



Helgelands Blad
Postboks 174
8801 SANDNESSJØEN

Klagebehandling - Avslag på innsyn i postjournalen - HelgelandsKraft AS - Klagen ikke tatt til følge

Det vises til avisens brev hit av 11.02.09. Vi beklager at tilbakemelding ikke er gitt tidligere.

Etter en gjennomgang og vurdering av opplysningene i saken har vi kommet fram til at offetleglova ikke gjelder for HelgelandsKraft AS. Det er ved avgjørelsen lagt til grunn at selskapet hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse og på samme vilkår som private.

Bakgrunn for klagen

HelgelandsKraft AS (HK) avslo 27.01.09 krav fra Helgelands Blad om innsyn i selskapets postjournal. Avslaget er begrunnet med at selskapet ut fra konkurransemessige hensyn ikke er underlagt offentlighetsloven. Avslaget ble påklaget i brev dat. 06.02.09 til selskapet. I klagen skrives det videre følgende:

"Vi viser i denne forbindelse til Justisdepartementets rettleiar til offetleglova, som redegjør nærmere for dette på s. 14-15:

"For at eit rettssubjekt skal falle utanom lova er det eit vilkår at verksemda hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. At berre mindre delar av verksemda er utsett for konkurranse vil ikkje medføre at lova ikkje gjeld. Det kan ikkje givast noko eksakt svar på kor stor del av verksemda som må vere utsett for konkurranse for at dette vilkåret skal vere oppfylt. Det er klart at det krevst at meir enn halvparten av verksemda skal vere utsett for konkurranse, men at det ikkje kan krevjast at alle eller nesten alle delar av verksemda skal vere utsett for konkurranse."

Med andre ord gjelder altså et krav om at en andel, som klart overstiger halvparten av virksomheten, skal være konkurranseutsatt for at unntaket kommer til anvendelse. Det er altså ikke nok at halvparten av virksomheten er konkurranseutsatt.

Det framgår av avslaget at grunnlaget for at dere anser dere omfattet av denne unntaksbestemmelsen, at omsetningen fra den konkurranseutsatte delen av virksomheten deres utgjør mer enn halvparten av virksomhetens totale omsetning. Etter vårt syn er det feil

praktisering av loven å la ett kriterium alene avgjøre om vilkåret "hovedsakleg" er oppfylt. Dette framgår klart av Justisdepartementets rettleiar til Offentleglova, s. 14:

"Eit anna spørsmål er kva vurderinga av om verksemda hovudsakleg er utsett for konkurranse skal skje i høve til. Er til dømes kva omseting ulike delar av verksemda har, talet på tilsette eller andre tilhøve avgjerande ved vurderinga? Det vil truleg ikkje vere rett å byggje denne vurderinga aleine på enkeltmoment som til dømes omseting. Det bør i staden skje ei samla vurdering der det mellom anna blir teke omsyn til omseting og forteneste frå den aktuelle delen av verksemda, talet på tilsette, verdet på driftsmiddel og dessutan marknadsverdien knytt til delen av verksemda."

På bakgrunn av dette mener vi det må foretas en ny vurdering av om virksomheten "hovedsakleg" driv konkurranseutsatt næring, der en tar utgangspunkt i en helhetsvurdering.

Dersom en finner at "hovedsakleg" er oppfylt, ønsker vi også en ny vurdering av om denne delen er utsatt for reell konkurranse. Vi viser her til kravene om at det må være tale om "direkte konkurranse" og virksomheten må operere på "same vilkår" som private:

Kravet om direkte konkurranse innebærer at virksomheten må være konkurranseutsatt fra en eller flere private aktører som leverer samme produkt for det samme marked. Vi viser her til Justisdepartementets rettleiar i Offentleglova, s. 14-15:

"(...)Det er dermed berre konkurranse innanfor ei verksemd si hovudmarknad som det kan takast omsyn til. Dette inneber for det fyrste at det må dreie seg om nokolunde same produkt eller teneste, til dømes vil det ikkje vere relevant å ta omsyn til at AS Vinmonopolet er utsett for konkurranse frå private butikkar som sel øl sjølv om øl til dels kan dekkje same behov som sterkøl, vin og brennevin. Tilsvarende vil ikkje konkurranse frå andre transportmiddel som til dømes privatbil eller fly vere relevant i høve til ei verksemd som driv jernbanetransport. For det andre inneber dette at dei aktuelle produkta eller tenestene må bli tilbydde på nokolunde same måte. Det vil til dømes ikkje vere direkte konkurranse etter lova dersom ei verksemd som tilbyr produkt eller tenester frå butikkar i Noreg er utsett for konkurranse ved at nordmenn kan handle dei same produkta eller tenestene i utlandet eller frå utlandet via internett. Lova vil såleis gjelde for AS Vinmonopolet sjølv om verksemda er utsett for noko konkurranse ved at nordmenn handlar i utlandet og på taxfree."

Videre vil enhver form for fordel, som gjør at deres virksomhet har et konkurransefortrinn framfor andre private aktører, utelukke konkurranse "på same vilkår", jf. Justisdepartementets rettleiar, s. 15:

"Dette inneber at lova vil gjelde for rettssubjekt som har fordelar framfor sine private konkurrentar, til dømes i form av subsidiar eller andre tilhøve som sikrar dei ei fordelaktig stilling, sjølv om rettssubjektet er utsett for konkurranse."

På bakgrunn av ovenstående stiller vi altså spørsmål ved om hovedvirksomheten er konkurranseutsatt for reell konkurranse i samme marked og på like vilkår. Her minner vi om at alle vilkårene må være oppfylt, og at virksomheten skal vurderes under ett — d vs. hvis ikke hovedvirksomheten er konkurranseutsatt, vil hele virksomheten være omfattet av loven.

Dersom dere fastholder deres syn på at dere ikke er underlagt offentliglova, ber vi om at saken oversendes klageinstans for klagebehandling i tråd med offentliglova § 32 (2).

For ordens skyld minner vi om at selv om en virksomhet avslår et innsynskrav med henvisning til at den ikke er omfattet av loven, skal klager sendes videre. Dette framgår klart av Justisdepartementets rettleiar til offentleglova (2008:s. 112, punkt 10.1):

"Ei avvising av eit innsynskrav av di organet meiner at tilfellet ikkje er omfatta av lova sitt verkeområde vil og kunne påklagast, og klageinstansen vil då kunne slå fast med bindande verknad at eit organ eller eit dokument er omfatta av lova. Dersom eit organ etter ein slik klageprosess framleis meiner at sjølve organet eller det aktuelle dokumentet ikkje er omfatta av lova, og nektar å godta vedtaket frå klageinstansen, må organet sjølv gå til rettssak for eventuelt å få slått fast at klageinstansen tek feil."

Vi minner for øvrig om at innsynskrav som ikke besvares innen fem dager, regnes som avslag etter § 32 (2). Vi ber derfor om rask behandling".

HK gav en fylldigere begrunnelse for sitt avslag i brev av 11.02.09 til Helgelands Blad. Avisen tilskrev deretter Fylkesmannen i brev av 11.02.09 der det ble gjort oppmerksom på denne sak og noen tilsvarende avslag som en hadde påklaget.

Fylkesmannen tilskrev HK i brev av 14.03.09. Vi ba da om at det ble foretatt en ny vurdering av saken i samsvar med forvaltningsloven § 33. Det ble samtidig gjort oppmerksom på at saken med de opplysninger som var nødvendig for å kunne ta stilling til om offentleglova gjelder for selskapet, måtte oversendes hit dersom avslaget etter dette ble opprettholdt.

Vi mottok deretter et brev dat. 19.03.09 fra HK. I brevet uttales følgende:

"Vi viser til Deres brev av 14.03.09 foranlediget i korrespondanse med Helgelands Blad, og bekrefter herved vår vurdering om at offentlighetsloven ikke gjelder for HelgelandsKraft AS (HK).

Innledningsvis vil vi uttrykke tvil om at Fylkesmannen i det enkelte fylke er klageinstans for denne type prinsipielle avklaring som gjelder flere vertikalintegreerte kraftselskap i hele Norge. Vi velger allikevel å utdype vårt syn som er i samråd med en juridisk vurdering foretatt av advokatfirmaet Thommesen på vegne av Energibedriftenes Landsforening. Vår begrunnelse for å hevde at HK kommer inn under unntaksbestemmelsen i Offentlighetslovens § 2, annet ledd, kommer av en helhetsvurdering av flere kriterier som underbygger at HK hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet.

HK er et vertikalt integrert selskap med forretningsmessig virksomhet innen kraftproduksjon, sluttbrukersalg og nettvirksomhet der konkurranseutsatt virksomhet (kraftproduksjon og kraftsalg) utgjør 70-75 % av omsetningen. Av vårt regnskap for 2007 framgår det at av en totalomsetning på 1020 mill. kr kommer 302 mill. kr fra overføringsinntekter i nettvirksomheten, mens 703 mill. kr kommer fra energisalg i konkurranseutsatt kraftproduksjon og sluttbrukersalg (fordelt likt på hvert forretningsområde). Tilsvarende fordeling gjelder også for årene 2006 og 2008. Ut fra et fortjenestekriterium kommer hoveddelen av resultatet fra konkurranseutsatt virksomhet. Vårt driftsresultat i 2007 på 301 mill. kr fordeles med 51 mill. kr fra nettvirksomheten, 232 mill. kr fra produksjonsvirksomheten og 15 mill. kr fra sluttbrukersalg. Over 80 % av driftsresultatet tilskrives dermed konkurranseutsatt virksomhet.

Bokført verdi på våre nettanlegg er 705 mill. kr, mens produksjonsanlegg er bokført til 842 mill. kr. Markedsverdi på nettanlegg anslås til 800 mill. kr, mens markedsverdi på produksjonsanlegg (1030 GWh) anslås til hele 3.000 mill.kr. En verdivurdering bekrefter dermed også vår vurdering at HK hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet.

Konkurransen innen kraftproduksjon i det nordiske kraftmarkedet er reell og velfungerende - tilsvarende gjelder for konkurransesituasjonen i det norske sluttbrukermarkedet. HK opererer i direkte konkurranse med og på samme vilkår som andre private og offentlige aktører i det nordiske kraftmarked.

Ut fra denne helhetsvurdering av kriterier fastholder vi vårt syn at HKs virksomhet (med unntak av Det Lokale Eltilsyn) ikke omfattes av offentlighetsloven.

Vi står gjerne til disposisjon for utdypende informasjon”.

Fylkesmannens vurdering

Avgjørelser etter offentleglova kan i henhold til lovens § 32 påklages til det forvaltningsorgan som er nærmest overordnet det forvaltningsorgan som har truffet det aktuelle vedtaket. Samme bestemmelse fastsetter at det ved forskrift kan gis regler om hvilket organ som skal være klageinstans for avgjørelser truffet av rettssubjekt omfattet av offentleglova § 2 første avsnitt bokstavene b til d. Det er i offentlegforskrifta § 11 tredje avsnitt gitt slik bestemmelse:

”Dersom ein kommune eller fylkeskommune utøvar eigarskap til eit sjølvstendig rettssubjekt som er omfatta av offentleglova § 2 fyrste ledd bokstav c, eller står for utveljing av medlemmer til det øvste organet i eit sjølvstendig rettssubjekt som er omfatta av offentleglova § 2 fyrste ledd bokstav d, er Fylkesmannen klageinstans når det sjølvstendige rettssubjektet har avslått eit krav om innsyn. Tilsvarende skal gjelde dersom fleire kommunar, eller ein fylkeskommune og ein eller fleire kommunar, saman utøvar eigarskap til, eller saman står for utveljing av medlemmer til det øvste organet i, eit slikt sjølvstendig rettssubjekt som nevnt i fyrste punktum...”.

For at offentleglova i dette tilfellet skal gjelde, må det offentlige ha en eierandel som gir mer enn halvparten av stemmene i selskapets øverste organ, eller ha rett til å velge mer enn halvparten av medlemmene med stemmerett i dette organ, jf. offentleglova § 2 bokstav c og d. Det er tilstrekkelig at et av alternativene er oppfylt. HK er et interkommunalt selskap, (100 %) eid av til sammen 14 kommuner på Helgeland. Det legges til grunn at begge forutsetningene her er oppfylt.

Klageinstans vil i dette tilfellet være Fylkesmannen, jf. bestemmelsen foran.

Offentleglova § 2 annet avsnitt inneholder imidlertid et unntak fra bokstavene c og d. Bestemmelsen lyder slik:

”Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. For verksemdar som etter offentleg oppkjøp eller liknande kjem inn under bokstavane c eller d, gjeld lova frå og med fjerde månadsskiftet etter den månaden da vilkåra vart oppfylte”.

Slik bestemmelsen er å forstå, vil det være av betydning hvordan en virksomhet er organisert, jf. ordet ”rettssubjekt” i bestemmelsen. For en virksomhet som er organisert i flere rettssubjekt, må det tas stilling til om den næringsvirksomhet som drives i det enkelte rettssubjekt er utsatt for konkurranse som nevnt. Der de ulike virksomheter er samlet i ett

rettssubjekt, vil det avgjørende være om virksomheten sett under ett hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private. Dersom dette er tilfelle og virksomheten også drives på samme vilkår som for private konkurrenter, vil hele virksomheten falle utenfor loven, selv om mindre deler av den ikke er utsatt for konkurranse.

Ut fra det som er opplyst av HK, er nettvirksomhet, kraftproduksjon og sluttbrukersalg organisert i et rettssubjekt. Nettvirksomhet vil isolert sett være omfattet av loven. Ut fra strukturen i HK som innebærer at all virksomhet er samlet i ett selskap (rettssubjekt), må en i dette tilfellet se på hvor stor omsetningen er fra den enkelte virksomhet. Dersom bidraget fra den del av virksomheten som drives i konkurranse og på samme vilkår som private utgjør mer enn 50 % av den totale omsetningen, vil selskapet i henhold til unntaket i offentliglova § 2 annet avsnitt falle utenfor. Dette må imidlertid suppleres med en forutsetning om at konkurransen det er snakk om må skje innenfor selskapets hovedmarked.

Konklusjon

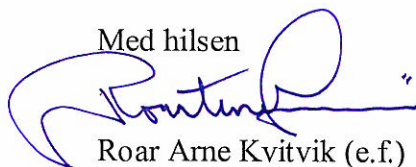
Som nevnt ovenfor, så opererer HK i hele det nordiske kraftmarkedet. Det må her kunne sies at selskapet er utsatt for reell konkurranse. Ut fra de omsetningstall og verdianslag som selskapet selv angir, jf. foran, vil offentliglova i dette tilfellet ikke gjelde.

Klagen fra Helgelands Blad tas ikke til følge idet HK på bakgrunn av de foreliggende opplysninger er unntatt fra offentliglova, jf. § 2 annet avsnitt.

Saken er behandlet av Fylkesmannen med hjemmel i offentligforskrifta § 11, jf. offentliglova § 32.

Avgjørelsen kan ikke påklages videre, jf. forvaltningsloven § 28.

Med hilsen



Roar Arne Kvitvik (e.f.)
avdelingsdirektør



Tor Sande
kontorsjef

Kopi: Helgelandskraft AS, Industriveien 7, 8657 Mosjøen

