



Notat

Til: Stiftelsen Nasjonalmuseet for kunst

Fra: Hans R. Borge og Wenche Maartmann-Moe

Ansv. advokat: Kyrre Eggen

Dato: 17. desember 2008

1. Innledning

Det vises til henvendelse i e-post den 15. desember 2008 hvor Wiersholm anmodes om utrede enkelte spørsmål knyttet til ikrafttredelsen av Lov om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd ("offentlighetsloven") med tilhørende forskrift ("offentlighetsforskriften"). Spørsmålene besvares fortløpende i det følgende.

2. Gjelder forvaltningsloven for Nasjonalmuseet?

Vi tolker spørsmålet slik at Stiftelsen Nasjonalmuseet for kunst ("NMK") ønsker en vurdering av om det at NMK vil være underlagt offentlighetslovens regler fra og med 1. januar medfører at også forvaltningslovens regler vil gjelde for NMK fra og med samme tidspunkt.

NMK er ikke er å regne som et "*forvaltningsorgan*" etter offentlighetsloven (1970) § 1 første ledd. Dermed er NMK ikke omfattet av gjeldende offentlighetslov, se også vårt notat av 8. mai 2008 (vedlagt). Forvaltningslovens anvendelsesområde er sammenfallende med anvendelsesområdet til offentlighetsloven (1970). Dette innebærer at heller ikke forvaltningsloven gjelder for NMK per dags dato.

Det må derfor tas stilling til om ikrafttredelsen av offentlighetsloven og offentlighetsforskriften vil innebære en utvidelse av forvaltningslovens virkeområde på dette punktet.

Ved vedtagelsen av offentlighetsloven ble det samtidig vedtatt en rekke endringer i forvaltningsloven med sikte på å tilpasse forvaltningsloven til reglene i den nye offentlighetsloven, se offentlighetsloven § 34. De vedtatte endringene gjelder imidlertid ikke forvaltningslovens virkeområde. Dette innebærer etter vår vurdering at ikrafttredelsen av offentlighetsloven den 1. januar 2009 ikke vil innebære noen utvidelse av forvaltningslovens virkeområde.

På denne bakgrunn må spørsmålet om NMK er omfattet av forvaltningsloven, på samme måte som tidligere, bero på om stiftelsen er et "*forvaltningsorgan*", jf. forvaltningsloven § 1 første og annet punktum. Etter vår oppfatning er det ingenting som tilsier at det er grunn til å vurdere NMK annerledes i forhold til dette kriteriet etter ikrafttredelsen av offentlighetsloven i forhold til hva som gjelder for stiftelsen i dag. Det er derfor vår vurdering at NMK heller ikke etter 1. januar 2009 vil regnes som et forvaltningsorgan i relasjon til forvaltningsloven § 1 første og annet punktum.

Følgelig er det vår vurdering at forvaltningsloven ikke vil gjelde for NMK fra og med 1. januar 2009.

3. Er kontrakter/avtaler unntatt fra innsyn?

Verken offentlighetsloven eller offentlighetsforskriften inneholder noen generell hjemmel for å unnta avtaler fra innsyn. Hvorvidt en avtale kan unntas fra innsyn må avgjøres ut fra en vurdering av avtalens innhold holdt opp mot unntaksregler i offentlighetsloven eller forskriften.

På denne bakgrunn er det ikke mulig å gi en generell vurdering av om en avtale kan unntas fra innsyn. I det følgende gis det derfor en generell oversikt over de regler som kan ha betydning i vurderingen av om en kontrakt kan unntas fra innsyn. Dersom NMK ønsker bistand i forbindelse med vurderingen av en eller flere konkrete avtaler, vil vi selvsagt kunne være behjelpelige med dette.

Plikten til å gi innsyn gjelder kun for dokumenter NMK har opprettet eller mottatt etter 1. januar 2009, se offentlighetsforskriften § 2 andre punktum. Dette innebærer at avtaler som er opprettet/inngått før 1. januar 2009 vil kunne unntas fra innsyn.

Offentlighetslovens hovedregel er at alle kan kreve innsyn i (a) saksdokumenter, (b) journaler og (c) lignende register hos organer som faller inn under lovens virkeområde, se offentlighetsloven § 1.

En avtale vil i utgangspunktet være et saksdokument, se offentlighetslovens § 4. Dette innebærer at NMK som utgangspunkt vil være forpliktet til å utlevere avtaler dersom stiftelsen mottar en begjæring om innsyn.

Fra dette utgangspunktet oppstiller offentlighetsloven og offentlighetsforskriften en rekke unntak. Enkelte av unntaksreglene setter *forbud mot utlevering* av visse typer opplysninger. Dette vil i første rekke gjelde opplysninger underlagt taushetsplikt. Andre bestemmelser gjelder opplysninger og dokumenter som *kan nektes utlevert*. I sistnevnte tilfeller vil NMK være forpliktet til å vurdere om innsyn likevel skal gis, såkalt meroffentlighet.

I tillegg sonderer offentlighetsloven og offentlighetsforskriften mellom unntaksregler som gjelder hele dokumenter og unntaksregler som kun gjelder nærmere bestemte opplysninger i et dokument. Unntaksregler som kun gjelder opplysninger vil ikke gi hjemmel for å unnta hele dokumentet fra innsyn. I slike tilfeller vil stiftelsen som hovedregel være forpliktet til å utlevere selve dokumentet til den som begjærer innsyn, men da slik at de opplysningene som kan unntas fra innsyn "sladdes" eller tas ut av dokumentet på annen måte.

I særlige tilfeller kan imidlertid stiftelsen nekte utlevert et helt dokument selv om den aktuelle unntaksbestemmelsen kun gjelder unntak for visse opplysninger, se offentlighetsloven § 12. Dette gjelder dersom:

- De gjenværende delene av dokumentet vil gi et *"klart misvisande inntrykk av innholdet"*;
- Det vil være *"urimeleg arbeidskrevjande"* for stiftelsen å skille ut de opplysninger som ikke er unntatt fra innsynsrett, eller;
- De unntatte opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet.

De unntaksregler som vurderes særlig å kunne ha betydning for NMKs avtaler er unntak for opplysninger underlagt taushetsplikt (offentlighetsloven § 13 jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 og 2), unntak for opplysninger som bør unntas av hensyn til selskapets økonomi-, lønns- eller personalforvaltning (offentlighetsloven § 23), samt unntak for dokumenter i saker om ansettelse eller forfremmelse (offentlighetsloven § 25). I det følgende gis en vurdering av disse unntaksreglene i forhold til avtaler NMK måtte inngå.

Opplysninger underlagt taushetsplikt

NMK er forpliktet til å bevare hemmelighold om det man får vite om noens personlige forhold samt opplysninger om drifts- eller forretningshemmeligheter, jf. offentlighetsloven § 13 første ledd jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 1 og 2.

Plikten til å bevare hemmelighold om noens personlige forhold omfatter personlige opplysninger om privatpersoner (herunder NMKs ansatte) om blant annet slektskaps-, familie- og hjemforhold, fysisk og psykisk helse samt personers karakter og følelsesliv. Tilsvarende vil normalt gjelde for den enkeltes utdanning og arbeid, samt boligforhold, økonomi og arbeidsforhold.

Fødested, fødselsdato og personnummer, statsborgerforhold, sivilstand, yrke, bopel og arbeidssted regnes på den annen side ikke som personlige forhold, med mindre slike opplysninger røper andre forhold som må anses som personlige.

Plikten til å bevare hemmelighold om drifts- og forretningshemmeligheter rammer i første rekke opplysninger som kan føre til økonomiske tap for vedkommende virksomhet opplysningene gjelder, enten direkte eller ved at konkurrenter utnytter opplysningene. Opplysninger som er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder vil ikke være omfattet av denne unntaksregelen. Videre må opplysningene være av en slik art at det er naturlig å regne med at en i vedkommende virksomhet anser den som en hemmelighet.

Opplysninger som bør unntas av hensyn til selskapets økonomi-, lønns- eller personalforvaltning

Offentlighetsloven § 23 første ledd gir hjemmel for å unnta opplysninger som det er nødvendig å hemmeligholde av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av stiftelsens økonomi-, lønns- eller personalforvaltning. Opplysningene vil bare kunne unntas så lenge det er nødvendig å hemmeligholde dem. Dersom det for eksempel er tale om opplysninger som kan gi grunnlag for å vurdere NMKs forhandlingsposisjon i forbindelse med inngåelsen av en avtale, vil stiftelsen kunne hemmeligholde opplysningene inntil avtalen er inngått. Bestemmelsen vil imidlertid kun unntaksvis komme til anvendelse etter at forhandlinger er gjennomført bindende avtale er inngått. Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det fortsatt vil være nødvendig å gjøre unntak for slike opplysninger, for eksempel dersom opplysningene gjelder andre generelle forhold som kan brukes i senere forhandlinger.

Dokumenter i saker om ansettelse eller forfremmelse

I henhold til offentlighetsloven § 25 første ledd kan dokumenter i saker om ansettelse eller forfremmelse unntas fra innsyn. Unntaket omfatter som utgangspunkt alle dokumenter i ansettelsesprosessen, herunder selve ansettelsesavtalen.

4. Kan Nasjonalmuseet etter 1.1.2009 – ref. utlysning direktørstilling – velge kun å opplyse om antall søkere og kjønnsfordeling, eller tilsier stor offentlig interesse at vi må gi ut de opplysninger som fremkommer i den offentlige søkerlisten – jf. § 25?

Som nevnt i vår e-post tirsdag 16. desember 2008, kan søkerlister NMK oppretter etter 1. januar 2009 ikke unntas fra innsyn, se offentlighetsloven § 25 andre ledd første punktum.

Hvorvidt NMK plikter å opprette slike søkerlister er noe uklart.

På den ene side kan bestemmelsen etter sin ordlyd ut til å oppstille en absolutt plikt til å utarbeide søkerlister for alle "organ" som faller inn under offentlighetslovens virkeområde, herunder selvstendige rettssubjekter.

Bestemmelsen er imidlertid ment å videreføre rettstilstanden etter offentlighetsloven (1970) § 6 første ledd nr. 4, se Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) s. 147. Etter denne bestemmelsen er plikten til å opprette søkerlister antatt kun å gjelde den offentlige forvaltning, og ikke

selvstendige rettssubjekter som faller inn under loven etter en helhetsvurdering, se Frihagen, Offentlighetsloven (bind II) s. 150. Bakgrunnen for dette ser ut til å være at behovet for offentlig kontroll med ansettelser i slike rettssubjekter ikke vil være like sterkt som ved ansettelser i forvaltningsorganer. På denne bakgrunn er ansettelser i forvaltningen underlagt regler om utlysning av ledige stillinger mv. som ikke gjelder ved ansettelser i stiftelser og andre selvstendige rettssubjekter. Reglene om plikt til å opprette søkerlister kan derfor ses som en forlengelse av de regler forvaltningen ellers er underlagt i forbindelse med en ansettelsesprosess. At plikten til å opprette søkerlister kun er ment å gjelde for søkere i den offentlige forvaltning, støttes av at departementet i merknadene til bestemmelsen konsekvent refererer til "*forvaltningsorganets*" plikt til å opprette søkerlister, se Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s. 148-149.

På denne bakgrunn mener vi at det kan anføres gode argumenter for at stiftelser og andre selvstendige rettssubjekter som faller inn under offentlighetslovens virkeområde ikke plikter å utarbeide søkerlister. Hvorvidt NMK vil nå frem med en slik argumentasjon for rettsapparatet er imidlertid ikke helt åpenbart. Etter vår mening er imidlertid standpunktet prosedabelt.

Dersom NMK velger å opprette søkerlister etter at søknadsfristen for stillingen som direktør har løpt ut, blir spørsmålet i hvilken grad allmennheten kan kreve innsyn i denne listen.

Utgangspunktet er at NMK ikke kan unnta søkerlisten fra offentlighet, se offentlighetsloven § 25 andre ledd første punktum. NMK kan heller ikke av eget tiltak unnta opplysninger om den enkelte søker, for eksempel slik at søkerlisten kun opplyser om antallet søkere og hvilket kjønn disse har.

Dersom den enkelte søker begjærer det, kan imidlertid NMK ta ut opplysninger om den enkelte søker. Loven bruker formuleringen "*kan*", noe som innebærer at NMK har rett, men ikke plikt til å ta ut opplysninger om den enkelte søker i søkerlisten.

Selv om opplysningene kan unntas fra innsyn, har NMK plikt til å vurdere om innsyn likevel skal gis. I denne vurderingen skal det vektlegges om det knytter seg særlig offentlig interesse til vedkommende stilling, se § 25 annet ledd fjerde punktum. Denne regelen innebærer ikke at det uten videre er en plikt til å gi opplysninger om søkere som har begjært konfidensialitet selv om stillingen har særlig offentlig interesse. Hvorvidt stillingen er av særlig offentlig interesse vil kun være ett av flere momenter i vurderingen av om det skal gis innsyn i opplysningene om den enkelte søker. Dette innebærer at andre hensyn kan veie tyngre og dermed tilsa at det ikke gis innsyn i opplysningene om den enkelte søker.

Kriteriet "*særlig offentlig interesse*" innebærer at det som hovedregel skal en del til for at en oppmodning om ikke å bli ført opp på den offentlige søkerlisten kan bli tatt til følge når det gjelder ledende stillinger, se Ot.prp.nr.102 (2004-2005) s. 148-149. Departementet nevner enkelte eksempler på stillinger det knytter seg stor offentlig interesse til, slik at terskelen for å få gjennomslag for en anmodning om ikke å bli ført opp på søkerlisten vil være høy. Eksempelene på slike stillinger er departementsråd, direktør eller leder for statlige direktorater eller uavhengige organ, fylkesmann eller rådmann i kommunene.

En direktørstilling hos NMK vil være å betegne som en ledende stilling. Imidlertid er det tale om en ledende stilling hos en stiftelse, og ikke en ledende stilling innen forvaltningen. Stillingen kan derfor sies å være av mindre offentlig interesse enn de stillinger departementet nevner som eksempler på stillinger av særlig offentlig interesse. Dette tilsier igjen at det skal noe mindre til før en kan unnta opplysninger om den enkelte søker etter anmodning om dette fra søkeren.

Den nærmere vurderingen må skje konkret og i forhold til hver enkelt søker og de grunner som oppgis for ikke å bli oppført på den offentlige søkerlisten. Ved siden av stillingens karakter vil blant annet rekrutteringshensyn og personvernens hensyn måtte tillegges vekt, herunder risikoen for konflikter med en eventuell nåværende arbeidsgiver.

Dersom NMK ikke tar en søkers anmodning om at det bevares konfidensialitet rundt vedkommendes søknad til følge, har søkeren krav på varsel om dette, se offentlighetsloven § 25 andre ledd sjette punktum. Varselet skal gis så raskt at hun eller han har mulighet for å trekke søknaden før søkerlisten blir satt opp. Dersom vedkommende søker trekker sin søknad, skal opplysninger om søkeren tas ut av søkerlisten. Søkerlisten må likevel angi hvor mange søkere som har trukket sin søknad, samt hvilket kjønn disse har, se offentlighetsloven § 25 andre ledd siste punktum.

Vår konklusjon er derfor at NMK plikter å gi innsyn i søkerliste for direktørstillingen dersom slik søkerliste opprettes etter 1. januar 2009. Hvorvidt NMK er forpliktet til å opprette slik søkerliste er noe uklart, men det kan etter vår vurdering anføres gode argumenter for at NMK ikke er underlagt en slik plikt. Dersom søkerliste opprettes bør søkerne varsles om at søkerlisten vil offentliggjøres. Det bør videre gjøres oppmerksom på at den enkelte søker kan anmode NMK om at det bevares konfidensialitet rundt deres søknad. Dersom en eller flere av søkerne anmoder NMK om å bevare konfidensialitet rundt deres søknad, må NMK foreta en vurdering av om innsyn i opplysningene om den enkelte søker likevel skal gis.