

Arbejdsrapport

BIDRAG TIL EKSPERTUDVALGET OM MULIGE ÆNDRINGER I OFFENTLIGHEDSLOVEN

Formålet med dette arbejdsrapport er at give bidrag og inspiration til arbejdet i ekspertudvalget om justeringer af offentlighedsloven. Vi er helt opmærksomme på Kommissoriets formulering og afgrænsning. Vi tillader os alligevel i dette bidrag at gå uden for dette og gøre os bredere politologiske overvejelser, da reglerne i offentlighedsloven i den måde forvaltningen agerer på spiller sammen med andre regler – herunder ansvarsreglerne, samt at det skal ses i sammenhæng med offentlighed i andre sektorer, herunder særligt den kommunale og regionale forvaltning.

1. Generelle overvejelser

Transparency Internationals mission er en verden fri for korruption. Vi har et af de væsentligste midler til at nå målet – åbenhed (transparens) – som en del af vores navn. Når vi gør lidt ud af det som en indledning til dette arbejdsrapport, er det for at betone, hvorfor åbenhed og transparens er centralt for vores mission. Og hvorfor det netop er centralt når man skal forebygge og bekæmpe korruption og magtmisbrug.

Tidligere justitsminister Nick Hækkerup har bl.a. i en korrespondance med os fra 2021 tilkendegivet, at han fandt det svært at se sammenhængen.¹ Som det fremgår af vores svar til ministeren deler Europarådet (GRECO) vores syn.² Det er det samme, der ligger bag EU Kommissionens bemærkninger i de årlige Rule of law rapporter.³

Vi er opmærksomme på, at der i en dansk kontekst er en tendens til at negligere denne sammenhæng, fordi der er en opfattelse i Danmark af, at vi ikke har udfordringer med korruption. Det er korrekt, at Danmark stabilt over en længere årrække har ligget i toppen af det oplevelsesindeks Transparency International udarbejder over udlandets opfattelse af korruption i verdens lande. Det er ikke det samme som, at fænomenet ikke forekommer. Offentlighed i forvaltningen spiller en central rolle ikke mindst i forebyggelsen. Under alle omstændigheder kan det ikke være en begrundelse for ikke konstant at forsøge at gøre de endnu bedre.

Tilsvarende bruges det i en politisk sammenhæng som et argument imod at indføre andre forebyggende mekanismer. Vi henviser i denne forbindelse til et brev fra Folketingets Formand til os i forbindelse med et spørgsmål, om Folketinget gjorde sig overvejelser om beskyttelse af sin

¹ <https://transparency.dk/wp-content/uploads/2021/05/Svar-fra-justitsministeren.pdf>

² <https://transparency.dk/wp-content/uploads/2021/05/Brev-til-JM-21-05-21.pdf>

³ https://commission.europa.eu/document/download/b21dc0af-76ed-409b-8f47-30e9d912beec_en?filename=14_1_52571_coun_chap_denmark_en.pdf

integritet i lyset af den skandale, der i december 2022 ramte Europa-Parlamentet.⁴ I dette henvises der som argument imod at indføre andre regler, at det er pressens opgave at holde øje med magten.

Begge disse synspunkter kan logisk ikke være gældende samtidig; eller netop fordi offentlighed i forvaltningen og forebyggelse af korruption hænger samme som et af flere redskaber, bør dette spørgsmål ses i et bredere perspektiv.

2. Generelle overvejelser om tillid og ansvar

Åbenhed i denne sammenhæng har to dimensioner. Det skal for det første **forebygge misbrug af magt**; for når noget er åbent, eller der er adgang til informationerne, så er det et vigtig redskab i, at magten kan stilles til ansvar. Det er med andre ord forebyggende, når 'opdagelsesrisikoen' er høj.

Den anden dimension handler om **tillid**. Den offentlige tillid bygger på, at der er robuste og sikre procedurer, og at de opleves retfærdige. Åbenhed er med andre ord et redskab til at fastholde et samfund med en høj grad af tillid, fordi det er centralt for oplevelsen af retfærdighed. Samtidig kan lukkethed være med til at forstærke tendenser til det modsatte. Når et medie afdækker problematiske forhold i en myndigheder, kan det i sig selv bidrage til at fastholde tilliden. 0-fejl eksisterer ikke. Det afgørende er, at man lærer af de fejl der sker. Det kan offentlighed være med til at initiere.

Det er vigtigt at understrege, at dette ikke for Transparency International betyder, at der skal være 'fuldstændig åbenhed'. I den offentlige debat om åbenhed i den offentlige forvaltning hører vi ofte det, vi kalder, 'den falske modstilling'. Enten skal alt være helt åbent, eller også er alt helt lukket. Vi abonnerer ikke på nogle af disse yderpoler. Det totalt åbne er overvågning, og det helt lukkede er mørklægning. Ingen af disse kan bestå testen om oplevelsen af robuste og retfærdige procedurer. Med andre ord bliver det at finde den rette balance, centralt for udvalgets arbejde.

Det er vigtigt at holde sig for øje, at det har betydning for **kvaliteten og dokumentationen af forvaltningens arbejde**, herunder understøttelse af politiske beslutningsprocesser, at dette i nogen grad kan ske i fortrolige rum. Hvis ikke det sikres, vil der være en betydelig risiko for, at kvaliteten falder, beslutninger træffes på mindre oplyst grundlag, og at dokumentationen for beslutningerne i bedste fald bliver ringere eller mangelfuld.

Det er samtidig vigtigt at holde sig for øje, at hvis man ikke kan agere trygt i sådanne fortrolige rum – udover den risiko der altid vil være for læk til pressen fra politiske med- og modspillere - så vil der opstå en situation, hvor nogle af disse processer ikke dokumenteres. Dette aspekt vil vi kommentere på efterfølgende i relation til nogle overvejelser om sammenhængen mellem offentlighedslovens regler og reglerne om ministeransvar og det tjenstlige ansvar.

⁴ <https://transparency.dk/wp-content/uploads/2023/03/Svarbrev-fra-Folketingets-formand-til-Transparency-International-Danmark-1.-marts-2023.pdf>

Helt grundlæggende har vi to perspektiver til offentlighed i de opgaver den offentlige forvaltning har. Det ene handler om udøvelse af magt, det andet handler om politisk ledelse. Opdelingen er selvsagt ikke skarp, og der er en vis fællesmængde. For at kvalificere debatten i udvalget tillader vi os at tegne situationen for de to perspektiver.

I det perspektiv, der handler om udøvelse af magt, er vores grundlæggende udgangspunkt, at magten skal kunne holdes til ansvar. Det betyder også, at der i disse opgaver med at administrere lovgivning må gælde et ret vidtgående offentlighedsprincip. Også videre end i dag.

Der er naturligvis en række hensyn, der kan begrunde, at det ikke er et fuldkomment åbenhedsprincip. Eksempelvis de oplagte om rigets sikkerhed, personfølsomme oplysninger og lignende. Men selv i sådanne sager kan der gives større åbenhed i dag, hvis man vil – og ikke mindst hvis man tilrettelægger sagsgange og ikke mindst dokumentproduktion sådan, at det kan håndtere åbenhed.

Man hører ofte i debatten, at hvis adgangen til aktindsigt udvides, vil en del kommunikation flytte over på andre 'kanaler'. Nu er offentlighedsloven i sit udgangspunkt – og skal ikke mindst i lyset af den fortsatte accelererende teknologiske udvikling også være – teknologineutral. Men vi vil alligevel over for udvalget pege på fænomenet, hvor man bruger andre kanaler, der enten ikke er til at efterspore, skriver mindre ned eller sletter kommunikation, med de konsekvenser dette kan have også i forhold til efterfølgende kontrol i f.eks. kommissioner. Som illustration heraf har vi noteret os Justitsministeriets netop udsendte vejledning om opbevaring af SMS'er i op til 25 år.

Det bemærkes, at det i kommissorierne fra en række af de advokatundersøgelser, der er igangsat, netop fremgår, at de i udgangspunktet alene skal vurdere sagen på et skriftligt grundlag (Dokumentsporet). Tilsvarende overvejelser indgik i Rigsrettens bevisvurdering i instruks sagen, hvor der især blev lagt være på de begivenhedsnære dokumenter.⁵ Vores udgangspunkt er, at det vil være en uheldig udvikling, hvis der således opstår et tomrum af det faktum, som centrale beslutninger hviler på.

Man skal naturligvis veje hensynet til, at man efterfølgende skal kunne dokumentere et hændelsesforløb over for, at man skaber en planlagt omgåelse. Lad os se på et eksempel: Det har politisk været foreslået, at tiltalekompetencen i de hårde straffebestemmelser om landsforræderi skal flyttes fra justitsministeren til Rigsadvokaten. Men kan man seriøst forestille sig, at der ikke fra en Rigsadvokat vil være en dialog med centrale personer i Justitsministeriet, hvis en sag involverer landets udenrigspolitiske interesser. Vi kan i hvert fald ikke. Og så er det så meget desto bedre, at loven afspejler det, der også er realiteten.

Der vil i sager og sagskomplekser være behov for et dokumentspor, hvis det skal være muligt at undersøge sager efterfølgende. Men tilbageholdenheden med skriftlighed eller brugen af andre kanaler kan genereres af frygten for at komme til at sidde med 'åben' i en efterfølgende

⁵ Rigsrettens dom af 13. december 2021, side 136 <https://rigsretten.dk/media/of4lp4dn/rigsrettens-dom-af-13-december-2021.pdf>

undersøgelse. I samme forbindelse bemærker vi, at Instrukskommissionen i sin beretning betonedede, at embedsværket kun kunne frigøre sig for sit ansvar ved at dokumentere, at der var sagt fra.⁶

Derfor kan reglerne om offentlig i forvaltningen ikke ses isoleret fra reglerne om det tjenstlige ansvar. Her indtager vi det synspunkt, at den overfokusering, der opleves i det politiske og i medierne på at placere et ansvar fremfor at klarlægge, hvad der skete, og så lade ansvaret være bundet op på systemfejl, reelt er med til at skabe grobund for en mere lukket forvaltning – og dermed den manglende tillid som beskrevet i indledningen til dette kapitel.

Som nævnt indledningsvist er vi helt opmærksomme på, at det falder uden for kommissoriet at se på ansvarsreglerne for ansatte i embedsværket. Det er dog vores vurdering og dermed opfordring til udvalget at se på, hvordan disse spiller ind i forhold til dokumentation sagsge, processer og dokumentproduktion, herunder hvordan de kan tilrettelægges på en måde, der fremmer åbenhed.

Det kunne være ved, at man starter produktionen af alle tekster med det udgangspunkt, at de skal kunne udleveres. Og at man i nogle situationer, hvor undtagelserne gælder, har taget stilling til det fra start og lader dokumenter have en åben og en lukket del – og ikke som den nuværende undtagelses- og ekstraheringspraksis – og at der arbejdes meget tydeligere, f.eks ved i dokumenter at skrive, hvad det er for typer af oplysninger eller hensyn, der har ført til den lukkede del.

I forbindelse med Granskningskommissionen om Minksagen var der stor fokus på SMS'er samt tonen i en række beskeder udvekslet mellem centrale aktører. Uden at tage stilling til indholdet af disse skal vi dog bemærke, at det fra forskellig side blev rejst som et nybrud af nogle af de mere procesbærende mails og sms'er fik så fremtrædende en plads i den offentlige debat, herunder også hvor de ikke var afgørende for forståelsen af det bagvedliggende faglige beslutningsgrundlag.

Det er ikke et ukendt fænomen, at også på langt lavere niveau kan en mail være skrevet, som det den er, nemlig en hurtig ekspedition, hvor man ikke har haft i tankerne, at denne skulle gøres til genstand for større offentlighed, ligesom der kan være visse mere kollegiale regibemærkninger. Vi er opmærksom på, at det kan være vanskeligt at udsondre sådanne oplysninger i forhold til ekstrahering. Men det kan overvejes, om det ikke netop også er et område, som bør være genstand for presseetiske overvejelser. Ligeledes bør fremtidige ledere af kommissionsundersøgelser være opmærksomme på, sådan at sådanne mails kan udleveres i den psykologiske tryghed (ikke mindst for medarbejdere uden chefansvar), at det er substans og væsentlighed, der er styrende for, hvad det videreformidles til offentligheden.

Det andet perspektiv er politisk ledelse, det strategiske; det der handler, om hvilke initiativer man gerne vil tage for at 'udvikle politik', som det oftest formuleres af politikere.

Alle, der indgår i den debat, bør tage testen på sig selv. Hvor åbne ville vi selv være. Ville vi i Transparency International Danmark kunne forestille os, at alle vores overvejelser om, hvordan vi skal kommentere på en given sag var fuldt offentligt tilgængelige? Nej. Uanset, at vi praktiserer

⁶ Instrukskommissionen, bind 6, side 3500.

åbenhed ved, at vores bestyrelsesmøder er åbne, og alle kan deltage, så er det jo ikke alt, der foregår her. Ofte får vi henvendelser fra journalister, der kontakter os i tillid til, at vi kan behandle oplysninger fortroligt, indtil de er publiceret. Hvis ikke vi kunne håndtere det, ville vi ikke være en relevant kilde. Tilsvarende prøver vi også forskellige positioner af eller drøfter, forskellige juridiske overvejelser. De overvejelser vil vi meget gerne have lov til at have for os selv. Grunden er simpel: Ingen beslutninger bliver gode af, at man ikke har mulighed for at prøve dem af – også at forlade en idé igen, eksempelvis fordi den vil have svære juridiske konsekvenser. Tilsvarende forestiller vi os, at seriøse medier ville betakke sig for at holde redaktionsmøder åbne.

Dette fra vores eget indre liv skriver vi, fordi vi gerne vil understrege: vi kan godt forstå behovet for et rum for fortrolige drøftelser – også i den øverste politiske ledelse. I naturlig konsekvens af det vi tidligere har fremført, at der gerne må være et dokumentationsspor om, hvad der har været overvejet, og hvad der er sagt (også af hensyn til dokumentationen af administrationens overholdelse af kodex VII) må dele af dette kunne holdes internt, samtidig med at det faglige grundlag for den endelige beslutning ikke kan holdes internt. Nedenfor i afsnittet om staten vil vi gøre os nogle overvejelser om, hvordan dette kan håndteres i praksis.

Afslutningsvis vil skal vi pege på, at reglerne om aktindsigt på nogle stræk forskellige alt efter om de gives efter forvaltningsloven eller offentlighedsloven. Dette giver rigtig god mening, da de to regelsæt varetager hver sine grundlæggende hensyn. Vi finder det omvendt relevant at rejse problematikken, i hvilket omfang forskellen mellem offentlighedsloven og **miljøoplysningsloven** grundlæggende er båret af andre hensyn, end at det ene har baggrund i EU retten. Vi vil derfor opfordre udvalget til at se på, at i det omfang der ikke er reale grunde til en forskellige regulering at disse ophæves. Det kunne ske ved at overveje at indarbejde miljøbeskyttelsesloven i en og samme lovgivningsmæssige ramme.

3. Særlige spørgsmål vedrørende lovgivningsarbejdet

Regeringens opgaver efter grundloven er både at være den lovgivende og den udøvende magt. Behovet for offentligheden har i vores perspektiv lidt forskellige dimensioner, alt efter hvilken af de to funktioner regeringen har.

I forhold til den lovgivende magt kan man sige, at den centrale aktør i forhold til åbenhed er processen med lovbehandlingen i Folketinget, hvor grundloven og Folketingets forretningsorden har regler, der giver en generel stor åbenhed. Det er dog værd at notere sig, at en stor del af de politiske processer i lovgivningsarbejdet er flyttet ud af Folketinget og den regulering, der følger af Folketingets forretningsorden og over i for offentligheden lukkede processer i forligskredse, og hvor det alene er de partier, der inviteres af ministeren, der har adgang til visse af dokumenterne.

Et af de spørgsmål vi er særligt opmærksomme på i lovgivningsarbejdet er åbenhed i forhold til lobbyisme. Lobbyisme er en del af den demokratiske proces. Det er dels naturligt, at borgere, virksomheder og organisationer ønsker at påvirke den politiske proces. Det er også en del af

kvalificeringen af lovgivningsarbejdet, at man kan inddrage dem, der påvirkes af lovgivning. Nogle af disse hensyn kan opnås af anden vej end en øget adgang til aktindsigt.

En vej at gå vil være at følge anbefalinger fra EU kommissionen om at have regulering omkring lobbyisme. Transparency International Danmark har i forbindelse med den seneste revision af Justitsministeriets vejledning om lov kvalitet foreslået, at det klar skal fremgå af et lovforslag, hvilke aktører der har indgået i det lovforberedende arbejde også inden den officielle høring.⁷

I forhold til arbejdet i forligskredse anerkender vi fuldt behovet for dels at kunne få forelagt forskellige modeller, svar på spørgsmål og udkast til tekst, som ud fra et generelt proces- og åbenhedsperspektiv kan være nok interessante, men som for langt hovedparten er af mindre interesse, end den vi primært varetager. Det afgørende må som tidligere fremhævet fra vores perspektiv være, at grundlaget for den endelige beslutning kan dokumenteres.

En vej at gå for at imødekomme dette bør efter vores opfattelse være, at man ser på dokumentstruktur og tilblivelsesprocesser. Således at det bagvedliggende faglige grundlag udarbejdet i dokumenttyper, der i udgangspunktet kan udleveres efterfølgende, og at de mere frie politiske overvejelser og proces må dokumenteres i et andet dokumentspor.

Der bør i den forbindelse inddrages overvejelser om arbejdsdelingen mellem departementer og styrelser. Departementerne, der har som en af de primære opgaver at betjene ministeren, har de bagvedliggende hensyn om, at det interne kan holdes internt så meget større vægt, end det materiale og faglige kvalificering, der kommer fra styrelserne.

Vi er i forbindelse med udvalgets overvejelser om ministerbetjeningsreglen opmærksom på, at sondringen mellem, hvad der er ministerbetjening (proces) og det faglige beslutningsgrundlag fra en styrelse, ikke altid er skarp, fordi nogle dokumenter kan være bærer af begge hensyn. Her kan der efter vores opfattelse også arbejdes med en skarpere opdeling af dokumenter alt efter deres funktion, at nogle ekspeditioner vil forudsætte to dokumenter, samt at der tages stilling til spørgsmålet allerede ved bestilling eller initiering af dokumentet. Der skal så efterfølgende kunne gøres fravigelser af det oprindelige, men det skal så konkret kunne begrundes.

Hvor formodningen for det interne kan være i departementerne vil det have den omvendte formodning i styrelserne.

Et andet sted at indhente inspiration er fra Folketingets Finansudvalg. Her er der en praksis med, at en række aktstykker forelægges fortroligt, og hvor fortroligheden ophæves, når de bagvedliggende hensyn ikke længere er gældende. Det har ikke inden for rammerne af dette notat været muligt at foretage en analyse af, om hensynet bag fortrolighed altid kan bære at hele aktstykket er fortroligt. Men ordningen med ophævelse af fortrolighed bør kunne tjene til inspiration.

⁷ <https://transparency.dk/wp-content/uploads/2023/09/Brev-til-justitsministeriet-vejledning-om-lovkvalitet-11-09-23.pdf>

4. Særligt vedrørende udøvende magt

Ministeren er den udøvende magt. Heri ligger dels udmøntning af delegation, sager der direkte forelægges ministeren til resolution samt de sager der må antages at fylde en langt større til – ministerens tilsynsforpligtelse og oplysningspligt overfor folkettinget.

Hvis der ses bort de særlige regler om tavshedspligt, er det svært at se de reale grunde for ministerbetjeningsreglen i udøvelsen af ministerens tilsynsforpligtelse. Vi vil gerne anerkende, at er i nogle sager kan være et tidsapekt i forhold til frister. Ministerens tilsyn udøves måske mest effektivt ved, at man har noget tid til at afklare, hvad der er op og ned i en sag. I visse sagstyper kan der derfor argumenteres for lidt længere frister og dermed arbejdsrum til at afklare sagen. Dette skal så modsvares af, at i de sager hvor sådanne hensyn ikke er gældende, at der overholdes de relativt korte fristene i langt højere grad end det, der er tilfældet i sag.

Forligskredse arbejder dels i forbindelse med vedtagelsen af ny eller revision af eksisterende lovgivning. Forligskredsene arbejder også som en central del i opfølgning og implementering. Dermed deles den udøvende magt (ikke formelt men i praksis) mellem regeringen og de partier, der indgår i en forligskreds.

Dette bør også inddrages i overvejelserne og her er de hensyn, der retfærdiggøre at dokumenter kan undtages for aktindsigt, efter vores opfattelse ikke lige så stærke som de politiske overvejelser og forhandlinger om ny lovgivning. For her udøves magten af flere partier.

Om spørgsmålet om betydningen for de politiske processer vil vi samtidig opfordre udvalget til at række ud til Kommunernes Landsforening og Danske Regioner. Som vi kort vil notere os i det efterfølgende afsnit, arbejder man her med den udvidede sagsindsigt for politikere, og at alle partier i udgangspunktet er inviteret til forhandlinger, da administrationen skal betjene både flertal og mindretal. Man har med andre ord en årelang rutine og praksis i at kunne håndtere dette, som så vidt vides ikke giver anledning til væsentlige praktiske problemer.

Det bemærkes, at hvis en sag lægges op lukket dagsorden i en kommunalbestyrelse, opstår spørgsmålet, om det gøres, fordi oplysningerne er omfattet af tavshedspligt efter forvaltningsloven og straffeloven, eller det er ud fra andre hensyn. Desuden vil det ofte være sådan, at mindretallet kan have et helt legitimt behov for at kunne diskutere en sag uden at afsløre de oplysninger, der er tavshedsbelagt. Ofte er det muligt at udskille disse, så man kan lade de fortrolige oplysninger fremgår af et særskilt dokument, sådan at der er videst muligt offentlighed. Det er en ordning, der er til at praktisere, og man bør gøre sig overvejelser, om der bør pålægges både stat men også kommunerne og regioner en sådan pligt.

Et særligt element i staten er den dialog der foregår mellem departementerne og rigsrevisionen. I udgangspunktet er det vigtigt, at denne dialog kan dokumenteres. For enhver revisions- og kontrolinstans kan der være et praktisk tungtvejende hensyn til faktisk afklaring herunder afklaring af misforståelser, der taget ud af en kontekst, kan give et forkert billede af sagens faktiske indhold. Vi har det grundlæggende synspunkt – og så kan man altid diskutere fra, hvornår i processen det skal være gældende – at der bør være fuld aktindsigt i samarbejdet mellem rigsrevisionen og ministerierne (og regionerne der også er omfattet af rigsrevisionens kontrolvirksomhed).

Udover de forhold omkring reguleringen omkring ansvar er og aktindsigt er der også et enkelt andet spørgsmål om relationen mellem offentlighedsloven og personaleretten. I en række sager, hvor der er et element af noget personalejuridisk, er der en tendens til, at man lukker sagen fuldstændigt; 'da det er personaleforhold udtaler vi os af princip ikke'. Dette princip finder sin støtte i offentlighedsloven.

Det er vores opfattelse, at man bør se på, om snittet her er lagt rigtigt i sager, der vedrører de øverste stillingskategorier. I disse sager er det svært at skille det ene fra det andet, og det må være muligt at give en vis indsigt uden at komme ind på forhold, der er direkte personfølsomme som eksempelvis helbredsforhold.

5. Systemer og proces

Offentlighedsloven er teknologineutral. Det må samtidig forventes, at den teknologiske udvikling også fremadrettet vil gå stærkt. Det er vores opfattelse, at det bør indgå i udvalgets arbejde at pålægge myndighederne at udvikle sine systemer eller skifte systemer, sådan at det bliver nemmere at fremfinde dokumenter og udlevere dem under overholdelse af lovens frister.

I straffesager gælder en udvidet offentlighed sammenlignet med den udøvende magt. Her er der mulighed for domstolene at tage stilling til at lukke dørene, afgørelser der kan kæres og som spørgsmål der afgøres inden for en relativt kort frist. Det er vores opfattelse, at man bør overveje at inddrage også klagemuligheder sådan, at dette kan afgøres inden for en kort frist. Det vil over for dette forslag kunne indvendes, at det vil være ressourcekrævende og måske kan føre til en opdrift i sager i forhold til klager, der opgives på forhånd i det nuværende system. Hvis det modsvares af en klarere og tydeligere begrundelse, og at klageinstansen kan afvise sager, hvis de har karakter af misbrug eller bevidst træning, mener vi at sådan bekymring vil være ubegrundet.