

Dokument nr. 4:2

(2008-2009)

Særskild melding

frå

SIVILOMBODSMANNEN

Ombodsmannen sin rett til å få saksdokument oversendt til seg i samband med behandlinga av klager

Gitt til Stortinget 8. juni 2009

Til Stortinget

Ombodsmannen sin rett til å få saksdokument oversendt til seg i samband med behandlinga av klager

Eg viser til lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombodsmann for forvaltninga § 12 andre ledd, og vil med dette orientere Stortinget i ei særskild melding om at eg i samband med behandlinga av ei konkret klagesak er blitt nekta innsyn i eit saksdokument hos Olje- og energidepartementet. Når eg blir nekta tilgang til dokumentet, inneber dette at eg ikkje kan behandle klagesaka. På bakgrunn av avgjerda til departementet blir ombodsmannen hindra i å utføre vervet sitt.

Eg finn forholdet so alvorleg at det er grunn til å gi ei særskild melding til Stortinget, jf. også utsegna i Kontroll- og konstitusjonskomitéen si innstilling til årsmeldinga til ombodsmannen for 2008, Innst. S. nr. 252 (2008-2009).

Bakgrunnen for saka er ei klage frå journalist Vidar Ystad i Bergens Tidende. Han hadde bedt Olje- og energidepartementet om innsyn i eit dokument frå Regjeringsadvokaten til Olje- og energidepartementet. Departementet nekta å gi han innsyn, og det blei vist til offentleglova § 15 andre ledd, som kan gi høve til å halde attende eit dokument frå offentlegheita, dersom det er innhenta utanfrå for den interne saksførebuinga. Det blei vidare avslått å gi innsyn etter ei meirinnsynsvurdering.

For at ombodsmannen skulle kunne behandle klaga frå Ystad, og ta stilling til om departementet hadde gjort ei korrekt rettsleg vurdering av offentlegspørsmålet knytt til dokumentet frå Regjeringsadvokaten, blei det, i tråd med vanleg rutine, bedt om utlån av saksdokumenta frå Olje- og energidepartementet, jf. ombodsmannslova § 7. I saker som gjeld dokumentinnsyn må ombodsmannen undersøkje dei dokumenta innsynskravet gjeld for å kunne gjere ei sjølvstendig vurdering av om det er høve til å halde dokumentet attende frå offentlegheita. Det er her viktig å pre-

sisere at utlån til ombodsmannen av forvaltninga sine saksdokument, inneber at dokumenta blir nytta til ombodsmannen si undersøking av klagesaka. Etter ombodsmannen si behandling av saka vil dokumenta bli returnerte til forvaltninga. Ombodsmannen vil ikkje utlevere dokumentet til klagaren. I saker av denne typen vil ombodsmannen ved avslutninga av saka gi ei fråsegn om korleis han ser på forvaltninga si behandling av innsynssaka, jf. ombodsmannslova § 10.

Kravet om dokumentutlån blei i denne konkrete saka fleire gonger avslått av Olje- og energidepartementet med den konsekvens at eg ikkje har kunne behandle klagesaka frå Ystad.

I mitt avsluttande brev 2. juni 2009 til Olje- og energidepartementet har eg gitt ei framstilling av bakgrunnen for saka, og for korrespondansen mellom ombodsmannen og departementet. Vidare har eg gitt uttrykk for synet mitt på tolkinga av ombodsmannslova § 7 andre ledd, jf. tvistelova § 22-5. Som det går fram, meiner eg at departementet sin bruk av unnataket i ombodsmannslova § 7 andre ledd i dette tilfellet byggjer på eit uriktig grunnlag. Departementet sin referanse til at dokumentet gjeld advokatkommunikasjon, er etter mitt syn lite treffande i ei sak som gjeld spørsmålet om dokumentinnsyn etter offentleglova.

Utan tilgang til det saksdokumentet som det er bedt om innsyn i, er det umogeleg for ombodsmannen å ta stilling til om innsynssaka er behandla på korrekt måte. Saksdokumentet er i dette tilfellet det saka gjeld. Eg er ikkje samd med departementet når det gjeld spørsmålet om ombodsmannen kan avgjere saka på generelt grunnlag, utan å få sjå dokumentet.

Brevet til Olje- og energidepartementet følgjer som trykt vedlegg til denne særskilde meldinga.

Oslo, 8. juni 2009

Arne Fliflet

Vedlegg

Sak om dokumentinnsyn og ombudsmannens rett til å få oversendt det dokumentet innsynssaken gjelder

Journalist Vidar Ystad i Bergens Tidende klaget 13. januar 2009 til ombudsmannen over Olje- og energidepartementets (OED) vedtak 12. januar 2009, der han ble nektet innsyn i dokument 08/03933-5. Departementet har angitt at dokumentet inneholder en juridisk vurdering fra Regjeringsadvokaten i tilknytning til et tilsettingsforhold.

For å kunne vurdere om det var grunn til å undersøke nærmere avslaget på dokumentinnsyn for Ystad, ble OED i brev 19. januar 2009 bedt om å oversende sakens dokumenter, herunder det dokumentet det var fremmet krav om innsyn i. Det ble opplyst at dokumentet klagen gjelder ikke ville bli gjort kjent for klageren.

I brev 3. februar 2009 fremholdt OED at departementet «ikke [har] funnet det riktig å oversende den vurderingen fra Regjeringsadvokaten som innsynsbegjæringen gjelder». I brevet ble det gitt en generell redegjørelse for hvorfor dokumentet ikke kunne offentliggjøres, jf. offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 §§ 15 første ledd og 11. Videre ble det gitt en generell redegjørelse for meroffentlighetsvurderingen, og anført at de samme grunnene som talte mot meroffentlighet også talte mot å oversende dokumentet til ombudsmannen. Det ble videre vist til ombudsmannsloven 22. juni 1962 nr. 8 § 7 annet ledd, jf. tvisteloven 17. juni 2005 nr. 90 § 22-5.

I brev herfra 12. februar 2009 ble Statsministerens kontor (SMK) bedt om å ta stilling til de prinsipielle spørsmålene knyttet til ombudsmannens innsynsrett. Dette ble avslått i brev 2. mars 2009, der SMK uttalte at man ikke fant det «riktig å gjøre en vurdering av Olje- og energidepartements håndtering av denne saken».

Saken ble igjen tatt opp med OED i brev 10. mars 2009. Det ble vist til ombudsmannsloven § 7 første ledd, hvoretter ombudsmannen kan «kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv», og at ombudsmannen har taushetsplikt med hensyn til opplysninger han mottar fra forvaltningen, jf. ombudsmannsloven § 9. Videre ble det presisert at nektelse av innsyn i praksis ville bety at ombudsmannen ikke kunne behandle klagen fra Ystad. Nektet innsyn for ombudsmannen i det dokumentet det var begjært innsyn i, ville frata ombudsmannen muligheten til å kontrollere om OEDs avslag på dokumentinnsyn var en «urett», jf. ombudsmannsloven § 6 første ledd, eller om det innebærer «feil eller utvist forsømmelig forhold», jf. ombudsmannsloven § 10 annet ledd.

OED ble bedt om å kommentere om nektelse av innsyn for ombudsmannen ville begrense ombuds-

mannens adgang til å prøve om avslaget på dokumentinnsyn for Ystad var i henhold til offentleglova. Det ble også bedt om en redegjørelse for hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende for å nekte innsyn i Regjeringsadvokatens brev til departementet i en sak der ombudsmannen skal ta stilling til et avslått krav om innsyn i dette dokumentet. Avslutningsvis ble det bedt om en redegjørelse for på hvilken måte henvisningen til meroffentlighetsvurderingen var relevant for spørsmålet om ombudsmannens innsynsrett.

OED ga sine kommentarer i brev 31. mars 2009. Det ble innledningsvis vist til Ot.prp. nr. 74 (2005-2006), som harmoniserte annen lovgivning med den nye tvisteloven. Departementet viste til at Stortinget da drøftet et forslag fra ombudsmannen om opphevelse av den generelle henvisningen i ombudsmannsloven § 7 annet ledd til tvisteloven kap. 22. Videre uttalte departementet følgende om hvilken betydning Stortingets behandling av saken i forbindelse med tvistelovsreformen fikk for adgangen til å nekte ombudsmannen innsyn i dokumentet i denne saken:

«Beskrivelsen ovenfor viser at lovgiver ikke har ønsket å oppheve begrensningen i Sivilombudsmannens kompetanse til å kreve utlevert et dokument som omfattes av bevisforbudet for advokatkommunikasjon, slik Ombudsmannen foreslo.

Som det fremgår av redegjørelsen ovenfor er begrensningen i Sivilombudsmannens adgang til å kreve tilgang til advokatkommunikasjon sammenfallende med den som gjelder overfor domstolene. Domstolenes kontroll med forvaltningen er en viktig rettssikkerhetsgaranti som har grunnlovs rang. Likefullt har heller ikke domstolene krav på å få tilgang til advokatkommunikasjon som ledd i sin bevisvurdering, jf. tvisteloven § 22-5. Bevisforbudet må ses i sammenheng med at advokaters taushetsplikt anses som en fundamental rettssikkerhetsgaranti som fremmer klientens interesser, respekten for rettspleien og samfunnets lover. Både Høyesterett og Den europeiske menneskerettighetsdomstolen har i flere tilfeller vernet om taushetsplikten og fremhevet den som en sentral rettssikkerhetsgaranti og et viktig prinsipp i enhver sivilisert rettsstat. Bevisforbudet gjelder uavhengig av hvem som besitter dokumentet (se for eksempel Rt. 1999 s. 1066, Rt. 2000 s. 1139 og Rt. 2004 s. 1668). Det fremgår videre av rettspraksis at advokaters taushetsplikt ikke kan settes til side etter en interesseavveining, jf. for eksempel Rt. 1983 s. 430. Dette er også bakgrunnen for at Regjeringsadvokatens betenkninger aldri har vært tillatt ført som bevis for domstolene. Det kan i denne forbindelse vises til Høyesteretts kjæremålsutvalg kjennelse av 6. mai 1985, som følger vedlagt.

Etter OEDs syn omfattes den aktuelle uttalelsen fra Regjeringsadvokaten av bevisforbudet i tvistelov-

ven § 22-5. Beslutningen om å ikke oversende Regjeringsadvokatens betenkning er derfor hjemlet i ombudsmannsloven § 7 annet ledd jf. tvisteloven § 22-5.

På denne bakgrunn er det ikke nødvendig med en nærmere vurdering av hvilke reelle hensyn som gjør seg gjeldende i saken. Likefullt har OED, i vårt brev av 3. februar 2009, vist til at Ombudsmannen ikke trenger innsyn i den konkrete advokatkommunikasjonen for å konkludere med at avslaget på innsyn var hjemlet i offentlighetsloven § 15. Det samme gjør seg gjeldende i forhold til hvorfor det vil være skadelig å utvise meroffentlighet i denne type kommunikasjon.»

I nytt brev til OED 17. april 2009 fremhevet jeg at det aktuelle dokumentet er sakens gjenstand, og at departementets nektelse av å oversende dokumentet førte til at jeg ikke kunne utføre min plikt etter ombudsmannsloven. For å kunne ta stilling til offentlighetsspørsmålet, måtte jeg se det dokumentet klagen gjaldt.

Jeg anførte at de reglene departementet viste til var gitt av hensyn til departementet selv, og ment å beskytte det som er sagt til særlig yrkesutøvere. Det var derfor lite treffende at OED viste til en taushetsplikt for Regjeringsadvokaten om opplysninger som var gitt av departementet. Dessuten kunne departementet etter paragrafens tredje ledd samtykke i at opplysninger som omfattes av bestemmelsens første ledd blir ført som bevis.

Det ble deretter avholdt et møte 13. mai 2009 mellom Olje- og energidepartementet og ombudsmannen. I møtet redegjorde jeg kort for hvordan ombudsmannen ville behandle dokumentet, hvorfor det var avgjørende at ombudsmannen fikk tilgang til dokumentet og hvordan den videre saksgangen ville være dersom dokumentet ble oversendt. OED redegjorde for sitt syn på saken.

OED uttalte på nytt i brev 14. mai 2009 at ombudsmannen ikke hadde behov for innsyn i det aktuelle dokumentet for å kunne vurdere hvorvidt det var hjemmel for å unnta dokumentet fra offentligheten. Det ble avslutningsvis fremholdt at ombudsmannen skulle ha samme rett som domstolene til å få tilgang på dokumenter, og at staten av prinsipielle grunner aldri hadde samtykket i at advokatkommunikasjon ble ført som bevis for retten. Det var heller ikke grunnlag for å samtykke til oversendelse til ombudsmannen i denne saken.

Mitt syn på saken:

Det underliggende saksforholdet gjelder OEDs avslag på en journalists krav om innsyn i en vurdering fra Regjeringsadvokaten til OED. Etter at kravet om innsyn ble avslått av OED med hjemmel i offentleglova, ble saken brakt inn for ombudsmannen for vurdering. I tråd med alminnelig rutine ble det herfra bedt om utlån av saksdokumentene fra OED, jf. ombudsmannsloven § 7. I saker som gjelder innsyn må

ombudsmannen nødvendigvis undersøke det eller de dokumentene innsynskravet gjelder for å kunne foreta en selvstendig vurdering av om det er adgang til å unnta dokumentet fra offentligheten.

Utlån av saksdokumenter til ombudsmannen innebærer at dokumentene blir brukt i ombudsmannens undersøkelser av saken. Etter at ombudsmannens undersøkelser er avsluttet, vil dokumentene normalt bli returnert til forvaltningen. Dokumentene er ikke en del av ombudsmannens saksdokumenter som er gjenstand for innsyn etter ombudsmannsloven, og ombudsmannen vil ikke under noen omstendighet utlevere dokumentet til klageren. I saker som gjelder innsyn etter offentleglova, kan saken bli avsluttet med at ombudsmannen gir uttrykk for sitt syn på om det var rettslig grunnlag for å unnta dokumentet fra offentligheten. Uttalelsen vil i seg selv ikke røpe noe om det innholdet i dokumentet som forvaltningsorganet mener skal unntas fra offentligheten.

Ombudsmannen har i denne saken blitt nektet utlån av det saksdokumentet innsynssaken gjelder. OED har vist til ombudsmannsloven § 7 annet ledd, jf. tvisteloven § 22-5.

Ombudsmannsloven § 7 første og annet ledd lyder:

«Ombudsmannen kan hos offentlige tjenestemenn og hos alle andre som virker i forvaltningens tjeneste, kreve de opplysninger han trenger for å kunne utføre sitt verv. I samme utstrekning kan han kreve fremlagt protokoller og andre dokumenter.

Reglene i tvisteloven kapittel 22, med unntak for §§ 22-2, 22-6 og 22-7, får tilsvarende anvendelse for Ombudsmannens rett til å kreve opplysninger.»

Om ombudsmannens undersøkelse av klager heter det videre i Instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen 19. februar 1980 nr. 9862 § 6 annet ledd:

«Ombudsmannen avgjør hvilke skritt som bør tas til avklaring av saksforholdet. Han kan innhente de opplysninger han finner nødvendig i samsvar med bestemmelsene i ombudsmannslovens § 7 og sette frist for å etterkomme pålegg om å gi opplysninger eller legge frem dokumenter m.v. Han kan også foreta nærmere undersøkelser hos det forvaltningsorgan eller den virksomhet klagen gjelder, jfr. Ombudsmannslovens § 8»

Det følger også av forarbeidene til lovens § 7 at «[d]et riktige siktepunktet må være at ombudsmannen har rett til alle opplysninger som har betydning for den sak han har til behandling», samt at «[h]vis ombudsmannen ikke får de opplysninger han mener er nødvendige, vil han ikke ha grunnlag for en saklig avgjørelse», se Innst. O. XV (1961-1962) side 6. Dette følger også av NOU fra Forvaltningskomiteen side 452 som fremhever at dersom «ombudsmannen [skal] kunne utføre sitt verv på en tilfredsstillende måte, må han ha en vidstrakt rett til å kreve opplys-

ninger, og til å foreta de undersøkelser som han finner nødvendig». Disse uttalelsene kom i forbindelse med drøftelsen av ombudsmannens tilgang til interne saksdokumenter.

I samme forbindelse skrev departementet i Ot.prp. nr. 18 (1961-1962) Om lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen:

«Ombudsmannen kan etter utkastet kreve de opplysninger som er nødvendige for utførelsen av hans verv'. I alminnelighet vil det si at han må få se hele den korrespondanse som foreligger i saka og dessuten kunne kreve de tilleggsopplysninger han trenger for å få et fullstendig bilde av saksbehandlingen og grunnlaget for den avgjørelse som er truffet. Noen konkretisering av særskilte 'bevisdokumenter' er det ikke meningen at Ombudsmannens skal foreta. For så vidt er hans rett til å kreve opplysninger vesentlig videre enn den rett domstolene har.»

Hensynet bak ombudsmannsloven § 7 er å sikre ombudsmannens adgang til de dokumentene som er relevante for å kunne behandle en sak. Det er ombudsmannens oppgave å føre kontroll med forvaltningen, blant annet med forvaltningens rettsanvendelse i innsynssaker. For å kunne kontrollere rettsanvendelsen etter offentleglova i en konkret sak, må ombudsmannen nødvendigvis ha tilgang til dokumentet.

Ombudsmannsloven § 7 annet ledd inneholder et unntak fra hovedregelen om ombudsmannens adgang til å kunne kreve opplysninger. Det er i denne bestemmelsen inntatt en henvisning til tvisteloven kap. 22, med unntak for § 22-1, 22-6 og 22-7, som får tilsvarende anvendelse for ombudsmannens rett til å kreve opplysninger. Bestemmelsen er en videreføring av den tidligere bestemmelsen, der henvisning var til rettergangsloven §§ 204-209. I forbindelse med endringsforslaget reiste jeg spørsmål om det var grunnlag for å fortsatt ha en slik henvisning i ombudsmannsloven § 7, annet ledd, idet det i hovedsak bare var henvisningen i ombudsmannsloven § 7 annet ledd, jf. § 22-1 om bevisforbud for opplysninger av betydning for rikets sikkerhet eller forhold til fremmed stat, som var dekkende for dagens praksis.

I Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) side 13 uttalte departementet at «[d]et vil ligge utenfor rammen for denne proposisjon å foreta en generell revisjon av de prosess- og saksbehandlingsregler i andre lover som må endres som følge opphevelsen av tvistemålsloven, eller å vurdere de prosessuelle reglene for Sivilombudsmannens virksomhet, jf. 3.1 foran».

På bakgrunn av Stortingets behandling av Ot.prp. nr. 74 (2005-2006) legger jeg til grunn at endringen av ombudsmannsloven bare var en redaksjonell endring i forbindelse med vedtakelsen av ny tvistelov. Verken departementet eller Stortinget tok imidlertid stilling til den nærmere forståelsen av ombudsmannsloven § 7 annet ledd, herunder henvisningen til tvisteloven § 22-5.

Spørsmålet er om henvisningen til tvisteloven § 22-5 gir forvaltningen rettslig adgang til å nekte å oversende saksdokumentet til ombudsmannen i denne saken når ombudsmannen har bedt om det.

OED har i redegjørelsen vist til at dokumentet det er tale om gjelder «advokatkommunikasjon». Det vises blant annet til at domstolene ikke har krav på å få tilgang til advokatkommunikasjon som ledd i sin bevisvurdering, og at bevisforbudet må sees i sammenheng med advokaters taushetsplikt, som er en fundamental rettssikkerhetsgaranti som bl.a. fremmer klientens interesser.

Tvisteloven § 22-5 skal beskytte klienten, i dette tilfelle departementet, og forhindre at de opplysninger som er gitt til en advokat fremføres som bevis for domstolene. Som tidligere nevnt er tvisteloven tuftet på forhandlingsprinsippet, og denne konkrete bestemmelsen er gitt av hensyn til klienters adgang til fortrolige samtaler med advokater. Ombudsmannen skal i denne saken imidlertid ikke vurdere innholdet i Regjeringsadvokatens rådgivning til departementet. Dokumentet skal heller ikke anvendes som «bevis» for departementets opptreden eller lignende i tilsetningsforholdet. Det er for å kunne ta stilling til offentlighetsspørsmålet at det er bedt om oversendelse av dokumentet til ombudsmannen. For behandlingen av klagen fra Ystad vil det ikke ha selvstendig betydning at dokumentet inneholder «advokatkommunikasjon». Det avgjørende for min behandling av offentlighetsspørsmålet er om dokumentets opprinnelse og innhold gir departementet adgang til å unnta dokumentet fra offentlighet.

På denne bakgrunn synes departementets betraktninger om hensynene bak tvistelovens bestemmelser som verner «advokatkommunikasjon» å være lite treffende. Hensynene slår ikke til i dette tilfellet, og det er da vanskelig å se at hovedregelen i ombudsmannsloven § 7 første ledd om at ombudsmannen har adgang til å kreve de nødvendige opplysningene fra forvaltningen skal innskrenkes. Dette har ikke vært meningen med henvisningen til tvisteloven § 22-5. Det er derfor min oppfatning at departementets avgjørelse bygger på en uriktig tolkning av ombudsmannsloven § 7 annet ledd.

Jeg finner OEDs beslutning om å nekte å oversende det aktuelle dokumentet fra Regjeringsadvokaten beklagelig, da den hindrer ombudsmannen i å utføre sitt verv.

Jeg vil derfor på ny oppfordre departementet til å revurdere sitt standpunkt. Saken er av prinsipiell betydning, og jeg vil derfor gi Stortinget en særskilt melding om forholdet, jf. ombudsmannsloven § 12 annet ledd.

Oslo, 2. juni 2009

Arne Fliflet

