshemmeligheter kan like fullt være til stede selv om konkurrentene i hovedsak er offentlig eid.

På samme måte vil private leverandører av de lovpålagte tjenestene, spesifisert under § 2 (1) d), også befinne seg i en konkurransesituasjon. At det offentlige ved lov er pålagt å utføre tjenesten, endrer ikke dette. NHO savner derfor en avveining av leverandørenes behov for beskyttelse av forretningshemmeligheter i forhold til innsynsbehovet. Det er her grunn til å peke på at utkastet uansett lar innsynsretten vike når tjenesteleverandøren er en enkeltperson, hvilket generelt viser at hensynet til tjenesteyter kan gå foran innsynsretten.

Offentlig innsyn hos og kontroll av tjenesteleverandører

Selv om en tjeneste er satt ut til private, vil det lovpålagte ansvaret for tjenesten fortsatt ligge hos det offentlige. De hensyn som ligger bak offentlighetsloven, vil fortsatt gjelde for forvaltningens arbeid på saksområdet. Offentlighetsloven vil også gjelde for den kommunikasjon det offentlige har med den private tjenesteleverandøren.

NHO legger til grunn at offentlig tjenesteyting ikke blir overlatt til private, uten at det offentlige sikrer seg adgang til å kunne overvåke virksomheten og kreve relevant informasjon om ulike forhold.

Tjenestene ytes under et avtale- og ansvarsforhold til den offentlige oppdragsgiver. Leverandørene vil dermed være undergitt både oppdragsgivers kontraktmessige kontrollmekanismer og forvaltningens øvrige myndighetsbaserte inspeksjons- og kontrollmekanismer på de aktuelle fagområdene. Dette vil gi samfunnet en betydelig grad av innsyn hos tjenesteleverandører. Sammenlignet med det offentliges egen virksomhet er behovet for innsikt i virksomheten gjennom offentlighetslovens innsynsrett, vesentlig redusert.

Tjenesteleverandører til det offentlige kan i en del tilfeller ha en form for "monopol"-situasjon ved sin avtale med det offentlige. Dette vil likevel ikke være et monopol på linje med offentlige monopoler. Det vil ofte bare foreligge et monopol i forhold til en lokal oppdragsgiver, og kanskje bare for en del av dennes virksomhetsområde. Forholdet vil bare gjelde for en nærmere avgrenset periode, der den private tjenesteleverandøren vil vite at han må konkurrere om oppdraget på lik linje med andre parter når kontraktperioden opphører. Dette vil føre til fokus på tilfredsstillende av kundebehov og forventninger, noe som i seg selv vil bidra til å ivareta noen av de hensyn som offentlighetsprinsippet skal tjene.

Begrunnelsen for hvilke utvalgsriterier som er anvendt for lovpålagte tjenester er uklar, når man har valgt ut de i § 2 (1) d) angitte tjenester til å skulle omfattes av offentlighetsloven. Utvalget angir i hovedsak bare at de "naturlig peker seg ut". Vi deler ikke denne oppfatningen, og savner et klarere angitt avgrensingsgrunnlag.

I forbindelse med utpekingen av funksjonsområder viser utvalget til at helseforetaksloven fastslår at offentlighetsloven skal gjelde for helseforetak. Det må presiseres at dette gjelder for virksomheter som er fullt ut eid av det offentlige hvor det ikke har vært behov for avveining mot private leverandører.

De offentligrettslige reglene er ikke tilpasset private virksomheter – rettslige og praktiske aspekter

Lar man offentlighetslovens virkeområde omfatte private virksomheter, får man en sammenblanding av alminnelige private driftsprinsipper og informasjonshåndtering og den offentligrettslige innsynsregelen. Dette står i motsetning til å bevare alminnelig forretningsmessig konfidensialitet.

For NHO fremstår det som en fundamental problemstilling at utredningen ikke synes å ta tak i sammenhengen mellom offentlighetsloven og de øvrige saksbehandlingsregler som måtte komme til anvendelse for en privat aktør.

Innsynsretten etter offentlighetsloven avgrenses generelt mot taushetsbelagte opplysninger, herunder virksomheters bedriftshemmeligheter som beror hos forvaltningen. Men hvordan avgrenses

innsynsretten i forhold til en virksomhets egne bedriftshemmeligheter, dersom virksomheten selv omfattes av loven, uten at den samtidig faller inn under forvaltningsloven og dermed kunne påberope seg utkastets § 14?

Så langt vi kan se, er det da bare § 15 og § 24 som kan være aktuelle alternativer. Imidlertid er det høyst tvilsomt om disse vil kunne gi virksomhetens bedriftshemmeligheter noen tilfredsstillende beskyttelse mot innsyn, hvis den først er omfattet av offentlighetsloven. Rent praktisk vil et krav om at offentlighetsprinsippet skal gjelde for noen tjenesteleverandører til det offentlige medføre at alle private tjenesteleverandører må etablere saksbehandlerrutiner og et dokumenthåndteringssystem som tilfredsstillende de offentlige krav til saksbehandlings- og arkivsystemer.

Krav om overgang til nye informasjonssystemer vil kunne medføre betydelige kostnader. En privat tjenesteyter vil normalt ha innrettet sine systemer med tanke på at dokumenter innenfor virksomheten er undergitt alminnelig forretningsmessig konfidensialitet, mens offentlige systemer normalt er det motsatte, med offentlighet som grunnprinsipp.

Øvrige merknader og retts tekniske kommentarer til § 2

For private eiere som måtte gå inn i et hovedsakelig offentlig eid selskap, vil et krav om offentlighet for selskapet, kunne medføre ekstra kostnader og konkurransemessige ulemper. Deres kapitalinnskudd i et slikt selskap vil derfor utsettes for en ekstra "slitasje" sammenlignet med investering i et mindre offentlig eiet selskap. Hensynet til slike investorer, og til mulighetene for offentlige eide virksomheter til å være attraktive investeringsobjekter i en privatiseringsfase, tilsier at man unntar en virksomhet fra offentlighetsloven når det private eierskapet i selskapet ikke lenger er ubetydelig. Når det gjelder realitetene, fremstår det uklart hvorfor offentlighetsprinsippet i henhold til utvalgets merknader til lovforslaget skal gjelde for en virksomhet som er 90 % eid av det offentlige, men ikke for en som er 89 % eid. I utredningen anføres det at som 90 % eier er man "helt dominerende eier". Det er imidlertid ikke lett å se at de ekstrasbeføyelser som etter aksjeloven inntre ved et 90 % eierskap, er sterke argumenter for at offentlighet skal inntre ved denne eiergrensen, sammenlignet med et 89 % eid selskap.

Rent retts teknisk synes det noe uklart i forhold til § 2 (1) b) om det skal ansees tilstrekkelig at det er én enkelt privat aktør som deltar i et marked, for at unntaksbestemmelsen i 3. punktum kommer til anvendelse. Denne retts tekniske uklarheten kan ha som konsekvens at hvorvidt virksomheter blir omfattet av loven, styres av praktiske "tilfeldigheter" med hensyn til hvordan den private andelen av et marked utvikler seg. Det er her også noe uklart om uttrykket "direkte konkurranse" står i motsetning til mer "indirekte" konkurranseformer, og hva som i så fall skal være kriteriene for å trekke grensen mellom de to situasjonene. For selskap som driver en mer sammensatt virksomhet med ulike tjenester og produkter med ulik grad av konkurranse, kan det være vanskelig til å forholde seg til bestemmelsen. (Meningen av uttrykket "i den utstrekning" er for øvrig også noe uklart. En alternativ formulering som for eksempel "Loven omfatter ikke den delen av virksomheten som ..." vil gjøre det unødvendig å slå opp i forarbeidene for å klarlegge regelens hovedbetydning. Tilsvarende for "i den grad" i d).)

Det vil også skape en større klarhet hvis de eierandeler mv. som er omhandlet i merknaden til § 2 (1) b), blir tatt direkte inn i lovt teksten, som del av en liste med relevante kriterier. Det er ingen grunn til å la lovt teksten bare angi et vesentlighetsbegrep, når realiteten synes å være at man uansett vil anvende en klart definert prosentgrense angitt i forarbeidene. Det kan også gjøres klarere at kriteriene i b) er alternativer, slik at for eksempel en 80 % eid virksomhet likevel kan ansees å falle inn under loven dersom det offentlige utpeker alle styremedlemmene.

Oppsummering § 2

NHO mener det riktige vil være å opprettholde dagens hovedordning med at virksomheter som er skilt ut i egne rettssubjekter holdes utenfor loven. Skal offentlighetsloven anvendes for offentlig kontrollerte rettssubjekter utover dette, bør dette være basert på funksjonelle betraktninger. I stedet for

generelle reguleringer bør en ta konkret stilling til offentlighet i det enkelte tilfellet, i og med at ulike former for offentlig innsynsrett uansett vil være til stede i de fleste tilfellene. Hovedtemaet bør være skillet mellom tjenesteytelse og forvaltningsvirksomhet ellers, slik at det bare er den siste kategorien som pålegges offentlighet. Dette skillet synes i sterkere grad å bli brukt som hovedkriterium for den interne organiseringen innen forvaltning, og vil i tillegg til å ha et klarere begrunnet behov for offentlighet, trolig også være lettere å praktisere.

Så lenge private parter ikke er delegert myndighetsutøvelse, må pliktene etter offentlighetsloven fortsatt hvile på det offentlige alene, slik at innsyn og kontroll ivaretas via øvrige tilgjengelige mekanismer. NHO går derfor mot forslaget § 2-d om å la lovens virkeområde omfatte private tjenesteleverandører.

Unntak av hensyn til det offentliges forhandlingsposisjon mv. (§ 24 (2))

NHO har ikke avvikende syn på de materielle bestemmelsene som er foreslått av utvalget, når det gjelder det offentliges forhandlingsposisjon.

For mange lesere av loven vil ordet "rammeavtale" i § 24 (2) lede tanken hen på avtalevilkår som preforhandles på mer ordinært privatrettslig og forretningsmessig grunnlag og benyttes som basis for konkrete avrop for leveranse av enkeltpartier av varer/tjenester. Så vidt vi forstår hensikten med bestemmelsen, omfatter den ikke denne typen avtaler. Vi foreslår derfor at intensjonen og forskriftshjemmelen gis et mer presist uttrykk ved å betegne dette for eksempel som "bransjeomfattende rammeavtaler". I den grad det i hovedsak synes å være tale om særskilte næringer, kan hjemmelangivelsen klargjøres enda bedre ved en mer direkte henvisning, for eksempel "særlig med organisasjoner og sammenslutninger i primærnæringene."

Vi vil påpeke at de samme hensynene som gjør seg gjeldende for det offentliges ønske om ikke å kunne bli sett i kortene i en forhandlingsposisjon, gjelder like mye for private parter i deres forhandlinger med det offentlige. Den til dels omfattende rett til informasjon/statistikk om private parter som det offentlige har i medhold av en del av særlovgivningen, skaper problemer for tjenesteytende parter i forhandlinger med det offentlige. Konkurrerende parter kan få tilgang til for mye informasjon om hverandre via offentlighetsloven før forhandlinger. Det offentlige selv sitter på den andre siden av forhandlingsbordet med mer økonomisk informasjon om forhandlingsmotparten enn det som er vanlig.

Praktisk utøvelse av innsynsretten

Gitt at vi formodentlig i mange år fremover vil leve med en blanding av elektroniske og (historiske) papirarkiver, kan NHO slutte seg til hovedprinsippet om at forvaltningen selv må ta stilling til den praktiske formen for utlevering av kopier innenfor rammen av "forsvarlig saksbehandling".

NHO mener imidlertid at det bør fastsettes en plikt til å utlevere elektroniske kopier på forespørsel, når dokumentene allerede foreligger i elektronisk form. Når utvalget i 17.4.7.3.5 selv legger til grunn for sine vurderinger at "Ikke alle organer har utstyr og kompetanse til å kopiere ... CD-rom", mener vi at dette er en feilvurdering av hvilket utstyrskrav en slik kopiering krever. Uansett vil en elektronisk formidling på forespørsel kunne skje stadig mer hensiktsmessig uten bruk av særskilt medium, men direkte over nett.

NHO mener videre at retten til å få tilgjengelige dokumenter i elektronisk form, prinsipielt bør være en rett til å motta dokumentene i et elektronisk format som følger åpne standarder, som for eksempel pdf-format. Vi viser her videre til våre kommentarer under "Internkontroll og andre systemkrav".

Det er etter NHOs oppfatning grunn til å vurdere nærmere utvalgets standpunkt i § 34 (1) med hensyn til manglende plikt for forvaltningen til å utlevere kopi når dokumentet er "alminnelig tilgjengelig" –

med en henvisning i merknaden til for eksempel kjøp av foreliggende forskrifter og proposisjoner.

NHO savner en mer samlet, prinsipiell drøftelse på overordnet nivå av en offentlig informasjonspolitik, herunder betalingsprinsipper (jfr. kommentarer nedenfor). Med de grunnleggende endringer som nå skjer i samfunnet med hensyn til informasjons-behandling og -utveksling, burde slike prinsipper vært avklart i forkant av denne og tilsvarende saker om beslektede problemstillinger om offentlighetens tilgang til ulike former for offentlig informasjon. I forhold til utkastets § 34 (1) i.f., jfr "alminnelig tilgjengelig", oppstår det videre en problemstilling med hensyn til kunngjøring og tilgjengeliggjøring av informasjon på internett. Vi anser en slik tilgjengeliggjøring som et gode. For de minste virksomhetene kan det være noe problematisk dersom deres rett til å få kopi kan bli avskåret, og de i stedet tvinges til selv å printe ut omfattende dokumenter, fordi dokumentene måtte regnes for å være "alminnelig tilgjengelig" ved en publisering på internett alene.

Betaling

NHO slutter seg til hovedprinsippet i § 35 om at man ikke skal måtte betale for å benytte seg av innsynsretten. Derimot har vi innsigelser mot de forskriftshjemler som foreslås i § 35. Når det gjelder dette forholdet og den videre drøftingen om betaling for ulike former for kopier generelt, savner NHO også her at slike drøftinger knyttes opp mot overordnede strategier og prinsipper for forvaltningens kommunikasjonsvirksomhet, herunder betalings- og prisingsprinsipper. NHO registrerer at det for tiden er flere saker på høring som berører ulike former for slik samhandling, og flere aspekter av betalingsprosjektet behandles løst fra hverandre. Det vil være svært ønskelig om staten kunne samlet seg om en prinsipiell behandling av problemstillinger knyttet til betaling for offentlig informasjon, før disse enkeltforholdene gis sin endelige utforming.

I tiden fremover vil praktisk utøvelse av innsynsretten i stadig stigende grad innebære at man får en elektronisk kopi via nettet. I henhold til utkastet vil det ikke kunne kreves vederlag for dette. Likevel vil utøvelse av innsynsretten (til eldre dokumenter) fortsatt innebære at det i stor grad utferdiges kopier på papir eller andre medium, og utkastet opprettholder dagens hjemmel til å forskriftsfestsette plikt til å dekke det offentlige omkostninger ved utferdigelsen av slike kopier, (§ 35 annet ledd). Når det gjelder adgang til betaling for utleverte kopier, fremgår det imidlertid av merknadene til § 35 (2) en rekke begrensninger som skal gjelde. Disse begrensningene kan bare i begrenset grad utledes direkte av hjemmelsbestemmelsen i § 35 (2).

Etter NHOs syn bør avgrensning av forskriftshjemmelen fremgå klarere av selve lovteksten. Hovedregelen bør være at utlevering av kopier av mediebaserede dokumenter i en sak bør være gratis innenfor en rimelig ramme. Etter vårt syn bør rammen være betydelig større enn for eksempel EU-forordningens 19 gratis ark.

Utkastet foreslår i 3. ledd at for visse typer dokumenter skal det være anledning til å fastsette en betalingsplikt utover ren kostnadsdekning for materiale som har vært kostbart "å utvikle". Det er ikke helt klart for oss om dette bare er ment å være en utvidelse av betalingshjemmelen i 2. ledd for utlevering av mediebaserede kopier, eller om det også er ment å omfatte et inngrep i gratisprinsippet som for øvrig er fastslått for digitale kopier. Denne tvilen forårsakes bl.a. av referansen til "digitale plot" i merknaden til bestemmelsen.

Det kan uansett virke noe uklart om det for betalingshjemmelen i 3. ledd reelt siktes mot den typen saksdokumenter som ligger til grunn for formålet med loven – jfr. her bemerkningen om "... har preg av service- eller tjenesteytelse". I den grad det er reelle saksdokumenter som er med på å synliggjøre beslutningsprosesser mv., er vi uansett uenig i at det skal være hjemmel for å kreve noen godtgjørelse når retten til innsyn gjøres gjeldende. I særdeleshet gjelder dette en godtgjørelse som skal omfatte en fortjeneste slik det foreslås. Men hvis det på dette punktet siktes mot dokumenter utenfor alminnelig saksbehandling og myndighetsutøvelse, er forslaget til denne hjemmelen mer forståelig. Hvis motivasjonen er å hindre at private i neste omgang gjør seg kommersiell nytte av informasjon og

dokumenter som er skaffet til veie fra det offentlige – uten at det offentlige får noen godtgjøring av sin innsats – etterlyser vi nok en gang mer overordnede prinsipper for informasjonsutveksling mellom det offentlige og privat sektor. Det er uheldig om man tar inn i offentlighetsloven en generell bestemmelse som kan tolkes som at en skal kunne kreve fortjeneste dersom private ønsker å realisere sin rett til innsyn begrunnet i lovens overordnede formål. I mangel av forutgående prinsipielle avklaringer, vil det være bedre å fastsette en bestemmelse om at innsynsretten, og retten til kopi etter offentlighetsloven, ikke skal være til hinder for at det kan fastsettes bestemmelser om restriksjoner i bruken, eller plikt til å betale vederlag for kommersiell utnyttelse av offentlig informasjon som måtte kreves utlevert med hjemmel i offentlighetsloven.

Slike bestemmelser om mangfoldiggjøring eller annen kommersiell utnyttelse kan forskriftsfastsettes. Hvis vi har en korrekt forståelse av hvilke dokumenttyper det her siktes mot, vil de formodentlig prinsipielt sett også kunne avtalereguleres, siden det offentlige trolig vil ha opphavsrett til dokumentene, da de neppe vil være omfattet av åndsverksloven § 9.

Vi har dermed liten forståelse for utvalgets standpunkt når 17.4.8.4.5 angir at det ser det som ”uaktuelt å la en betalingsplikt avhenge av om den som krever innsyn gjør det ut fra kommersielle motiver eller ikke. En slik regel vil blant annet medføre at forvaltningen må vurdere motivene til den som krever innsyn. Dette vil være både prinsipielt og praktisk svært uheldig.” Det er etter vårt syn ikke nødvendig å ta stilling til motivene i forkant av utleveringen, da plikten til å betale vederlag ikke bør være knyttet til utleveringen av informasjon under offentlighetsloven, men til den private parts senere faktiske utnyttelse av informasjonen. Det er på denne måten allmennheten i utgangspunktet gis fri adgang til all regelverksinformasjon i Lovdata.

NHO kan imidlertid ikke støtte at det i medhold av offentlighetsloven skal være grunnlag for å kreve fortjeneste ved utlevering av dokumenter før det er gitt anledning til en mer grunnleggende drøftelse av disse forholdene, og de faktiske premissene er gjort noe klarere. Under alle omstendigheter bør utøvelse av innsynsretten for oppnåelse av lovens formål ikke gi slikt grunnlag.

Internkontroll – og andre systemkrav

NHOs erfaring er at den eksisterende offentlighetsloven dessverre ikke alltid blir fulgt i praksis. Dette gjelder særlig ved mer skjønnspregede avgjørelser vedrørende offentlighetsprinsippets omfang og bruk av unntaksbestemmelser mv. Det gjelder også for mer prosessuelle aspekter ved den praktiske oppfølgingen.

Offentlighetsloven er meget sentral i forhold til offentlig forvaltning. NHO mener derfor at man i loven bør stille krav til de virksomheter som er omfattet av loven, om å etablere et internt kvalitetssystem (internkontroll) for å sikre etterlevelse av bestemmelsene i loven. Vi viser i denne forbindelse til det som foran er sagt om manglende sikring av taushetspliktbelagt informasjon.

Vi finner det naturlig at man også bør vurdere om det bør stilles krav i loven om at forvaltningen innen rimelige rammer skal ha plikt til å etablere systemer som er nødvendige for at organene kan utlevere alminnelige dokumenter på elektronisk format når dette er ønskelig. Det skal nokså beskjedne investeringer til for å kunne foreta alminnelig scanning av vanlige dokumentformater (A4), og selve prosessen er ikke særlig mer arbeidskrevende enn å ta papirkopier. Slike investeringer vil kunne gjennomføres i forbindelse med utskiftninger og nyanskaffelser som uansett må finne sted.

Det er i ulike sammenhenger påvist at det norske samfunnet ikke får de effekter de burde av sine IT-investeringer, og at norsk forvaltning sakker akterut i forhold til andre land med tilrettelegging for elektronisk kommunikasjon med forvaltningen. Et tiltak som nevnt ovenfor, bør kunne være et bidrag i så henseende.

Med dette utgangspunktet støtter NHO mange av de elementer av systemkrav som ligger i forslaget til § 11 fra mindretallet Øy, for så vidt som at det i forslaget

- a) bare er et krav om å etterleve lovens intensjoner, mens vi som basis for en slik bestemmelse vil fokusere på etterlevelse av de materielle kravene
- b) i litt for stor grad er fokusert på dokumenter og datasystemer, mens vi vil fokusere minst like mye på rutiner og prosesser
- c) innebærer indirekte en sikker ivaretagelse av taushetsplikten med sin referanse til "taushetsbelagte opplysninger" og "korrekt ... praktisering av offentlighet", mens vi ville foretrukket å trekke denne siden av forvaltningsvirksomheten enda klarere frem.

I forlengelsen av pkt c, peker vi på at systemer for å sikre etterlevelsen av offentlighetsloven må antas å være de samme systemene som benyttes i øvrig arbeid med dokumenter i forvaltningen. Systemene bør derfor understøtte kravene som stilles til forvaltningens dokumenthåndtering i forvaltningsloven (og arkivloven). Et lovfastsatt krav om internt kvalitetssystem etter offentlighetsloven bør etter vårt syn prinsipielt sett inngå i et samlet krav om internkontroll i forvaltningens saksbehandling.

Teknisk utvikling - innsyn i datasystemer mv.

NHO mener at problemstillingene knyttet til teknisk utvikling beskrevet i utredningens pkt. 8.4.7, er høyst relevante for de målsettinger loven skal ivareta. Etter vår oppfatning har utvalget ikke gått langt nok i å utrede de faktiske forhold, med hensyn til å klarlegge omfanget av utfordringer og muligheter, utviklingslinjer mv. Bl.a. er det ikke referert til de forskningsresultatene som foreligger på området. På denne noe mangelfulle bakgrunnen heller vi mot flertallets mer prinsipielle grunnlag for å avvise mindretallet Øys forslag til § 10. Utøvelse av innsyn i denne relasjonen synes å være nærmere knyttet til politiske forhold eller til partsinteresser, enn til den alminnelige innsynsretten.

Når det derimot gjelder mindretallet Hove og Øys forslag til § 9, samsvarer forslagets motivasjon rimelig godt med loven ellers. Behandlingen av disse problemstillingene bør ikke avsluttes med NOUen. Med økt bruk av automatiserte behandlingssystemer, og særlig ved bruk av mer avanserte og komplekse programsystemer, kan det bli vanskeligere å få reelt innsyn i hvilke elementer som har påvirket utfallet av en sak. Økt datakunnskap i befolkningen vil øke presset mot forvaltningen på dette området. Land med en offentlig forvaltning som mer bevisst satser på bruk av åpen kildekode, vil være bedre posisjonert for å møte et øket forventningspress på området. Samtidig må man være oppmerksom på at automatisering av beslutninger som regel vil flytte mye av skjønnsutøvelsen over til selve innmatingsfunksjonen (kategoriseringen). Dette grensesnittet mellom den menneskelige og automatiserte delen av saksbehandlingen kan være vel så interessant å få innsyn i, men prosessen nedfeller seg ikke nødvendigvis i et dokument slik loven definerer det.

NHO anbefaler at departementet vurderer om det er hensiktsmessig at det tas inn en ny forskriftshjemmel i loven. Denne bør gi adgang til å fastsette forskrifter på avgrensede områder om slike forhold som mindretallsforslaget omhandler. Problemstillingen vil da kunne ha klarere fokus i fremtiden, slik at man eventuelt kan sette i gang avgrensede forsøk på egnede områder.

Overgangsordninger

Som påpekt ovenfor kan de kravene lovutkastet stiller til private tjenesteleverandører som omfattes av loven, være betydelige. Hvis det vedtas en ny lov som medfører at offentlighetslovens virkeområde utvides til private aktører som ikke tidligere har vært omfattet av kravet om offentlighet, eller det innføres nye krav til systemer eller tjenestekvalitet hos private tjenesteleverandører som er omfattet av loven, vil økte kostnader i denne forbindelse være forhold som ikke er kalkulert inn i prisingen av eksisterende oppdrag. Det vil da være viktig at loven gis et utsatt ikrafttredelsestidspunkt, eller inneholder unntaksbestemmelser for private tjenesteavtaler som bygger på tilbud som er inngitt før loven ble vedtatt.

Redaksjonelle forhold

Utvalgets forslag til lovtekst fremstår ikke som solid nok når det gjelder struktur, ryddighet og språklig klarhet. Eksempelvis definerer man innledningsvis begrepene "forvaltning" og "organ", men bruker i fortsettelsen i stor grad sammensetningen "forvaltningsorgan" – i tillegg til "virksomhet".

I § 16 tar man for kommuners vedkommende i bruk "del av administrasjonen", "enhet" og "virksomhetsområde". Om det siste sies det videre at "et virksomhetsområde ... regnes som en egen enhet dersom det er tillagt hovedansvaret for virksomhetsområdet" – hvilket ikke gir mening. I merknadene til bestemmelsen er det derimot snakk om ansvaret for "saksfeltet".

Også på en rekke andre punkter i utkastet kan språklig uttrykk og ryddighet i struktur forbedres. Alt i alt synes det hensiktsmessig å vise til det alternative lovforslaget som er utarbeidet av mindretallet Engen, hvor disse aspektene synes vel ivaretatt. NHO anbefaler derfor at man i den videre behandling av flertallsutkastet nyttiggjør seg de forbedringer som er gjort i struktur og utforming av tilsvarende bestemmelser i det nevnte mindretallsutkastet.

Vennlig hilsen,
NÆRINGSLIVETS HOVEDORGANISASJON
Juridisk Område



Ingebjørg Harto
Avdelingsdirektør