

Uttalelse

S | OM

Sak: 2009/1203

SAK OM DOKUMENTINNSYN - OFFENTLEGLOVAS VIRKEOMRÅDE

Saken gjelder spørsmålet om Karmsund Havnevesen IKS er omfattet av offentleglova.

Jeg har kommet til at Karmsund Havnevesen IKS er omfattet av offentleglova. Det er særlig lagt vekt på formålet med selskapet og at oppgavene knyttet til forvaltning og myndighetsutøvelse innenfor sjøområdet utgjør en ikke ubetydelig del av virksomheten, samt at en stor del av omsetningen skriver seg fra havneavgifter fastsatt og innkrevd i medhold av lov.

Sakens bakgrunn og undersøkelsene her

Haugesunds Avis fremsatte i februar 2009 krav om innsyn i postjournalen til Karmsund Havnevesen. Havnevesenet er organisert som interkommunalt selskap (IKS), og eies av kommunene Haugesund, Karmøy, Bømlo, Bokn, Tysvær og Sveio. Havnevesenet av slo kravet under henvisning til at offentleglova 19. mai 2006 nr. 16 ikke kom til anvendelse på selskapet. Det ble vist til at virksomheten hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private, og at bestemmelsen i offentleglova § 2 første ledd annet punktum dermed fører til at selskapet ikke er omfattet av virkeområdet til loven. Etter klage opprettholdt Fylkesmannen i Rogaland vedtaket fra Karmsund Havnevesen om å nekte innsyn i postjournalen.

På vegne av Haugesunds Avis brakte Norsk Presseforbund saken inn for ombudsmannen ved brev 22. mai 2009. Saken ble herfra tatt opp med Fylkesmannen i Rogaland ved brev 12. august 2009. Det ble bl.a. bedt om en redegjørelse for bakgrunnen for og formålet med opprettelsen av Karmsund Havnevesen IKS, herunder for det rettslige grunnlaget for havnevesenets virksomhet slik dette fremgår av reglene i havne- og farvannsloven. Det ble også spurt om i hvilken grad havnevesenet kan sies å drive næringsvirksomhet, og i tilfelle

på hvilken måte og i hvilken utstrekning denne virksomheten er utsatt for konkurranse fra private aktører. Videre ble det spurt om det i denne sammenhengen hadde betydning at de eiendommene som forvaltes og leies ut må anses som offentlig eide, og at havnevesenet er tillagt myndighet innenfor havnedistriktet i medhold av havne- og farvannsloven.

Fylkesmannen ble bedt om å opplyse hvor stor del av havnevesenets driftsinntekter som stammer fra avgifter fastsatt i medhold av havne- og farvannsloven. Det ble også bedt opplyst om det er havnevesenet som eier eiendommene, bygningsmassen og arealene ellers innenfor havnedistriktet, eller om disse eies av noen eller av alle deltakerkommunene. Under forutsetning av at det var selskapet som sto som eier, ble det bedt opplyst hvordan eiendommene m.v. ble overført til selskapet ved opprettelsen av selskapet, for eksempel om det ble overdratt vederlagsfritt eller til markedspris.

Fylkesmannen ga en nærmere redegjørelse for saken i brev 28. september 2009. Sammen med brevet fulgte også en redegjørelse fra havnedirektøren i Karmsund Havnevesen IKS. Det ble opplyst at selskapets formål ifølge selskapsavtalen er å planlegge, utbygge og drive havner, samt trygge ferdselen, på vegne av de kommunene som er deltakere. Videre skal selskapet ivareta eierkommunenes oppgaver, rettigheter og forpliktelser i samsvar med den til enhver tid gjeldende havne- og farvannslovgivning. Det rettslige grunnlaget for havnevesenets drift ble oppgitt å være bl.a. havne- og farvannsloven. Fylkesmannen opplyste at av totalt 20 ansatte i virksomheten, var det en ansatt som brukte om lag 80 % av sin stilling til arbeid med «forvaltningsoppgaver». All virksomhet blir imidlertid finansiert av den forretningsmessige virksomheten samt avgiftene som brukerne betaler. Havnevesenets virksomhet har et kommersielt preg « i den forstand at hele driften av havnevesenet finansieres gjennom forretningsvirksomheten». Av selskapets totale inntekter for året 2008, utgjorde inntektene fra innkreving av avgifter i medhold av havne- og farvannsloven om lag 42 %. Fylkesmannen viste i denne sammenheng til at bare 20 % av omsetningen ikke skjedde i konkurranse med private aktører. Det er selskapet som eier det alt vesentligste av bygningsmassen, mens noen av eiendommene står registrert på eierkommunene. Bygningene er i hovedsak anskaffet etter 1992, mens eiendommene er anskaffet av de tidligere kommunale havnevesenene i havnedistriktet gjennom drift i 150 år, og er betraktet som en logisk videreføring av havnedriften.

I redegjørelsen fra havnedirektøren ble det bl.a. opplyst at ca. 80 % av selskapets omsetning skriver seg fra konkurranseutsatt næring/virksomhet. Dette omfattet bl.a. drift og utleie av eiendommer/bygningsmasse/arealer, drift og utleie av kaier og bakarealer tilhørende varelagring/transitt, og vederlag opptjent på vann, strømleveringer, vaktbåtservice og opplagsskip. All denne virksomheten blir drevet i konkurranse med private aktører, som ble opplistet innenfor de ulike aktivitetsnivåer. Det ble opplyst at alle transporttekniske oppgaver som for eksempel kaileie, arealleie, vakthold og opplagsvirksomhet ikke er lovpålagte, og således kan leveres også av private aktører. Havnevesenets forvaltningsmessige oppgaver ble angitt å være bl.a. saksbehandling etter havne- og farvannsloven, høringsuttalelser, samarbeid med eierkommunene om fremtidige næringsetableringer, og kartlegging av vare- og transportstrømmer. Dette er oppgaver som enten er lovpålagt eller som forventes ivaretatt av et stedlig havnevesen. De forvaltningsmessige oppgavene til havnevesenet blir finansiert gjennom avgifter og vederlag, og ikke gjennom økonomiske overføringer fra eierkommunene. Det ble ellers pekt på at problemstillingen knyttet til forholdet mellom konkurransetilpasning og

offentlige forvaltningsoppgaver hadde vært aktuell i havne-Norge de siste 30 årene, og er nå søkt løst gjennom ny havne- og farvannslov som trer i kraft 1. januar 2010. Loven vil gi rom for et tydeligere skille mellom de ulike selskapsaktivitetene, for eksempel ved at de rene forretningsmessige sidene ved virksomheten kan bli organisert i et eget aksjeselskap, mens de forvaltningsmessige sidene blir tatt hånd om av et eget selskap.

Norsk Presseforbund har ikke kommet med ytterligere merknader.

Mitt syn på saken:

Etter offentliglova 19. mai 2006 nr. 16 § 2 første ledd 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. Det er forvaltningens samlede innflytelse som er avgjørende. Der det for eksempel er flere kommuner som samlet sett har den dominerende innflytelsen i rettssubjektet, vil derfor loven komme til anvendelse, selv om hver enkelt kommune ikke oppfyller kravet til eierskap. I bestemmelsens annet punktum er det imidlertid gjort unntak for slike selvstendige rettssubjekter dersom de «hovudsakeleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private». Offentliglova gjelder likevel når et selvstendig rettssubjekt utøver offentlig myndighet gjennom å treffe enkeltvedtak eller utferdige forskrifter, jf. offentliglova § 2 første ledd bokstav b.

Karmsund Havnevesen er opprettet som et interkommunalt selskap i medhold av lov 29. januar 1999 nr. 6. Deltakerne i selskapet er kommunene Bokn, Bømlo, Haugesund, Karmøy, Sveio og Tysvær. Selv om selskapet i sin helhet er eid av disse kommunene, følger det av lov om interkommunale selskaper § 2 at selskapet kan ha «rettigheter, forpliktelser og partsstilling overfor domstol og andre myndigheter». Etter forarbeidene skal det i dette ligge at et interkommunalt selskap er et selvstendig rettssubjekt. Tatt i betraktning at Karmsund Havnevesen IKS er fullt ut offentlig eid, er utgangspunktet etter offentliglova § 2 første ledd bokstav c at virksomheten er omfattet av offentliglova. Hovedspørsmålet i denne saken er om den virksomhet som drives av Karmsund Havnevesen er av en slik karakter at selskapet omfattes av unntaket i offentliglova § 2 første ledd annet punktum.

Offentliglova § 2 første ledd bokstav c er ment å representere en endring og utvidelse av virkeområdet sammenlignet med offentlighetsloven av 1970. For at selvstendige rettssubjekter skulle være omfattet av offentlighetsloven av 1970 var det for det første en forutsetning at virksomheten fullt ut eller i det vesentligste var eid av det offentlige, og ikke drev utelukkende med næringsvirksomhet. Dersom disse forutsetningene var oppfylt, måtte det skje en nærmere vurdering for å avgjøre om virksomheten var omfattet av offentlighetsloven. I denne vurderingen var det et sentralt moment i hvilken utstrekning rettssubjektet drev næringsvirksomhet i konkurranse med private aktører. Men også andre momenter, særlig omfanget av forvaltningsvirksomheten, graden av organisatorisk og økonomisk tilknytning til det offentlige, om virksomheten hadde faktisk eller rettslig monopol og graden av politisk styring, var relevante ved vurderingen, se St.meld. nr. 32 (1997-98) Om offentlighetsprinsippet i forvaltningen, side 41.

Om et selvstendig rettssubjekt driver virksomhet som nevnt i offentleglova § 2 første ledd annet punktum, og derfor er unntatt fra offentleglovas virkeområde, beror derimot på en vurdering av om selskapet «hovudsakeleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private». Forarbeidene gir få holdepunkter for hvilke typer selskaper som vil være omfattet av unntaksbestemmelsen, utover det relativt selvsagte at selskaper som Statoil ASA og Telenor ASA vil være unntatt fra lovens anvendelsesområde. I forarbeidene har departementet i Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 34 uttalt følgende om avgrensningskriteriet:

«Problemet er å finne formålstenlege avgrensningskriterium for å skilje ut dei sjølvstendige rettssubjekta som ikkje bør vere underlagde offentlegprinsippet. Etter gjeldande rett skal avgrensinga skje ut frå ei brei heilskapsvurdering der alle momenta utvalet gjer greie for, inngår, jf. punkt 4.1. Dette gir ein regel som kan vere svært vanskeleg å praktisere, og praksis har vist at utfallet av heilskapsvurderinga i mange tilfelle er usikker. Departementet ser det dermed ikkje som noko aktuelt alternativ å byggje vidare på ei slik heilskapsvurdering, men at avgrensinga i staden bør byggje på enkle kriterium som gir sikre løysingar.»

Hvordan kriteriet «hovudsakeleg driv næring i direkte konkurranse med ...» skal forstås, vil likevel også bero på en konkret helhetsvurdering, men da i utgangspunktet begrenset til dette såkalte konkurransekriteriet. I Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 35 og 116 er det pekt på at innholdet i dette kriteriet er ment å være en videreføring av tidligere retningslinjer for hvordan konkurransemomentet skulle vurderes i den helhetsvurderingen som skulle skje etter offentlighetsloven av 1970.

Det er et snevert konkurransebegrep som skal legges til grunn. Dette betyr bl.a. at det bare vil være aktuelt å legge vekt på konkurranse innenfor virksomhetens hovedmarked. Dersom virksomheten har rettslig og faktisk monopol på det hjemlige markedet, men er utsatt for konkurranse for eksempel fra internasjonalt baserte internetselskaper, vil konkurransevilkåret ikke være oppfylt. Den konkurranseutsatte delen av virksomheten må dessuten utøves på like vilkår som de private aktørene i det aktuelle markedet har. Forarbeidene nevner som eksempel på ulike vilkår at en virksomhet mottar subsidier eller andre fordeler fra det offentlige, eller på annen måte er sikret inntekter som konkurrentene ikke har. I disse tilfellene vil den offentlige næringsvirksomheten ikke skje på like vilkår med private aktører, og hensynene bak bestemmelsen gjør seg ikke gjeldende, jf. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) side 116.

Virksomheten skal vurderes under ett, og det avgjørende er om virksomheten samlet sett kan sies hovedsakelig å drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private. Over halvparten av virksomheten må i alle felle drive slik næringsvirksomhet, men det kreves ikke at alle eller nesten alle delene av virksomheten er utsatt for konkurranse. I Justis- og politidepartementets «Rettleiar til offentleglova» pkt. 3.3.2 er det fremholdt at det skal

«skje ei heilskapsvurdering der det mellom anna blir teke omsyn til kor stor del av den samla omsetnaden, fortjenesta, talet på tilsette, verdien av driftsmidla og marknadsv verdien som knyter seg til dei delane av verksemda som er utsette for konkurranse».

Forvaltningsoppgavene til en virksomhet vil ikke nødvendigvis kunne måles ved hjelp av økonomiske parametre. Hvor stort omfang forvaltningsvirksomheten har, vil derfor måtte bygge på en vurdering, ikke bare av hvor mange ansatte som utfører forvaltningsoppgavene og den økonomiske verdien av disse oppgavene, men også på en vurdering av hvor viktig de offentlige oppgavene er for borgerne. Jeg antar at også virksomhetens formål vil kunne ha betydning i avveiningen av om virksomheten samlet sett hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private.

Fylkesmannen i Rogaland og Karmsund Havnevesen har opplyst at om lag 80 % av den totale omsetningen til selskapet skriver seg fra virksomhet som er utsatt for konkurranse fra private. Det er i denne sammenheng vist til at selv om en stor del av inntektene stammer fra havneavgifter som kreves inn i medhold av havne- og farvannsloven, er det kun anløpsavgiften og passasjeravgiften som innkreves uten konkurranse fra private aktører. Rettssubjektets omsetning er klart nok et sentralt moment i vurderingen av konkurransekriteriet. Dersom det er slik at om lag 80 % av havnevesenets omsetning knytter seg til konkurranseutsatt virksomhet, taler det for at konkurransevilkåret er oppfylt.

Etter den tidligere havne- og farvannsloven (lov 8. juni 1984 nr. 51) § 21 kunne kommunen fastsette og sørge for oppkreving av havneavgifter. Ved forskrift 2. desember 1994 nr. 1070 om kostnadsfordeling, havneavgifter var det gitt nærmere regler om avgiftenes størrelse og hvilke kostnadsbærere avgiftene skulle dekke. Hovedprinsippet var at havneavgiftene skulle være kostnadsdekkende, og ikke gi økonomisk overskudd, dvs. at de var bundet av det såkalte selvkostprinsippet. Det fulgte uttrykkelig av den tidligere havne- og farvannsloven § 22 at det ikke var tillatt å avtale eller oppkreve særskilt vederlag for tjenester eller ytelser dersom kostnadene er dekket gjennom avgifter. En betydelig del av Karmsund Havnevesens omsetning kan føres tilbake til havneavgifter fastsatt og innkrevd i medhold av den tidligere havne- og farvannsloven. I og med at det etter den tidligere havne- og farvannsloven bare var kommuner som hadde opprettet havnedistrikt som kunne kreve inn havneavgifter, kan omsetningen basert på havneavgiftene vanskelig sies å skrive seg fra næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private.

Fra 1. januar 2010 trådte lov 17. april 2009 nr. 19 (havne- og farvannsloven 2009) i kraft. Med den nye loven er de kommunale havneavgiftene, med unntak av anløpsavgiften, avviklet og erstattet av en alminnelig prisfastsettelse for bruk av kai og andre tjenester, jf. havne- og farvannsloven 2009 § 25. Dette vil nok i større grad tydeliggjøre konkurransen mellom de offentlige og private havnene. Fortsatt er det imidlertid adgang til å kreve inn havneavgifter frem til 31. desember 2010, jf. midlertidig forskrift 9. desember 2009 om havneavgifter som ledd i en overgangsordning. Karmsund Havnevesen har fastsatt havneavgifter for 2010 med hjemmel i denne forskriften.

Det er videre i saken opplyst at det av totalt 20 ansatte i havnevesenet er én som arbeider med forvaltningsoppgaver, noe som tyder på at omfanget av forretningsdriften er vesentlig. Dette taler også mot at selskapet er omfattet av offentleglova. Ut fra de redegjørelsene som er gitt, kan det se ut til at man med forvaltningsoppgaver utelukkende har tenkt på behandlingen av forvaltningssaker, arbeid med høringsuttalelser og lignende.

* Etter min oppfatning må man imidlertid også se hen til omfanget av arbeidet som knytter seg til det forvaltningsansvaret og den myndighet som er tillagt kommunen etter havne- og farvannsloven 2009 kapittel 2 innenfor kommunens sjøområde. Dette omfatter bl.a. de forpliktelsene kommunen har til å sørge for sikkerhet og fremkommelighet i havner og i kommunens sjøområde. Slik saken er opplyst, er det uklart hvor stor del av virksomheten som faktisk knytter seg til slike oppgaver, men det virker sannsynlig at det i alle fall er flere en én ansatt som utfører oppgaver knyttet til denne delen av forvaltningsansvaret.

Det må utvises en viss varsomhet med å legge for stor vekt på omsetningstall, antall ansatte etc. for en begrenset periode. Der hvor et heleid offentlig selvstendig rettssubjekt driver med både forvaltningsvirksomhet og næringsvirksomhet, vil graden av konkurranseutsatt næringsvirksomhet sammenlignet med forvaltningsvirksomhet kunne variere fra år til år. Formålet med virksomheten og bakgrunnen for opprettelsen av havnevesenet vil imidlertid kunne gi veiledning om arten av den virksomheten et rettssubjekt over tid er ment å drive. Karmsund Havnevesen skal etter selskapsavtalen § 3 ha følgende formål:

«Selskapets formål er å planlegge, utbygge og drive havner, samt å trygge ferdseilen, på vegne av de kommuner som er deltakere, jfr. § 4, og ivareta disse kommuners oppgaver, rettigheter og forpliktelser i samsvar med den til enhver tid gjeldende havne- og farvannslovgivning (...))»

Selskapet skal etter dette først og fremst ivareta de viktige oppgavene som er tillagt eierkommunene innenfor kommunenes sjøområder. Formålet gir ikke uttrykk for at havnevesenet skal drives etter tradisjonelle forretningsmessige kriterier, eller at økonomisk overskudd er et formål med virksomheten. Valget av selskapsform trekker også i denne retning. Dersom hovedformålet med virksomheten hadde vært av rent forretningsmessig art, ville det trolig vært mer naturlig å velge en selskapsform med begrenset ansvar. Organisasjonsformen interkommunalt selskap velges normalt for å løse felles offentlige oppgaver, for eksempel tilbud av varer og tjenester som forvaltningen ellers måtte tilbudt i eget navn. Formålet bak unntaket i offentleglova § 2 første ledd annet punktum er dessuten å legge til rette for at rettssubjekter under offentlig innflytelse skal kunne drive forretningsdrift på like vilkår som private. Med de begrensninger som ligger i selskapsformen interkommunalt selskap, og sett hen til at havne- og farvannsloven 2009 setter begrensninger på økonomiforvaltningen, vil ikke formålet bak offentleglova § 2 første ledd annet punktum slå til i samme grad som for rettssubjekter med et rent forretningsmessig formål.

Verken den tidligere eller någjeldende havne- og farvannsloven er imidlertid til hinder for at en offentlig havn også driver forretningsvirksomhet. Kommunene står i utgangspunktet fritt til å organisere havnene slik de ønsker. Således vil havnevirksomheten kunne organiseres som en del av kommunen, for eksempel som et kommunalt foretak etter kommunelovens regler, som et interkommunalt selskap eller som et alminnelig aksjeselskap jf. havne- og farvannsloven 2009 § 45. I forhold til offentleglovas virkeområde kan det derfor ikke i seg selv være avgjørende at havnevesenet ivaretar viktige offentlige oppgaver.

- I utgangspunktet vil heller ikke det at havnevesenet besitter offentlig eiendom være til hinder for at forvaltningen av slike eiendommer betraktes som næringsvirksomhet. Utleie av offentlig eiendom i konkurranse med private eiendomsbesittere må etter omstendighetene anses som utøving av næringsvirksomhet i reell konkurranse, selv om den offentlige eiendommen ikke er ervervet gjennom kjøp på det åpne markedet. Private eiendomsbesittere vil kunne ha ervervet eiendommene på mange ulike måter, slik at vederlagsfri ervervelse av eiendom på Kramsund Havnevesens hånd ikke nødvendigvis vil innebære en slik fordel som fører til at det ikke er tale om konkurranse på like vilkår. På den annen side kan det neppe utelukkes at havnevesenet, gjennom å overta de offentlige eiendommer og ressurser som gjennom mange år er ervervet av de ulike kommunale havnevesenene, har fått et konkurransefortrinn sammenlignet med de aktuelle private aktørene. Opplysningene som er fremlagt er imidlertid ikke tilstrekkelige til å ta endelig standpunkt om dette.

I tillegg til en vurdering av den økonomiske betydningen av de ulike delene av en virksomhet, antar jeg at man også må se hen til hvilken betydning havnevesenets offentligrettslige virksomhet har, både for brukerne og de øvrige borgerne og eierkommunene. Den nye havne- og farvannsloven legger opp til økt kommunalt forvaltningsansvar og mer hensiktsmessig forvaltnings- og styringsverktøy for myndighetene. Men loven skal også legge til rette for at de offentlige havnene i større grad skal kunne drives kommersielt. Selv om Karmsund Havnevesen etter loven skal utføre viktige samfunnsoppgaver, skal samtidig havnevesenet gis rammevilkår som kan muliggjøre økt sjøtransport, for eksempel ved at havnevesenet kan foreta markedsorienterte investeringer og samarbeide med private. Formålet bak en offentlig havnevirksomhet, slik dette er angitt i den nye havne- og farvannsloven, gir således liten veiledning i vurderingen av om konkurransevilkåret for Karmsund Havnevesen er oppfylt.

Slik saken er opplyst for meg, og etter en avveining av de ulike relevante momenter som gjør seg gjeldende, har jeg kommet til at Karmsund Havnevesen IKS er omfattet av offentliglova. Jeg har da særlig lagt vekt på formålet med selskapet og at innslagene av forvaltning og myndighetsutøvelse innenfor sjøområdet utgjør en viktig del av virksomheten, samt at en stor del av omsetningen knytter seg til havneavgifter fastsatt og innkrevd i medhold av lov.

Oslo, 19. januar 2010


Arne Fliflet