

Uttalelse

S | O M

Sak: 2013/2776, 2013/2801

SAK OM INNSYN I STATSSEKRETÆR JULIE BRODTKORB'S KUNDELISTE

Julie Brodtkorb ble i statsråd 16. oktober 2013 utnevnt til statssekretær ved Statsministerens kontor (SMK). Kvelden før hadde hun oversendt SMK en liste over bl.a. kunder hun hadde arbeidet for som administrerende direktør i kommunikasjonsbyrået JKL Group. Listen ble ikke behandlet av regjeringsråden før etter utnevnelsen, og den ble utvidet flere dager senere. Både Dagbladet og Verdens Gang ba om innsyn i dette dokumentet og fikk avslag. Avslaget var hjemlet i offentleglova § 13, jf. forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, idet dokumentet inneholdt taushetsbelagt informasjon. Avisene klaget avslaget inn for ombudsmannen og anførte at opplysningene ikke kunne unntas etter denne bestemmelsen.

Jeg har kommet til at denne type kundelister som hovedregel omfattes av forvaltningens taushetsplikt om forretningsforhold etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2. Likevel kan jeg ikke slutte meg til SMKs konkrete vurdering av om de enkelte opplysningene i dokumentet kan unntas offentlighet. Jeg kan ikke se at det foreligger hjemmel for å unnta eventuelle offentlige kunder fra innsyn, og ber derfor SMK om å foreta en ny behandling av de fremsatte innsynskravene. Det bes i den forbindelse også om at det vurderes om det i innsynsaken er aktuelt å stille spørsmål om habilitet.

Sakens bakgrunn

I statsråd 16. oktober 2013 ble Julie Brodtkorb utnevnt til statssekretær ved Statsministerens kontor (SMK). Brodtkorb hadde tidligere arbeidet som administrerende direktør i kommunikasjonsbyrået JKL. Etter det opplyste sa hun opp sin stilling med umiddelbar virkning 16. september 2013 for å bistå Høyre med regjeringsforhandlingene og eventuelt tiltre en stilling ved Statsministerens kontor.

Det ble etter hvert kjent at hun hadde opprettet en oversikt over de kundene hun hadde arbeidet for i JKL og at den var overlevert til regjeringsråden. Verdens Gang (VG) og Dagbladet var blant flere som ba om innsyn i dette dokumentet. SMK har i likelydende svar 28. oktober 2013 avslått innsynsbegjæringene med bl.a. følgende ordlyd:

«Statssekretær Julie Brodtkorb har delt informasjon om sin kundekrets i JKL med regjeringsråden. Dette er taushetsbelagte opplysninger som det ikke kan gis innsyn i. Konkurrenter av JKL vil kunne nyttiggjøre seg av disse opplysningene, og offentliggjøring vil derfor ha skadelige virkninger for konkurransevnen til JKL, jf. offl. § 13 første ledd sammenholdt med fvl. § 13 første ledd nr. 2.

Disse opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet, noe som medfører at det foreligger grunn til å unnta også resten av dokumentet, jf. offl. § 12 første ledd bokstav c. Meroffentlighet av denne delen av dokumentet er vurdert.»

VG brakte i brev 28. oktober 2013 SMKs avslag på innsyn i kundelisten inn for ombudsmannen og ba om en vurdering av om offentleglova kunne benyttes som hjemmel for å avslå avisen innsynskrav.

I e-post 31. oktober 2013 klaget Dagbladet over SMKs avslag på innsyn i samme dokumentet. Det fremgikk av klagen og vedleggene at avisen hadde bedt SMK om en fornyet vurdering bl.a. som følge av at to av Brodtkorbs tidligere kunder var «alminnelig kjent», slik at det ikke var adgang til å unnta deres navn. Avisen fikk deretter delvis innsyn i listene. Innledningen og navnene på kundene Ruter og Innovasjon Norge ble offentliggjort.

SMK oversendte i e-post 6. november 2013 den samme utgaven av kundelisten som Dagbladet hadde fått innsyn til VG, da avisen tidligere hadde fått avslag på innsyn i hele dokumentet. Min behandling av begge klagen har knyttet seg til SMKs delvise avslag.

Undersøkelsene herfra

SMK ble i brev 14. november 2013 bedt om å opplyse omstendighetene rundt utarbeidelsen av listen og overleveringen av dokumentet til regjeringsråden. Videre ble det bedt bl.a. om en utfyllende redegjørelse for årsaken til at opplysningene i dokumentet kunne unntas etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 og hvilke momenter som hadde blitt vektlagt for og mot at kundenes navn skulle være taushetsbelagt. Det ble også spurt om det ville være taushetsplikt for eventuelle opplysninger om offentlige virksomheter på den aktuelle kundelisten, og om det var foretatt en selvstendig vurdering av om de ulike kundeforholdene var offentlig tilgjengelig informasjon. Endelig ble det stilt spørsmål om det var andre bestemmelser i offentleglova som kunne benyttes som grunnlag for unntak.

SMK opplyste i redegjørelse 21. november 2013 at en foreløpig liste over Brodtkorbs tidligere kundeforhold i JKL ble oversendt regjeringsråden kvelden 15. oktober 2013. Listen ble først håndtert av regjeringsråden etter at regjeringen Solberg tiltrådte 16. oktober 2013. Den 28. oktober 2013 mottok regjeringsråden en mer utfyllende liste. Hensikten med å gjøre listene kjent for regjeringsråden var at hun skulle kunne bistå

statssekretær Brodtkorb i behandlingen av eventuelle habilitetsspørsmål som kunne oppstå.

SMK uttalte følgende om taushetspliktavurderingen:

«SMKs avslag på innsynsbegjæringen i Brodtkorbs tidligere kundeforhold i JKL er basert på den lovbestemte taushetsplikt som er gitt av hensyn til JKL. SMK har ikke funnet grunn til å vurdere om også hensynet til kundene kan tilsi hemmelighet.

Statssekretær Brodtkorb har opplyst om konkurranseforhold i bransjen generelt, og faren for misbruk av kundeopplysningene til JKL spesielt. Hun har fremhevet at fortrolighet om kundeforhold er sentralt i bransjen for å tiltrekke seg og opprettholde kunder, og at det vil anses som en betydelig konkurransefordel å kjenne til andre kommunikasjonsbyråers kundeforhold. Hva gjelder JKL mer konkret, har Brodtkorb særlig fremhevet at dette firmaet er svært opptatt av fortrolighet rundt alle kundeforhold, for å unngå at firmaets nåværende profil (kjernekompetanse, kompetanse som er under utvikling og svakheter) vil kunne utnyttes av konkurrerende firmaer på en måte som i betydelig grad kan skade JKLS konkurranseevne i bransjen.»

SMK opplyste at denne beskrivelsen var lagt til grunn ved behandlingen av de ulike innsynskravene, og viste til at JKL i brev 19. november 2013 hadde redegjort nærmere for sitt syn på behovet for at de aktuelle opplysningene ble unntatt offentlighet. Det ble også vist til lovavdelingens uttalelse 6. november 2013. Ettersom det forelå taushetsplikt av hensyn til JKL fant ikke SMK «grunn til å foreta en særskilt vurdering av en eventuell betydning av om kundene er henholdsvis private eller offentlige virksomheter».

Det fremkom videre at det kun var kundene Ruter og Innovasjon Norge som var alminnelig kjente. SMK hadde ikke fått anmodning om å legge spørsmålet om samtykke frem for JKL, men hadde vurdert dette som lite hensiktsmessig ut fra det faktum som var lagt til grunn for vurderingen av taushetsplikt. Brevet fra JKL var videre forstått slik at dette ikke var aktuelt.

SMK antok at offentleglova § 14 også kunne hjemle unntak av de aktuelle opplysningene. Regjeringen Stoltenberg II var et forretningsministerium da statssekretær Brodtkorbs liste ble sendt første gang dagen før tiltredelsen, og den ble først håndtert av regjeringsråden etter at regjeringen Solberg tiltrådte. Den utfyllende listen ble overlevert etter at statssekretær Brodtkorb tiltrådte. Det var ikke foretatt en nærmere vurdering av offentleglova § 14. SMK viste til at opplysningene uansett var taushetsbelagte, slik at det ikke var adgang til å gi innsyn etter offentleglova § 14, jf. § 11.

SMKs redegjørelse ble oversendt klagerne som ikke har kommet med ytterligere merknader til saken.

Jeg ser slik på saken

Dokumentet er overlevert til regjeringsråden for å håndtere eventuelle habilitetsspørsmål som kan oppstå grunnet statssekretær Brodtkorbs arbeid for JKL og deres kunder. Meningen var at regjeringsråden skulle kunne bistå i eventuelle habilitetsvurderinger og være oppmerksom på saker der spørsmål om habilitet kunne oppstå og burde vurderes. Overleveringen av listen må betraktes som et formålstjenlig tiltak fra statssekretæren for å sikre at det kunne foretas forsvarlige habilitetsvurderinger i de saker statssekretæren skulle arbeide med. Jeg har forstått det slik at siktemålet var å skape tillit til at SMK foretar de nødvendige habilitetsvurderingene fra sak til sak. Spørsmål om en statssekretærs habilitet kan oppstå både ved konkrete enkeltsaker som er til behandling, men også i forbindelse med saker som SMK eller statssekretæren selv forutsettes å ta initiativ til. Det er da viktig at offentligheten har tillit til at de sakene ikke påvirkes av tidligere arbeidsforhold.

1. Generelt om kundelister er omfattet av forvaltningens taushetsplikt

Den aktuelle kundelisten må anses som SMKs saksdokument. Eventuelle innsynskrav må derfor vurderes etter offentleglova. Hovedregelen er at forvaltningens saksdokumenter er åpne for innsyn om ikke annet følger av lov eller forskrift med hjemmel i lov, jf. offentleglova § 3.

Det følger av offentleglova § 13 første ledd at opplysninger som er underlagt taushetsplikt i lov eller i medhold av lov er unntatt fra innsyn. I denne saken er det spørsmål om opplysningene som fremkommer i kundelisten omhandler «drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår» jf. forvaltningslovens § 13 første ledd nr. 2. For at noe skal unntas etter denne bestemmelsen må opplysningene være av en slik art at offentliggjøring kan føre til økonomisk tap eller redusert gevinst for den som har krav på hemmelighold. Som oftest vil det være fordi en konkurrent kan bruke den aktuelle opplysningen i egen virksomhet. Det er ikke tilstrekkelig at offentliggjøring kan ha uheldige eller ubehagelige konsekvenser for den opplysningene angår.

Etter det som er opplyst har JKL og deres kunder underskrevet en avtale som innebærer konfidensialitet om kundeforholdet. Denne avtalen må SMK se bort fra ved behandlingen av et innsynskrav i et dokument som er omfattet av offentleglova. For at et dokument skal kunne unntas, må vilkårene i offentleglova være tilfredsstilt. Det er med andre ord ikke adgang til å «avtale seg bort» fra offentleglova. Et unntak fra innsynsretten etter offentleglova er at dokumentet inneholder opplysninger som er underlagt taushetsplikt. Spørsmålet er derfor om opplysningene i kundelistene er omfattet av taushetspliktbestemmelsen i forvaltningsloven.

Det er imidlertid ikke noe forbud i lov mot å avtalefeste konfidensialitet mellom private. Taushetsplikten er derfor avtalemessig forankret på en som måte som rettsordenen tillater. Dersom det er ønskelig at kundeforhold mellom private skal bli gjenstand for innsyn, må det i tilfelle skje ved at det gis en lov som forbyr avtaler om dette. Dette er et politisk spørsmål som jeg ikke finner grunn til å uttale meg om.

En konfidensialitetsavtale mellom en virksomhet og et kommunikasjonsbyrå kan som nevnt ikke innskrenke offentlighetens innsynsrett etter offentleglova. I forarbeidene til offentleglova, Ot.prp.nr. 102 (2004-2005) s. 129, heter det at taushetsplikt basert på en avtale ikke kan gi grunnlag for taushetsplikt etter offentleglova § 13. Se også bl.a. lovavdelingens uttalelser 14. april 2008 (JDLOV-2008-2352), 4. mars 2009 (JDLOV-2008-7049) og ombudsmannens årsmelding for 2009 side 102 (SOMB-2009-17) der jeg på side 105 uttalte følgende:

«Utgangspunktet både i offentlighetsloven § 2 og den nye offentleglova § 3 er at forvaltningens saksdokumenter er offentlige så langt det ikke er gjort unntak i lov eller i medhold av lov. Unntak må være forankret i loven. Forvaltningen kan ikke på egen hånd ved avtale gjøre unntak fra denne regelen.

Det taushetsløftet Finansdepartementet har avgitt kan således ikke få betydning for vurderingen av spørsmålet om offentlighet - heller ikke spørsmålet om meroffentlighet. Spørsmålet om offentlighet må bedømmes etter bestemmelsene i offentlighetsloven. Dersom det i strid med offentlighetsloven er avgitt et taushetsløfte, vil dokumentet eller opplysningen likevel måtte offentliggjøres, selv om det er i strid med partenes avtale. At staten i den forbindelse vil kunne bli saksøkt, eller at offentliggjøring vil kunne være uheldig for Finansdepartementets ry som avtalepart, er i denne sammenheng uten betydning.»

Saken om dokumentinnsyn må derfor avgjøres etter offentleglova.

Jeg kan langt på vei slutte meg til de vurderingene som fremkommer i lovavdelingens uttalelse 6. november 2013 (JDLOV-2013-6908) punkt 3.2, 3.4 og 3.5 om at innholdet i kundelister for kommunikasjonsbyråer kan være omfattet av forvaltningens taushetsplikt etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2.

Dersom kundelister blir kjent, vil det kunne føre til at andre byråer i bransjen vil kunne foreta mer rettede markedsføringstiltak mot de aktuelle kundene. Dette synet har også kommet frem i forarbeidene til forvaltningsloven, se Ot.prp. nr. 3 (1976-1977) side 23. Kundelisters betydning for en virksomhet viser seg også ved at kundelister kan være ansett som bedriftshemmeligheter etter markedsføringsloven 9. januar 2009 nr. 2 § 28. Videre vil det også kunne være kunder hvor det faktisk at man har engasjert et kommunikasjonsbyrå kan være skadelig i seg selv. Det er også et hensyn at enkelte kunder selv ønsker konfidensialitet.

SMK har også vist til relevante hensyn og momenter ved vurderingen av om kundelistene inneholder opplysninger som det kan være av konkurransemessig betydning for JKL å hemmeligholde. På bakgrunn av saken slik den nå fremstår har jeg ikke funnet grunn til å reise rettslig kritikk mot SMKs generelle vurdering av taushetspliktspørsmålet, og lar denne delen av saken bero med den redegjørelsen SMK har gitt.

2. Kan offentlige organer på en kundeliste unntas fra offentlighet?

Selv om jeg har kommet til at kundelister som sådan kan anses for å inneholde *opplysninger* om forretningsforhold som kan unntas etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, må forvaltningen foreta en konkret vurdering av de ulike opplysningene det er bedt om innsyn i. Det synes ikke å være bestridt at eventuelle kunder som er «alminnelig kjent» ikke kan unntas fra offentlighet etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, jf. § 13 a nr. 3 selv om øvrige kundeforhold i samme dokument kan anses taushetsbelagt. Dette er også lagt til grunn av SMK da de ble gitt innsyn i opplysninger om navn på to av kundene på listen.

Lovavdelingen har i uttalelsen 6. november 2013 punkt 3.7 vist til at kunder som er «offentlige organ som ikke driver noen form for næringsvirksomhet» vanskelig kan unntas med hjemmel i forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 av hensyn til det aktuelle organ.

SMK har, som nevnt, ikke uttalt seg om betydningen av at det er offentlige virksomheter på kundelister. Det er vist til at lovavdelingens uttalelse i dette punktet må leses i sammenheng med de øvrige punktene, og at det i denne saken er hensynet til JKL som har vært avgjørende.

Ved vurderingen av om en offentlig virksomhets kundeforhold er taushetsbelagt, må det tas stilling til om virksomheten er omfattet av offentleglova. Kommentarene nedenfor er knyttet til spørsmålet om opplysningen om at et offentlig organ som er omfattet av offentleglova og arkivlova har et kundeforhold med et kommunikasjonsbyrå kan unntas som taushetsbelagt informasjon.

Inngåelsen av en avtale mellom et offentlig organ og et kommunikasjonsbyrå vil som hovedregel fremgå av korrespondanse mellom de to partene. I enkelte tilfeller har det vært en offentlig anbuds- eller anskaffelsesprosess i forkant. Dersom kundeforholdet har kommet i stand etter reglene i anskaffelsesloven 16. juli 1999 nr. 69, er det dessuten egne regler om offentlighet for tilbud og protokoller i offentleglova § 23 tredje ledd. Uansett hvordan kundeforholdet har oppstått, kan det legges til grunn at det i forbindelse med utføringen av oppdraget vil være ytterligere korrespondanse mellom partene og at det både i forbindelse med avtaleinngåelsen og oppdraget vil være journalføringspliktige dokumenter som skal fremgå av organets offentlige journal, jf. arkivlova 4. desember 1992 nr. 126 og forskrift om offentlege arkiv 11. desember 1998 nr. 1193 §§ 2-6 og 2-7 om offentlig journal. Etter forskriften § 2-7 første ledd litra c) skal «sender og/eller mottakar» føres inn i journalen, men innføringen skal ikke røpe opplysninger som er undergitt taushetsbelagt informasjon. Spørsmålet blir da om selve eksistensen av et kundeforhold mellom en offentlig virksomhet og et kommunikasjonsbyrå kan anses som taushetsbelagt informasjon.

Når det offentlige inngår avtaler med tjenestetilbydere er det andre hensyn som spiller inn ved vurderingen av om opplysninger er taushetsbelagte enn om det foreligger et avtaleforhold mellom to private parter.

Jeg har flere ganger gitt uttrykk for at offentlighet og innsyn er viktig i saker som gjelder bruk av offentlige midler. Offentlighetens interesser er et viktig hensyn ved vurderingen av om opplysninger er taushetsbelagt. I en sak om innsyn i en avtale mellom Mattilsynet og et selskap om kjøp av konsulenttenester som er innatt i årsmeldingen for 2007 på side 36 (SOMB-2007-3) uttalte jeg:

«Innsyn og åpenhet er spesielt viktig i saker som gjelder bruk av offentlige midler. Når det gjelder innsyn i opplysninger om timesatser, mener jeg at det er 'særs viktig at det her er tale om bruk av offentlige midler', se saken inntatt i ombudsmannens årsmelding for 2005 side 79 på side 82 (Somb-2005-7). Prinsipielt mener jeg at offentligheten bør ha innsyn i avtaler som forvaltningen inngår med private om utføring av tjenester for det offentlige. Enhver som utfører tjenester for det offentlige må derfor være forberedt på spørsmål om grunnlaget for de økonomiske kravene de setter frem. Åpenhet om grunnlaget er viktig for å motvirke overfakturering, men også for muligheten til å kontrollere korrekt utbetaling av offentlige midler. Dette bidrar til å styrke tilliten forvaltningen og de aktørene som utfører tjenester for det offentlige. En forutsetning for taushetsplikt etter loven og forskriften er derfor at det påvises tungtveiende, nærliggende, konkrete og kontrollerbare forhold, som tilsier at åpenhet i ettertid vil være skadelig for konkurranseforholdene.»

I sak 2009/1960 (SOM-2009-1960) fremhevet jeg at også andre bestemmelser taler for at offentlighetens interesser skal vurderes:

«I tolkningen og anvendelsen av forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2, må det også ses hen til offentlighetsprinsippet, slik dette er kommet til uttrykk i Grunnloven § 100 femte ledd og offentlighetsloven § 3. Avtaler som det offentlige inngår med private virksomheter om kjøp av varer og tjenester innebærer bruk av offentlige midler, og det er generelt en offentlig interesse knyttet til opplysninger om slike avtaler. Der avtalene gjelder spørsmål av allmenn interesse, må dessuten private næringsvirksomheter i 'vid utstrekning tåle å havne i offentlighetens søkelys', se JDLOV-1997-12176.»

Jeg kan etter dette ikke se at forvaltningen etter forvaltningsloven § 13 første ledd nr. 2 har adgang til å unnta navnet på det aktuelle kommunikasjonsbyrået fra journalen i en konkret sak, og at navnet dermed skal fremgå av organet postjournal. Ved en slik journalføring vil det kunne bli kjent at det offentlige har inngått avtale med kommunikasjonsbyråer.

Søk i enkelte offentlige virksomheters postlister har også vist at dette ikke synes å være praksis for å unnta kommunikasjonsbyråenes navn fra postlistene når det gjelder byråets arbeid for virksomheten. Enkle søk i søkemotorer på Internett har også avdekket flere kundeforhold mellom ulike kommunikasjonsbyråer og offentlige virksomheter, herunder byråer som opererer med konfidensielle kundelister. Kundeforhold som fremgår av offentlige journaler eller er bekreftet av organet i pressen, må anses for å være alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder, jf. forvaltningsloven § 13 a nr. 3.

Det forhold at det offentlige er kunder av et kommunikasjonsbyrå må derfor anses å være offentlig tilgjengelig informasjon.

Opplysninger som er offentlige andre steder kan vanskelig være taushetsbelagt, se f.eks. lovavdelingens uttalelse 9. april 2003 (JDLOV-2003-1934) hvor det legges til grunn at opplysninger i offentlige skattelister ikke vil være underlagt taushetsplikt. I uttalelse 14. oktober 2003 (JDLOV-2003-7631) uttalte lovavdelingen at det ikke kan være av «konkurransmessig betydning å hemmeligholde opplysninger som er alminnelig kjent eller tilgjengelig andre steder». Offentlige opplysninger om et kundeforhold kan derfor vanskelig unntas alene fordi de samme opplysningene fremkommer i en kundeliste som også kan anses for å inneholde taushetsbelagte opplysninger.

Det offentliges manglende hjemmel for å unnta opplysninger om kundeforhold med et kommunikasjonsbyrå, vil kunne sidestilles med et samtykke til offentliggjøring etter forvaltningsloven § 13 a nr. 1, eller som offentlig bekreftelse av kundeforholdet, jf. også lovavdelings uttalelse 6. november punkt 3.8. Dette tilsier at kommunikasjonsbyråenes argumentasjon om at opplysningene om kundeforholdet skal unntas for å beskytte kundene vanskelig kan tillegges stor vekt når det er tale om offentlige organ som kunder.

Jeg ber etter dette SMK foreta en ny vurdering av innsynskravene i kundelisten. Vurdering bes knyttet opp mot eventuelle offentlige virksomheter i kundelisten og eventuelt andre kunder som er alminnelig kjent eller alminnelig tilgjengelig andre steder.

SMK har også antatt at offentleglova § 14 kan begrunne at opplysningene om statssekretær Brodtkorbs kundeliste unntas offentlighet. På bakgrunn av at min anmodning om en vurdering av innsynskravene, har jeg ikke funnet det riktig å kommentere dette forholdet nå.

SMKs fornyede vurdering imøteses så snart som mulig, og senest innen fire uker.

3. Habilitet

Det fremgår ikke om SMK har vurdert om statssekretær Brodtkorbs tilknytning og arbeidsavtale med JKL og selskapets varsel om mulige rettslige skritt ved offentliggjøring, er av en slik art at det kan stilles spørsmål om habiliteten da SMK behandlet innsynsbegjæringene, jf. forvaltningsloven § 6 andre og tredje ledd og lovavdelingens uttalelse 16. juni 1998 (JDLOV-1998-5793). SMK bes derfor om ved den fornyede behandlingen av saken å vurdere om det reiser seg habilitetsspørsmål i saken om innsyn.

Oslo, 19. desember 2013


Arne Fliflet