



ARKIVKOPI

DET KONGELIGE
JUSTIS- OG POLITIDEPARTEMENT

Lovavdelingen

8

Finansdepartementet
Postboks 8008 Dep
0030 Oslo

Deres ref.
08/3871 J HEH

Vår ref.
200807049 EO MHG/mk

Dato
04.03.2009

Kjøp av klimakvoter - forholdet til offentleglova

Vi viser til Finansdepartementets brev 3. november 2008 der det bes om en avklaring av "adgangen til å unnta fra offentlighet tilbud om kjøp av klimakvoter fra Den grønne utviklingsmekanismen (CDM)" og til etterfølgende e-post utveksling i anledning at vi ba om enkelte supplerende opplysninger.

1. Dagens Næringsliv har klaget Finansdepartementets avslag på innsyn i diverse dokumenter som gjelder kjøp av klimakvoter inn for Sivilombudsmannen. Sivilombudsmannen avga uttalelse i denne saken 4. februar 2009 (ombudsmannen sak 2008/571). Sivilombudsmannen mente at det er begrunnet tvil knyttet til Finansdepartementets taushetspliktavurdering, og at Finansdepartementet dermed burde foreta en fornyet vurdering av innsynskravet. Sivilombudsmannen mente også at det knyttet seg tvil til unntaksgrunnlaget for de dokumenter som ikke er taushetsbelagte, og Sivilombudsmannen mente derfor at det var hensiktsmessig at Finansdepartementet vurderte hele innsynskravet på nytt. Dagens Næringsliv har i udatert brev mottatt her per e-post 22. januar 2009 og i e-post 6. februar 2009 kommentert Finansdepartementets anmodning hit og for øvrig gitt sitt syn på de tolkningsspørsmål saken reiser.

2. Slik saken er forelagt for oss, har vi ikke grunnlag for å gi noe definitivt svar på om og eventuelt i hvilken utstrekning de enkelte dokumenter som innsynskravet fra Dagens Næringsliv gjelder, kan og bør eller skal unntas helt eller delvis fra innsyn. I det følgende gir vi vårt syn på noen av de generelle rettslige spørsmålene som vil ha betydning for avgjørelsen av innsynskravet.

3. Finansdepartementet må avgjøre innsynskravet ut fra reglene i den nye offentleglova. I dette tilfellet kan det være at innsynskravet også må vurderes etter miljøinformasjonsloven. Vi har ikke tilstrekkelig grunnlag for å ta stilling til om og eventuelt i hvilken utstrekning de dokumenter som innsynskravet omfatter, inneholder miljøinformasjon slik dette er definert i miljøinformasjonsloven § 2.

4. I den grad innsynskravet omfatter miljøinformasjon er det et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for å gjøre unntak fra innsyn for miljøinformasjon etter miljøinformasjonsloven § 11 første ledd at informasjonen eller dokumentet informasjonen finnes i, kan unntas fra innsyn etter offentleglova. Etter miljøinformasjonsloven § 11 første ledd kreves det i tillegg at det foreligger et reelt og saklig behov for unntak i det enkelte tilfelle. Etter miljøinformasjonsloven § 11 annet ledd skal det i vurderingen av om det foreligger et reelt og saklig behov foretas en avveining av de miljø- og samfunnsmessige interessene som ivaretas ved å utlevere informasjonen, opp mot de interessene som ivaretas ved et avslag. Dersom de miljø- og samfunnsmessige interessene veier tyngst, skal informasjonen utleveres. Vurderingen som skal foretas etter miljøinformasjonsloven § 11 annet ledd, er dermed et stykke på veg lik meroffentlighetsvurderingen som skal skje etter offentleglova § 11 i situasjoner der dokumenter eller opplysninger kan unntas fra innsyn etter offentleglova. Men mens utfallet av meroffentlighetsvurderingen etter offentleglova § 11, det vil si spørsmålet om det skal utøves meroffentlighet eller ikke, hører under forvaltningens frie skjønn, vil forvaltningen etter miljøinformasjonsloven § 11 annet ledd ha en plikt til å gi innsyn i miljøinformasjon når de miljø- og samfunnsmessige interessene som varetas ved offentliggjøring, veier tyngre enn de hensyn som varetas ved avslag. Dette gjelder også i tilfeller hvor miljøinformasjonen er underlagt lovbestemt taushetsplikt f.eks. etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Miljøinformasjonsloven § 11 annet ledd legger dermed ikke opp til noen meroffentlighetsvurdering i vanlig forstand, men oppstiller et generelt og gjennomgripende unntaksvilkår.

I det videre arbeid med saken må Finansdepartementet dermed ta stilling til om og i hvilken grad de aktuelle dokumenter inneholder informasjon som dekkes av definisjonen av miljøinformasjon i miljøinformasjonsloven § 2. Dette kan også tenkes å ha betydning i forhold til miljøinformasjonsloven § 12 som fastsetter at visse former for miljøinformasjon alltid skal offentliggjøres uten hinder av unntaksregelen i § 11. Vi har imidlertid vanskelig for å se hvordan selve tilbudene i saker om kjøp av klimakvoter og andre dokumenter i slike saker kan være omfattet av § 12. Det er på det rene at informasjon om selve kvotesystemet, herunder om opprettelsen av det og fastsettelsen av de enkelte kvoter, vil være omfattet av § 12 bokstav b. Vi viker likevel tilbake for å anse informasjon om omsetning av kvotene for å være omfattet av bestemmelsen. En slik forståelse vil gi bestemmelsen en svært stor rekkevidde som går ut over det som var tilsiktet, jf. Ot.prp. nr. 116 (2001-2002) s. 161-162.

5. I det følgende konsentrer vi oss om å gi noen føringer for hvordan innsynskravet skal vurderes etter offentleglova.

5.1. Det tidsavgrensede unntaket i offentleglova § 23 tredje ledd for tilbud og protokoller får bare anvendelse for tilbud og protokoller i saker der anskaffelsen er omfattet av lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser. Kjøp av klimakvoter omfattes ikke av lov om offentlige anskaffelser, jf. loven § 3. Det innebærer at unntaket i offentleglova § 23 tredje ledd ikke kan brukes på tilbud og protokoller i saker om kjøp av klimakvoter. Det tidsavgrensede unntaket for tilbud og protokoller i forskrift 14. februar 1986 nr. 351 til den gamle offentlighetsloven punkt V nr. 12 var for øvrig av samme grunn heller ikke anvendbart for tilbud i saker om kjøp av klimakvoter.

5.2. Offentleglova § 23 første ledd kan derimot gi unntaksgrunnlag i slike saker. Bestemmelsen gir anledning til å gjøre unntak for opplysninger bl.a. når det er påkrevd av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til organet. Bestemmelsen ivaretar det offentliges privatøkonomiske interesser, det vil blant annet si hensynet til å oppnå en lavest mulig pris, og vil typisk kunne brukes for å unnta opplysninger der offentlighet vil svekke det offentliges forhandlingsposisjon ved kjøp av varer og tjenester, men også ved kjøp av klimakvoter. Unntaket er snevret inn i forhold til § 6 første ledd nr. 2 bokstav a i den gamle offentlighetsloven ved at det gjelder opplysninger, og ikke hele dokumenter. Det innebærer at det i utgangspunktet bare vil være adgang til å unnta de opplysninger i et dokument som det er påkrevd å unnta av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomiforvaltningen til organet, mens resten av dokumentet vil være offentlig. Det vil bare være anledning til å unnta resten av dokumentet dersom et av de tre alternative vilkårene i offentleglova § 12 er oppfylt, jf. nærmere om dette i punkt 8.

Vi antar at offentleglova § 23 første ledd vil gi anledning til å gjøre unntak for visse opplysninger i tilbud om kjøp av klimakvoter, f.eks. opplysninger om pris og andre elementer i tilbudene som er av betydning for valg mellom ulike tilbud, i hvert fall så lenge det er aktuelt å motta ytterligere tilbud. Bakgrunnen for dette er at det vil kunne føre til dårligere tilbud dersom senere tilbydere får anledning til å tilpasse seg allerede inngitt tilbud. Når det ikke lenger er aktuelt å motta nye tilbud i den pågående konkurransen, vil det bare være anledning til å gjøre unntak for opplysninger i tilbudene etter § 23 første ledd dersom det er holdepunkter for at innsyn vil kunne svekke det offentliges posisjon ved et senere kjøp av klimakvoter, f.eks. hvis noen av tilbudene også skal gjelde i kommende konkurranser.

Vi har merket oss at Sivilombudsmannen i punkt 3.3 i sin uttalelse synes å åpne for at det kan gi grunnlag for å unnta tilbudene etter offentleglova § 23 første ledd at offentlighet omkring tilbudene vil føre til en dramatisk reduksjon i antall tilbydere i en konkurranse. Selv om dette kan ha betydning for det offentliges økonomiforvaltning, er vi usikre på om en slik effekt vil gi grunnlag for å unnta tilbudene. Offentleglova § 23 første ledd verner utelukkende om det offentliges interesser, ikke om interessene til tilbyderne, jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 144 annen spalte. Dersom en slik tolkning som Sivilombudsmannen synes å åpne for legges til grunn, vil dette medføre at

holdningen hos et tilstrekkelig antall av potensielle tilbydere vil være bestemmende for unntaksadgangen, noe som vil harmonere dårlig med lovens system. Dette vil også kunne medføre at forskjellige tilbud må behandles ulikt i forhold til innsynsspørsmålet etter at konkurransen avsluttes alene basert på tilbydernes holdninger uavhengig av tilbudenes innhold. Vi er tilbøyelige til å anta at det ved anvendelsen av § 23 første ledd ikke kan legges vekt på at eventuell offentlighet omkring tilbudene etter at konkurransen er avsluttet, kan føre til at det ikke inngis eller inngis færre tilbud. Tilbydernes interesser i å ikke få svekket sin konkurranseposisjon i senere konkurranser eller å unngå røping av forretningshemmeligheter for øvrig varetas av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 jf. offentleglova § 13 første ledd. Ut fra den legislative begrunnelsen for offentleglova § 23 første ledd er det neppe rom for å bruke denne bestemmelsen til å gi tilbyderne noe vern ut over det som følger av reglene om taushetsplikt.

5.3. Etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 er opplysninger om tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningene angår, underlagt taushetsplikt. Slike opplysninger skal unntas fra innsyn etter offentleglova § 13 første ledd. Omfanget av taushetsplikten er ikke endret med den nye offentleglova.

Forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 vil i utgangspunktet kunne omfatte en hver form for opplysning om en næringsdrivende virksomhet eller person. Taushetsplikten begrenses imidlertid av at det må være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde opplysningen. Dette vilkåret innebærer at det bare vil være taushetsplikt for opplysninger der offentlighet omkring opplysningen vil kunne påføre den opplysningen gjelder et økonomisk tap, eller redusert gevinst. Kjerneområdet for taushetsplikt etter bestemmelsen er opplysninger som andre vil kunne bruke på tilsvarende måter i sin egen virksomhet, typisk en original forretningsidé, eller som de kan bruke for å tilpasse sin egen virksomhet i forhold til konkurrenters virksomhet, f.eks. markedsføringsstrategier. Det avgjørende vil være om opplysningene etter sin art kan ha en slik skadevirkning, og ikke om den konkrete mottageren av opplysningene kan tenkes å dra slik nytte av dem. Det vil ikke gjelde taushetsplikt for enhver opplysning hvor offentlighet kan føre til økonomisk tap for den opplysningen gjelder. Der eventuelle skadevirkninger kan inntreffe pga. generell tillitssvikt i markedene, f.eks. hvis det gjelder opplysninger om svak økonomi eller at en bedrift har handlet kritikkverdig, og ikke i form av at konkurrenter utnytter opplysningene direkte i egen virksomhet eller ved tilpassning, vil det som regel ikke være taushetsplikt for opplysningene.

Det vil ikke ha konkurransemessig betydningen at forvaltningen gir innsyn i opplysninger som er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder. Opplysninger som f.eks. har vært omtalt på en notorisk måte i media eller i offentlige rapporter, eller som

er tilgjengelig for enhver fra annet hold enn hos forvaltningen, vil derfor ikke være underlagt taushetsplikt.

Taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 vil kunne foreligge uavhengig av om opplysningene gjelder private eller offentlige instanser. Poenget er at bestemmelsen verner om privatøkonomiske interesser både for private og offentlige virksomheter. Dette innebærer at også interessene til en stat som skal selge klimakvoter i et marked, vil kunne være vernet av bestemmelsen.

Det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde priser og andre vilkår i et tilbud, i hvert fall så lenge også andre har anledning til å inngi tilbud i samme konkurranse. Så langt vil det være sammenfall mellom unntaksplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 jf. offentleglova § 13 første ledd og offentleglova § 23 første ledd. Når en konkurranse er avsluttet vil priser og andre vilkår fortsatt kunne være omfattet av taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 dersom prisene eller vilkårene vil kunne ha relevans i senere konkurranser. Hvorvidt dette vil være tilfelle, vil bl.a. avhenge av hvor raskt priser og andre vilkår endrer seg i det aktuelle markedet. I en del markeder endrer forholdene seg så raskt at en pris som er tilbudt i dag, vil være irrelevant om noen måneder. Opplysninger om prosjekter, forretningsideer o.l. i tilbudene som ikke er alminnelig kjente eller tilgjengelige, vil som regel være taushetsbelagte både under konkurransen og etter at den er avsluttet.

På denne bakgrunn antar vi at Finansdepartementets synspunkt i brevet 3. november 2008 om at alle tilbud i saker om kjøp av klimakvoter i sin helhet skal unntas fordi selv en isolert opplysning om at en aktør har inngitt et tilbud være taushetsbelagt etter offentleglova § 13 jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, ikke er holdbart.

Taushetsplikten etter forvaltningsloven § 13 første ledd vil bortfalle i den utstrekning den som har krav på taushet samtykker i offentliggjøring, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 1. I slike tilfeller hvor taushetsplikten faller bort ved samtykke, kan den som ber om innsyn kreve at innsynskravet sammen med en eventuell begrunnelse for kravet legges frem for den som har krav på taushet med en passende svarfrist, jf. offentleglova § 13 tredje ledd første punktum. Forvaltningen har i så fall plikt til å rette en slik henvendelse til den som har krav på taushet.

Alle opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov er unntatt fra innsyn etter offentleglova § 13 første ledd. Dersom forvaltningen har innsideinformasjon, vil det gjelde taushetsplikt for denne informasjonen, jf. verdipapirhandelloven § 3-4 første ledd jf. § 3-2. Virkeområde til bestemmelsen i verdipapirhandelloven § 3-4 første ledd er imidlertid begrenset til å gjelde informasjon om finansielle instrumenter som omsettes på visse markeder, jf. verdipapirhandelloven § 3-1 ledd.

6. Etter offentleglova § 3 har alle rett til innsyn i forvaltningens saksdokumenter dersom det ikke er unntaksadgang eller plikt etter lov eller forskrift gitt i medhold av lov. Så langt det ikke er unntaksadgang eller plikt er det altså en rett til innsyn. Denne innsynsretten for allmennheten kan ikke begrenses ved at forvaltningen lover konfidensialitet. Dersom det ikke er unntaksadgang eller plikt etter offentlighetsloven, vil et slik løfte være uten betydning, slik at løftet ikke begrenser retten til innsyn. Et slikt løfte vil bare kunne oppfylles i den grad loven gir unntaksadgang eller plikt. Dersom det er unntaksadgang, skal forvaltningen etter offentleglova § 11 vurdere meroffentlighet. Denne bestemmelsen oppfordrer videre forvaltningen til å utøve meroffentlighet dersom det ikke foreligger noe reelt og saklig behov for unntak, eller hvor hensynene som taler for offentlighet oppveier et eventuelt reelt og saklig unntaksbehov. Forvaltningen vil ikke kunne avgi bindene løfter om at det aldri skal utøves meroffentlighet i tilfeller hvor det er unntaksadgang. Det følger av dette at det ikke må avgis reservasjonsløse konfidensialitetsløfter overfor private. Overfor private vil det imidlertid være anledning til å orientere om offentleglova og hvilken unntaksadgang og plikt som finnes. Om avgivelse av slike løfter overfor stater eller internasjonale organisasjoner vises det til punkt 7.

7. Overfor andre stater og internasjonale organisasjoner kan Norge påta seg folkerettslige forpliktelser til å hemmeligholde dokumenter og opplysninger. I den grad Norge har påtatt seg slike forpliktelser vil som regel offentleglova § 20 første ledd bokstav a gi anledning til å unnta opplysninger som er omfattet Norges folkerettslige forpliktelser om hemmelighold.

7.1. Vi har blitt forelagt en konfidensialitetserklæring som er avgitt overfor Verdensbanken. Erklæring er etter det vi har fått opplyst undertegnet av en embetsmann i Finansdepartementet og undertegningen skjedde på grunnlag av en ren administrativt behandling av spørsmålet i Finansdepartementet. Slik saken er opplyst for oss, kan vi ikke se at Erklæringen medfører at Norge har påtatt seg noen folkerettslig forpliktelse. Offentleglova § 20 første ledd bokstav a kommer dermed ikke til anvendelse på slik informasjon som er omfattet av erklæringen. Det kan imidlertid spørres om erklæringen indikerer at det foreligger en fast praksis mellom stater og involverte internasjonale organisasjoner om at visse opplysninger skal behandles konfidensielt, jf. offentleglova § 20 første ledd bokstav b annet alternativ. Etter ordlyden legger ikke erklæringen opp til fullstendig konfidensialitet, da den åpner for at offentliggjøring kan skje så langt lovgivningen krever det. Etter ordlyden hindrer dermed ikke erklæringen offentliggjøring av dokumenter eller opplysninger som det er innsynsrett i etter offentlighetsloven.

7.2. Offentleglova § 20 første ledd bokstav b gir anledning til å unnta opplysninger som er mottatt under forutsetning om hemmelighold eller hvor det følger av fast praksis at opplysningene ikke skal offentliggjøres så langt det er påkrevd av hensyn til Norges utenrikspolitiske interesser. Denne bestemmelsen vil bare gi adgang til å gjøre unntak på grunnlag av forutsetninger om hemmelighold fra andre stater eller internasjonale

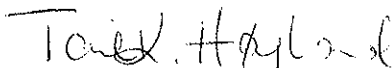
organisasjoner, eller på grunnlag av fast praksis som er utviklet mellom stater eller mellom stater og internasjonale organisasjoner som er opprettet av stater, jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 142 annen spalte. Forutsetninger om hemmelighold fra private tilbydere, det vil i denne sammenheng si andre enn stater og internasjonale organisasjoner som er opprettet av stater, eller fast praksis hos private, vil aldri gi anledning til å gjøre unntak etter offentleglova § 20 første ledd bokstav b. Dersom det for dokumentutveksling som skjer mellom stater og internasjonale organisasjoner (f.eks. Verdensbanken) i forbindelse med kjøp av klimakvoter foreligger forutsetninger om hemmelighold fra andre stater eller internasjonale organisasjoner side eller fast praksis om hemmelighold, vil derimot dette kunne gi grunnlag for unntak for opplysninger som omfattes av slike forutsetninger eller en slik praksis. Dersom det kreves konfidensialitetserklæringer fra stater og internasjonale organisasjoner ved utveksling av dokumenter, vil dette være tilstrekkelig for å legge til grunn at det foreligger en forutsetning om hemmelighold etter offentleglova § 20 første ledd bokstav b for slike opplysninger som er omfattet av erklæringen. Krav om konfidensialitetserklæringer kan også indikere at det foreligger en fast praksis på vedkommende område, men vil ikke i seg selv ha avgjørende betydning for om det kan legges til grunn at det foreligger en fast praksis. Siden forutsetninger om hemmelighold og fast praksis er alternative vilkår i § 20 første ledd bokstav b, er det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til om det foreligger en fast praksis så lenge en konfidensialitetserklæring klart må oppfattes som en forutsetning om hemmelighold.

At det foreligger en forutsetning om hemmelighold eller at det følger av fast praksis at opplysninger ikke skal offentliggjøres er imidlertid et nødvendig, men ikke et tilstrekkelig grunnlag for å unnta opplysninger etter offentleglova § 20 første ledd bokstav b. Det kreves i tillegg at unntak er påkrevd av hensyn til Norges utenrikspolitiske interesser. Dersom den eneste skadevirkningen som kan inntre hvis Norge ser bort fra forutsetninger om hemmelighold eller fast praksis om hemmelighold, er at det kan bli færre tilbydere av klimakvoter til Norge, slik at det er fare for at prisen blir høyere eller at andre vilkår blir dårligere, antar vi at dette ikke utgjør en utenrikspolitisk interesse i § 20 sin forstand, og at dette isolert derfor ikke vil kunne gi unntaksgrunnlag etter § 20 første ledd bokstav b. Er det derimot en fare for at Norges mer generelle deltagelse i samarbeid med andre stater eller internasjonale organisasjoner i forbindelse med kvotehandel kan bli vanskeliggjort som følge av at Norge ser bort fra forutsetninger eller fast praksis om hemmelighold, vil dette kunne medføre at vilkåret om at unntak må være påkrevd av hensyn til Norges utenrikspolitiske interesser er oppfylt. Det samme vil gjelde dersom det er fare for at våre bilaterale forbindelser med en annen stat kan bli skadelidende dersom vi ser bort fra forutsetning om hemmelighold omkring et tilbud om salg av en klimakvote staten har fremsatt overfor Norge.

8. Unntakene i offentleglova § 23 første ledd, § 20 første ledd bokstav b og § 13 første ledd eller jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 gjelder opplysninger, og ikke hele dokumenter. Det klare utgangspunktet er da at øvrige deler av dokumenter som

inneholder slike opplysninger som er dekket av disse unntakene, er offentlige. Det vil bare være anledning til å unnta resten av dokumentene dersom ett av de tre alternative vilkårene i offentleglova § 12 er oppfylt. Vurderingen etter § 12 må skje konkret for det enkelte dokument. Vi viser for øvrig til omtalen av offentleglova § 12 i Justisdepartementets Rettleiar til offentleglova¹ i punkt 5.2. Vi gjør oppmerksom på at det kan tenkes tilfeller der unntaksvilkåret i et unntak som knytter unntaksadgangen til opplysninger er oppfylt for alle opplysninger i et dokument. I slike tilfeller vil hele dokumentet kunne unntas uten at det er nødvendig å begrunne dette i offentleglova § 12. Dette vil særlig kunne være aktuelt for offentleglova § 20 første ledd bokstav b. En forutsetning om hemmelighold vil f.eks. som oftest knytte seg til et helt dokument. Dersom vilkåret om at unntak må være påkrevd av hensyn til våre utenrikspolitiske interesser er oppfylt, vil i så fall hele dokumentet kunne unntas direkte med hjemmel i § 20 første ledd bokstav b.

Med hilsen


Toril Kristiansen Høyland
fung. avdelingsdirektør


Magnus Hauge Greaker
lovråd giver

¹ Denne finnes her

[http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Veiledninger/Rettleiar%20til%20offentleglova%20281108%20\(2\).pdf](http://www.regjeringen.no/upload/JD/Vedlegg/Veiledninger/Rettleiar%20til%20offentleglova%20281108%20(2).pdf)