



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Fylkesmannen i Rogaland
Postboks 59
4001 STAVANGER

Deres ref.
2011/3985

Vår ref.
11/8819 EO OKL/HFA/mk

Dato
30.05.2013

Spørsmål om Norsk Bane AS omfattes av offentleglova - begjæring om omgjøring

Vi viser til brev fra Advokatfirmaet Kluge 6. desember 2011 og brev fra Fylkesmannen i Rogaland 9. februar 2012. Spørsmålet i saken er om offentleglova gjelder for selskapet Norsk Bane AS (heretter omtalt som «NB»). Fylkesmannen har kommet til at selskapet er omfattet av loven og derfor plikter å gi innsyn. NB er uenig i denne vurderingen, og selskapet har gjennom brevet fra Advokatfirmaet Kluge anmodet Justis- og beredskapsdepartementet om å omgjøre fylkesmannens vedtak.

Etter offentleglova § 2 første ledd første punktum bokstav c gjelder loven for selvstendige rettssubjekter der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har en eierandel som gir mer enn halvparten av stemmene i det øverste organet i rettssubjektet. For et aksjeselskap vil dette innebære at en offentlig eierandel som gir flertall av stemmene på generalforsamlingen medfører at selskapet omfattes av loven. Vi har fått opplyst at ca. 70 prosent av aksjene i NB eies av kommuner og fylkeskommuner, og at dette medfører at offentlige eiere har mer enn halvparten av stemmene på generalforsamlingen, selskapets øverste organ. Dermed gjelder i utgangspunktet offentleglova for selskapet.

Det følger av offentleglova § 2 første ledd andre punktum at loven likevel ikke gjelder for selvstendige rettssubjekter som hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Hensynet bak denne bestemmelsen er blant annet at offentlig forretningsvirksomhet skal kunne drives mest mulig likt tilsvarende privat virksomhet og ha samme rammevilkår som konkurrentene, se Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) s. 34 og s. 116. Spørsmålet er da om NB oppfyller disse vilkårene.

Dersom et rettssubjekt skal være omfattet av bestemmelsen, må i alle fall mer enn

halvparten av virksomheten utgjøre næringsvirksomhet og være utsatt for konkurranse. Det er vanskelig å si nøyaktig hvor stor del av virksomheten dette må gjelde, men det kreves ikke at alle eller nesten alle deler av virksomheten er utsatt for konkurranse, jf. Rettleiar til offentleglova s. 18. Ved en konkret vurdering av om et rettssubjekt er omfattet, må det gjøres en helhetsvurdering hvor man blant annet tar hensyn til hvor stor del av den samlede omsetningen, fortjenesten, antallet ansatte, verdien av driftsmidlene og markedsverdien som knytter seg til de delene av virksomheten som utgjør næringsvirksomhet, og som er utsatt for konkurranse, jf. Rettleiar til offentleglova s. 19. Ved vurderingen av om det foreligger «direkte konkurranse» skal det legges til grunn et snevert konkurransebegrep, det vil si at virksomheten må være utsatt for konkurranse i sitt hovedmarked, se Ot.prp. nr. 102 (2004–2005) s. 116. Det må dessuten dreie seg om noenlunde samme produkt eller tjeneste, som tilbys på noenlunde samme måte, jf. Rettleiar til offentleglova s. 19.

I henhold til NBs vedtekter § 3 er selskapets formål «å planleggje, byggje og drive eit høgfarts-banenett i Noreg og gjennomføre dei tiltaka som synest nødvendige for å kunne oppnå dette». Ifølge selskapet selv er virksomheten foreløpig avgrenset til å utarbeide plan- og analysemateriale og å medvirke til bred politisk enighet om å bygge et nytt nasjonalt banenett. Utarbeidelse av plan- og analysemateriale for bane tilbys ifølge NB også av selskaper som Rambøll AS, Norconsult AS og Sweco Norge AS.

NBs viktigste inntektskilde er såkalt prosjektorganisering. Dette betyr at NB søker en gruppe potensielle bidragsytere om tilskudd til en bestemt utredning. Søknader sendes delvis til interessenter som har tatt kontakt med NB og etterspurt deres tjenester, og delvis til potensielle bidragsytere som ikke har tatt kontakt med selskapet. Søknadsmottakerne er både offentlige og private aktører som har geografisk tilknytning til strekningen som skal utredes, og som dermed antas å være interessert i prosjektet. Ingen av bidragsyterne bidrar med mer enn 50 prosent av den samlede søknadssummen til hvert prosjekt. I rapporten «Høyhastighetsbane til Møre og Romsdal for langdistanse-, regional- og godstrafikk» som er utarbeidet av Deutsche Bahn på oppdrag av NB, omtaler selskapet dette som et «spleiselag». Ifølge NB selv benytter selskapet denne finansieringsformen i større omfang enn mange av konkurrentene.

Konsulentselskaper som utarbeider jernbanefaglige utredninger, tilbyr derimot normalt sine tjenester gjennom anbud, ikke ved å søke bidragsytere direkte om støtte til et konkret prosjekt. NB deltar også i anbudskonkurranser, og i slike tilfeller konkurrerer selskapet direkte med private aktører. Selskapet tilbyr derimot i hovedsak sine tjenester gjennom prosjektorganisering, og kun en liten andel av de totale inntektene kommer fra tradisjonelt salg av konsulenttjenester. Vi kan derfor ikke se at minst halvparten av NBs virksomhet utgjør næringsvirksomhet som er utsatt for direkte konkurranse.

Tjenesten NB tilbyr gjennom prosjektorganisering skiller seg også på andre områder fra tjenestene potensielle konkurrenter tilbyr, ved at utredningsmaterialet gjøres fritt tilgjengelig, og at de økonomiske bidragsyterne ikke kan legge restriksjoner på hvordan materialet skal brukes. Materialet utarbeides ikke på oppdrag fra bidragsyterne. Videre skiller selskapet seg ut ved at det har som mål at det skal bygges høyhastighetsbane i Norge, og ved at selskapet selv ønsker å drive slik bane på sikt. Materialet selskapet utarbeider i dag er ment å berede grunnen for å bygge

høyhastighetsbane. NB har altså et bestemt formål med sin virksomhet, og denne typen formål kjennetegner ikke typiske konsulentselskaper. Selv om NBs utredninger gjøres på faglig grunnlag, innebærer selskapets klare formål at tjenestene skiller seg fra uavhengige konsulentselskaper, som ikke har noen egeninteresse i at det bygges høyhastighetsbane i Norge. I NBs viktigste prosjekter de senere årene har selskapet engasjert Deutsche Bahn til å foreta utredningene. At selskapet engasjerer eksterne aktører på denne måten, og at Deutsche Bahn selv er en betydelig leverandør av jernbanetjenester, medfører at NBs tjenester skiller seg ytterligere fra typiske konsulentselskapers tjenester.

På denne bakgrunnen kan vi ikke se at NB kan sies i hovedsak å drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private aktører. Både hoveddelen av selskapets tjenester og måten disse tilbys på skiller seg tydelig fra det de private aktørene på markedet tilbyr.

Det følger ellers av offentlegforskrifta § 1 andre ledd bokstav a at offentleglova ikke gjelder for selvstendige rettssubjekter uten fast ansatte i administrativ stilling. NB har anført at selskapet i medhold av denne bestemmelsen ikke omfattes av offentleglova. Selskapet har ansatt både en daglig leder og en kommunikasjonssjef. Dette er administrative stillinger, og disse må antas å kunne følge opp selskapets plikter etter offentleglova. I kgl. res. 17. oktober 2008 om iverksettelse av offentlegforskrifta, som NB har vist til, er rettssubjekter som kun har en fast ansatt gartner eller vaktmester, trukket fram som eksempler på hvem som omfattes av forskriften § 1 andre ledd bokstav a. Dette er stillinger som ikke kan sammenliknes med en daglig leder eller kommunikasjonssjef. Vi kan derfor ikke se at NB omfattes av bestemmelsen i offentlegforskrifta § 1 andre ledd bokstav a.

NB har endelig anført at selskapet mangler evne til å håndtere innsynsplikten etter offentleglova. Det er ikke åpnet for en konkret vurdering av hvorvidt et organ er i stand til å oppfylle pliktene etter offentleglova, og forholdet kan derfor ikke begrunne at NB ikke er omfattet av loven.

Etter vår oppfatning er det således ikke noe å utsette på Fylkesmannen i Rogalands vurdering av saken. Vi ser heller ikke at det foreligger saksbehandlingsfeil eller annet grunnlag for å omgjøre Fylkesmannens vedtak.

Med hilsen


Ole Knut Løstegaard e.f.
fung. lovrådgiver


Helle Aase Falkenberg
rådgiver

Kopi:

Kluge Advokatfirma Bergen v/advokat Steinulf Tungesvik
NRK Møre og Romsdal v/journalist Øyvind Johan Heggstad