

Sivilombudsmannen

Besøksadresse
Akersgata 8, inngang Tollbugata
Postadresse
Postboks 3 Sentrum, 0101 Oslo

Telefon 22 82 85 00
Grønt nummer 800 80 039
Telefaks 22 82 85 11
postmottak@sivilombudsmannen.no

Fylkesmannen i Nordland
Statens hus
Moloveien 10
8002 BODØ

Mottatt FM-NO
- 1 MARS 2013

SOM

Vår referanse
2012/1758

Deres referanse
2012/707

Dato
28.02.2013

KLAGE PÅ FYLKESMANNENS VEDTAK OM AT NARVIKGÅRDEN ER OMFATTET AV OFFENTLIGHETSLOVEN

Jeg viser til tidligere korrespondanse, sist brev herfra 31. januar 2013.

Vedlagt følger til orientering kopi av mitt avsluttende brev til advokat Lina Therese Remlo.


Arne Fliflet

Vedlegg

Advokat Lina Therese Remlo
Eurojuris - Advokatfirma Storø AS
Postboks 712
8509 NARVIK

SOM

Vår referanse
2012/1758

Deres referanse
HST/201100144

Dato
28.02.2013

KLAGE PÅ FYLKESMANNEN I NORDLANDS VETDAK OM AT NARVIKGÅRDEN ER OMFATTET AV OFFENTLIGHETSLOVEN

Jeg viser til klage 15. juni 2012 på Fylkesmannen i Nordlands vedtak 17. april 2012 der klage fra Dagsavisen Framover ble tatt til følge slik «Narvikgården AS anses å omfattes av virkeområdet til offentlighetslova». Avisen hadde bedt om innsyn i selskapets postjournal.

Narvikgården AS (Narvikgården) klaget på «to punkter, hvor en mener at Fylkesmannen har gjort en uriktig tolkning av offentleglova». Det ble for det første anført at det i vurderingen av Narvikgården må sees hen til konsernets samlede virksomhet og ikke bedømme morselskapet isolert. Videre ble det anført at Narvikgården driver i direkte konkurranse med, og på samme vilkår med private slik at konkurranseunntaket i offentlighetsloven 19. mai 2006 nr. 16 § 2 første ledd annet punktum kom til anvendelse.

Saken ble tatt opp med Fylkesmannen i Nordland 2. november 2012. Klagerens hovedanførsler ble bedt kommentert. Det ble videre ble bedt om fylkesmannens syn på Nærings- og Handelsdepartementets vedtak 6. april 2011, der departementet kom til at Istad AS (morselskap i et energikonsern) ikke var omfattet av offentlighetslovens virkeområde etter en vurdering av hele konsernets virksomhet. Videre ble det vist til et avsnitt fra forarbeidene til offentlighetsloven, Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) på s. 116 hvorefter fylkesmannen ble bedt om å gi sitt syn på relevansen av uttalelsene ved tolkningen av konkurranseunntaket i offentlighetsloven § 2 første ledd annet punktum. Avslutningsvis ble det pekt på opplysningene fra Narvikgården om at selskapet har en rekke «konsernfunksjoner og ved det er en integrert og nødvendig del av den totale virksomheten». Fylkesmannen ble bedt om å redegjøre for sin vurdering av formålet med konkurranseunntaket sett opp mot de to tolkningsalternativene som forelå.

Fylkesmannen ga en nærmere redegjørelse 17. desember 2012. Etter fylkesmannens syn var NHDs utvidede tolkning av lovens ordlyd underbygget av to forhold. For det første «at det kan påvises sterk identifikasjon mellom integrasjon av morselskapet og konsernet[s] øvrige virksomhet. For det annet, så må det identifiseres til virksomhet

som i lovens forstand er å anse som konkurranseutsatt, dvs. virksomhet 'som drives i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private', og at det «avgjørende for departementet tolkningsresultat synes å være at vilkår to er oppfylt». Fylkesmannen mente derfor at det måtte utvises varsomhet med å gi konklusjon om helhetsvurdering stor rettskildemessig betydning i andre saker. Når det gjaldt relevansen av uttalelsene i forarbeidene, påpekte fylkesmannen at gjenstanden for vurderingen er «eit sjølvstendig rettssubjekt» og at et konsern ikke utgjør dette. Det ble fremholdt at:

«Når lovgiver går inn for løsningen om at det er virksomhetens hoveddel som er bestemmende for om loven skal gjelde eller ikke, og dermed også aksepterer at mindre deler som ville vært offentlige unntas, taler dette mot å innta et helt konserns virksomhet i vurderingene. Motsatte tolkning vil medføre vidtgående unntak i strid med formålet med offentlighetsloven.»

Videre ble det vist til at Narvikgården, om man skulle se virksomheten samlet, har et «tungt innslag av byutviklingsoppgaver som vanligvis hører til kommunens kjerneområder det er stor offentlig interesse om», og at det i «den grad man legger til grunn sterk grad av integrert virksomhet må det avgjøres hvordan utøvelse av slike oppgaver skal vektlegges».

Fylkesmannen anførte at i en konkret vurdering av Narvikgården, må det «ses hen til at konsernet har et omfattende virksomhetsområde, dels offentlig oppgaver og dels ulike forretningsområder». Dersom selskapet skulle være unntatt offentlighet ville det medføre at «betydelig mengde opplysninger om forvaltning av offentlig eiendom og byutvikling unndras offentlighet», noe som ville være i «strid med formålet i offentlighetsloven og prinsippet om at unntakshjemlene bare rekker så lang det er nødvendig for å ivareta de interesser den aktuelle unntaksbestemmelsen er ment å beskytte».

Avslutningsvis ble det fremhevet at fylkesmannen mente unntaksbestemmelsene i offentlighetsloven ivaretok behovet for å beskytte konkurransesensitiv informasjon.

Narvikgården svarte bl.a. at resultatet i Istad-saken var begrunnet i «den grad av integrasjon mellom morselskap og datterselskaper, som var tilfellet for Istad-konsernet», og at det ikke syntes å ha hatt særlig betydning at selskapet var et kraftkonsern. Etter Narvikgårdens syn var de hensynene som gjorde seg gjeldene i Istad-saken «nøyaktig de samme» som for Narvikgården. Når en tok i betraktning den drift av datterselskapene som skjer gjennom Narvikgården, ble det anført å være «klart at virksomheten driver næring hovedsakelig i konkurranse med, og på samme vilkår som private». Videre ble Narvikgårdens syn på relevansen av de nevnte uttalelsene i forarbeidene kommentert, og avslutningsvis ble det foretatt en avveining av de ulike hensynene som talte for og imot at Narvikgården er omfattet av offentlighetsloven.

Fylkesmannen i Nordland fremhevet deretter at integrasjonen mellom mor og datter er juridisk relevant «dersom *konkurransehensyn synes å gjøre seg gjeldende*», noe

fylkesmannen mente ikke var tilfellet. I avgjørelsen var det sett hen til at «datterselskapene mest sannsynlig ikke oppfyller lovens konkurransebegrep. Datterselskapenes primære hensikt er å forvalte fast eiendom som er tilført fra det offentlige. At de driver etter forretningsmessige prinsipper er ikke avgjørende».

Videre ble det vist til følgende:

«I årsmeldingen [til Narvikgården] finnes holdepunkter for at flere av selskapene mottar goder fra kommunen som ikke tilkommer konkurrenter. Konkret kan vi også vise til at Narvikfjellet AS er tilført 1,4 mill. fra kommunen for utarbeidelse av arealplan, som medfører at selskapet ikke driver sin virksomhet på samme vilkår som private.

Uansett vil det hevdes at dersom en helhetlig vurdering skulle vært lagt til grunn, vil morselskapets bestemmende rolle i datterskapene, for gjennomføring av bystyrets strategier innen eiendom- og infrastrukturutvikling, måtte veie tungt.»

Fylkesmannen anførte videre at dersom man la Narvikgårdens tolkningsresultat til grunn, ville måten Narvik bystyre har «vedtatt å organisere forvaltningen av fellesskapets ressurser i aksjeselskap av økonomiske årsaker, få utilsiktede virkninger ved at vesentlige virksomhetsområder faller utenfor offentlighetslovens virkeområde». Det ble også vist til uttalelser i årsmeldingen om at Narvikgården AS vurderes som «viktig for å oppnå Bystyrets strategi innen eiendoms- og infrastrukturutvikling».

Narvikgården hadde flere innsigelser til fylkesmannens kommentarer. Det ble presisert at datterselskapenes primære hensikt ikke var å forvalte fast eiendom som er tilført fra det offentlige. De var ikke tilført fast eiendom fra det offentlige. Når det gjaldt overføringer fra det offentlige hadde Narvikgården fått tilført midler for utarbeidelse av arealplan etter å ha søkt tilskudd fra «LKAB-fondet og Næringsfondet i Narvik kommune, hvor Narvikgården AS stiller på lik linje med andre søkere». Avslutningsvis bemerket Narvikgården at «en ikke kan se noen motsetninger mellom de retningslinjene fra kommunens eierskapsmelding som er gjengitt i Fylkesmannens siste brev, og en organisering og virksomhetsutøvelse som har som konsekvens at offentleglova ikke kommer til anvendelse».

Mitt syn på saken:

Etter offentlighetsloven 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». I bestemmelsens første ledd annet punktum er det imidlertid gjort et unntak (konkurranseunntaket) som lyder:

«Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private.»

Narvikgården er fullt ut eid av Narvik kommune, og faller som utgangspunkt inn under offentlighetslovens virkeområde etter offentlighetsloven § 2 første ledd bokstav c. Spørsmålet er om Narvikgården oppfyller konkurranseunntaket og dermed skal unntas offentlighetsloven.

Etter ordlyden skal det enkelte «rettssubjekt» være grunnlaget for vurderingen av om konkurranseunntaket i offentlighetsloven § 2 første ledd annet punktum kommer til anvendelse. Narvikgården har anført at det for vurderingen av konkurranseunntaket må ses hen til hele konsernets samlede virksomhet. Fylkesmannen har i vedtaket imidlertid lagt til grunn at det er morselskapets formål og funksjon som skal være gjenstand for vurderingen og i korrespondansen med ombudsmannen blant annet anført at integrasjon mellom mor og datterselskaper er juridisk relevant dersom konkurransehensyn gjør seg gjeldende, noe som etter deres vurdering ikke er tilfellet her.

Jeg har ingen rettslige innvendinger til fylkesmannens vurdering av utgangspunktet for konkurransevurderingen ut fra de opplysningene som konkret foreligger om Narvikgården.

For vurderingen av om Narvikgården «hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private» ble det i fylkesmannens vedtak gjort følgende oppsummering og konklusjon:

«Samlet sett levnes det liten tvil om at Narvikgårdens virksomhet og funksjon har betydelig innslag av offentlige byutviklings- og utbyggingsoppgaver. Grunnlaget for den forretningsmessige virksomhet er eiendomsmasse med verdi 57,5 mill som kommunen har fått hånd om som ledd i en omstillingsprosess, noe som taler mot at konkurransen er reell i lovens forstand.

At forvaltning og utvikling organiseres i selskapsform og driftes forretningsmessig bør som hovedregel ikke medføre mindre åpenhet og offentlighet. Et slikt syn finner vi støtte for i kommunens eierskapsmelding 2012, der det fokuseres på samfunnsansvarlig forretningsdrift og forvaltning av fellesskapets ressurser uansett organisasjonsform.

Fylkesmannen har i denne sak bare tatt stilling til virksomheten i morselskapet Narvikgården AS og etter en helthetsvurdering kommet fram til at selskapet ikke kan sies å hovedsakelig drive næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. At deler av konsernet virksomhet er organisert i datterselskaper som kan omfattes av unntaksbestemmelsen i § 2 annet ledd, skal holdes utenfor i vurderingen av morselskapets virksomhet. Det vektlegges at

Narvikgården AS forvalter betydelige offentlige verdier og samfunnsoppgaver det er all grunn til ikke å unnta for innsyn.

Selskapets legitime behov for å skjerme konkurransesensitiv informasjon for innsyn, kan avhjelpes gjennom offentlighetsloven bestemmelse om unntak. Fylkesmannen har etter dette kommet til at Narvikgården AS omfattes av offentleglova og klagen er dermed tatt til følge.»

Slik saken er opplyst, har jeg ikke grunnlag for å kritisere det fylkesmannen her sier og finner dermed grunn til å la saken bero med den redegjørelse fylkesmannen har gitt.



Arne Fliflet

Kopi: Fylkesmannen i Nordland