

Justis- og politidepartementet,
Postboks 8005,
0030 OSLO

Fylkesmannen i Rogaland,
Postboks 59 Sentrum,
4001 STAVANGER

Deres ref.:

Vår ref.: 311543-001\983284\v1

E-post: steinulf.tungesvik@kluge.no

Ansvarlig advokat: Steinulf Tungesvik

Bergen, 6. desember 2011

KRAV OM OMGJERING AV FYLKESMANNENS VEDTAK OM INNSYNSRETT I NORSK BANE AS SIN POSTJOURNAL

1 INNLEIING

Norsk Bane AS har bede vårt advokatfirma om råd i denne saka. Vi viser til Fylkesmannens vedtak i brev av 10.11.2011 med referanse 2011/3985, arkivnr 326.1. Brevet ligg ved her. Norsk Bane AS er svært overraska over vedtaket, og meiner det er ugyldig fordi det er i strid med lova. Norsk Bane AS meiner også at det heftar sakshandsamingsfeil ved vedtaket.

Norsk Bane AS krev at departementet eller fylkesmannen omgjer vedtaket. Fylkesmannen og departementet pliktar av eige tiltak å omgjere ugyldig vedtak når ein blir merksam på ugyldigheit ved det, sjå Frihagen (1992), bind III, side 39 og Lovavdelingas fråsegn i sak 4677/84. Norsk Bane AS ber om at alle rettslege og faktiske problemstillingar i saka vert nøye gått gjennom.

2 FYLKESMANNENS URIKTIGE LOVFORSTÅING

2.1 Feil tolking av lova § 2 andre ledd

Norsk Bane AS er eit selskap som driv verksemd i konkurranse med private. Eigarskapen er delt mellom private (enkelpersonar og selskap), fleire kommunar og ein fylkeskommune. Selskapet har sidan offentleglova kom vurdert som klårt at det er omfatta av unntaket i § 2 andre ledd, slik at selskapet ikkje er underlagd lovas reglar. NRK sin førespurnad om innsyn er den første selskapet har motteke, og oppfatninga om at ein er omfatta av unntaket er uttrykt tydeleg i svaret til NRK. Det er dette svaret Fylkesmannen har rekna som vedtak og omgjort.

Kluge Advokatfirma Stavanger
Labergget 24, Hinna Park
Postboks 277
4066 STAVANGER

Tel: 51 82 29 00
Fax: 51 82 29 01
E-post: stavanger@kluge.no

Kluge Advokatfirma Oslo
Støperigata 1
Postboks 1548, Vik
0117 OSLO

Tel: 23 11 00 00
Fax: 23 11 00 01
E-post: oslo@kluge.no

Kluge Advokatfirma Bergen
Starvhusgaten 2 B
Postboks 394 Sentrum
5805 BERGEN

Tel: 55 21 98 00
Fax: 55 21 98 01
E-post: bergen@kluge.no

Organisasjonsnummer
959 832 676 MVA

Bank
9685.27.21690 (driftskonto)
9685.27.21755 (klientmidler)
9685.27.54068 (elendomsmedling)
SWIFT: HANDNOKK

Fylkesmannen har uriktig vurdert kor vidt Norsk Bane AS er omfatta av lova ut frå graden av offentleg eigarskap, og ikkje ut frå røysterett i selskapets øvste organ. Dette er feil lovbruk og eit uttrykk for den usikre lovforståinga til fylkesmannen. No er det p.t. lik røysterett for alle aksjar i selskapet, slik at denne feilen hjå fylkesmannen tilfeldigvis likevel ikkje har vore avgjerande.

Vi meiner derimot at vurderinga knytt til unntaksregelen i § 2, andre ledd, er ein avgjerande feil som må føra til omgjerding. Norsk Bane AS driv *hovudsakleg næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private*. Fylkesmannen har openbert ikkje underretta seg tilstrekkeleg om verksemda før han gjorde vedtak, jf også nedanfor om sakshandsamingsfeil.

Norsk Bane AS tilbyr utvikling av planar for jernbane, særleg høgfartsbane, til alle som etterspør slike tenester. Selskapet har ei rekkje kundar og samarbeidspartar. Dette utgjer over halvparten av den totale verksemda, som er lovas terskel for kva som er "hovudsakleg", jf rettleiinga. Tenestene vert tilbydde i ein marknad der det er mange andre aktørar, både norske og internasjonale, som driv i Noreg. Det lettast tilgjengelege dømet er Samferdsledepartementets pågåande utgreiing for høgfartstog, der ei rekkje norske og utanlandske selskap har oppdrag innanfor akkurat same felt som Norsk Bane AS yt sine tenester.

Fylkesmannen uttalar at han har lagt vekt på kva han har funne er selskapet sitt føremål, jf vedtektene § 3. Dette er ein uholdbar analyse av selskapets verksemd. For det første er referatet av § 3 upresist. Føremålet er "å planleggje, byggje og drive eit høgfarts-banenett i Noreg og gjennomføre dei tiltaka som synest nødvendige for å kunne oppnå dette". Ein vesentleg del av tenestesalet ligg innanfor "dei tiltaka som synest nødvendige for å kunne oppnå dette", men denne delen av Norsk Bane AS sitt føremål har fylkesmannen ikkje referert. Planlegging av høgfarts banenett i Noreg har no blitt eit felt der fleire selskap deltek i konkurranse med kvarandre, jfr. også meir om dette nedanfor. For det andre har føremålet i vedtektene karakter av visjon, jf bygging og drift av eit jernbanesystem som ikkje finst i Noreg i dag og som det vil ta mange år å avklare om Noreg vil realisera. Dette er òg tydeleg gjort greie for i Norsk Bane AS sitt brev av 04.10.11. Meir presise uttrykk for den dagsaktuelle verksemda vil finnast t.d. i årsmeldingane.

Fylkesmannen synest å ha konstruert eit skilje mellom konsulenttenester og utgreiingsoppdrag som er organiserte som prosjekt og finansierte med tilskot frå ein eller fleire tenestekjøparar. Det er det ikkje grunnlag for i relasjon til vurderinga av *direkte konkurranse med private*, og det er feil.

Som Norsk Bane AS har opplyst, og som er sitert av fylkesmannen, nyttar selskapet når det går ut i marknaden hyppig søknad om tilskot frå anna næringsliv og offentlege aktørar knytt opp til levering av jernbanefaglege utgreiingar for ei strekning som er vurdert særleg interessant for søknadsmottakarane. Dette er ein modell for sal av konsulenttenester som alle aktørar står fritt til å nytta.

Fylkesmannens påstand om at berre ein liten del av Norsk Bane AS' inntekter kjem frå sal av konsulenttenester er dermed uriktig. Dersom den var riktig, ville det innebera at selskapet blir "straffa" for å ha utvikla ein forretningside som er tillempa ein marknadssituasjon der det er vanleg at fleire – offentlege og private – går saman om å finansiera eit konsulentoppdrag. Dette er det klårt ikkje rom for i offentleglova. Norsk Bane AS har i sine rekneskapar og i dei opplysningane som er gjevne til fylkesmannen kategorisert slikt "tilskot til utgreiingsarbeid med Deutsche Bahn" i ein annan kategori *rekneskapsmessig* enn "sal av konsulenttenester (rapportar, møte, arrangement, kursing m.m.)". Dette har samanheng med ulike føreseigner for kalkulasjon av meirverdavgift og er ikkje avgjerande for vurderinga av om verksemda inntektene er knytte til skjer i direkte konkurranse med private.

Sidan fylkesmannens grunngjeving er utilstrekkeleg, går det ikkje klårt fram om han byggjer vedtaket m.a. på ei vurdering av at Norsk Bane AS ikkje driv *på same vilkår som private*. Innhaldet i dette vilkåret er i førearbeida (Ot prp s 116) forklart med at den som "i hovudsak er sikra inntekter gjennom subsidiar eller andre fordelar som er fastsette av det offentlege" ikkje fell utanfor lova, sjølv om han elles skulle vera i ein konkurransesituasjon med private. Norsk Bane AS mottok ikkje subsidiar eller andre fordelar, berre betaling og tilskot knytt til produksjon av tenester.

Generelt er det talande at det i rettleiaren er vist til selskap som AS Vinmonopolet og Oslo Lufthavn AS som slike som har ønskt ikkje å vera omfatta av lova, men som ikkje er funne å oppfylle unntaksreglane. Til skillnad frå Norsk Bane AS har desse selskapa særlege vilkår for si drift som gjer at det ikkje eksisterer full konkurranse med private.

2.2 Manglande vurdering av forskrifta § 1, andre ledd, bokstav a

Forskrifta § 1, andre ledd, a) lyder:

Offentleglova gjeld heller ikkje for:

a) sjølvstendige rettssubjekt utan fast tilsette i administrativ stilling

Selskapet har ingen administrasjon i forskriftas tyding. Det er to tilsette, som begge driv utgreiings-, sals- og kommunikasjonsarbeid, og ikkje administrativt arbeid. Det vil seia at det ikkje er nokon som fyller ein kontorfunksjon, som også kunne tatt opp i seg dei krav til arkivering, sortering av dokument unnateke innsyn, administrasjon av innsynsførespurnader og klagesaker om slike etc. I kgl res av 17.10.2008 på side 62 heiter det om regelen:

Bakgrunnen for denne regelen er at det ikkje vil vere praktisk mogleg for rettssubjekt utan fast tilsette å praktisere lova frå dag til dag. Føresegna må praktiserast med dette for auge. [...] I kravet om at det må dreie seg om fast tilsette i administrativ stilling ligg det at eit selskap med ein eller fleire tilsette, men der ingen av desse har administrative stillingar, til dømes eit selskap som berre har ein fast tilsett gartner eller vaktmeister, ikkje vil vere omfatta av lova. Bakgrunnen for dette er at ei praktisk etterleving av offentleglova krev administrativt personale som kan følgje ho opp i det daglege.

Selskapet har marginal økonomi og er framleis i ein oppbyggingsfase. Det er derfor ikkje rom for slik "luksus" som ein sekretær.

2.3 Vedtaket må omgjerast

På bakgrunn av dei to klåre lovbruksfeila over, er det Norsk Bane AS sitt syn at vedtaket må omgjerast på eige tiltak etter regelen i forvaltingslova § 35, fordi vedtaket elles vil vera ugyldig.

3 FEILA ER ALVORLEGE FOR SELSKAPET

Det er to grunnar til at det er sterkt uheldig for Norsk Bane AS urettmessig å verta råka av vedtak om at offentleglova gjeld verksemda til selskapet.

For det første vert selskapet blottstilt i konkurransen med private og offentlege aktørar, ved at innsyn må gjevast i alle dokument der det ikkje finst ein dokumenttilknytt unntaksgrunn. Dette kan gjelda store mengder konkurransesensitivt materiale.

For det andre vil det utgjera ei enorm belastning på ein sær sars liten organisasjon, noko som også vil verka konkurransehemmande. Som nemnd oppfyller selskapet vilkåra i offentlegforskrifta § 1, andre ledd a), til at lova ikkje gjeld for selskapet. Også om ein skulle hevda at selskapet ikkje fell inn under denne unntaksregelen, vil forvaltinga måtta leggja stor vekt på at selskapet manglar evne til å utøva innsynsplikta lova pålegg, og at det å tvinga gjennom dette vil skada evna til å konkurrera vesentleg.

4 SAKSHANDSAMINGSFEIL

Det føreligg også sakshandsamingsfeil ved fylkesmannens vedtak. Også dette tilseier at vedtaket bør omgjerast av eige tiltak.

Fylkesmannens innhenting av opplysningar frå Norsk Bane AS har som vist ovanfor i punkt 2.1 vore utilstrekkeleg og gjeve grunnlag for uriktige slutningar. Av vedtaket synest det elles som at den utgreiing som er gjord, vesentleg er å referera til Norsk Bane AS sitt brev til NRK, vedtektene og enkelte andre opplysningar om selskapet. Norsk Bane AS sitt brev er omtalt som "vedtak", men sidan Norsk Bane AS aldri har oppfatta seg som omfatta av offentleglova – slik det går fram av brevet – er heller ikkje dette brevet utforma så grundig som eit forvaltingsvedtak bør vera. Det er derfor utilstrekkeleg som fylkesmannens kjelde for opplysningar frå selskapet før vedtak. Forvaltingas utgreiingsplikt fastsett i forvaltingslova § 17 er dermed ikkje oppfylt, jf også at fylkesmannen i vedtaket har teke atterhald om at "slik saken er opplyst".

Grunngjevingsplikta etter forvaltingslova § 25 er heller ikkje oppfylt. Som vist ovanfor under punkt 2 er det ikkje råd å lesa ut frå vedtaket kva fylkesmannen eigentleg har funne avgjerande, og den mangelfulle grunngjevinga kan tyda på at fylkesmannen ikkje har tilstrekkeleg rettsleg grunnlag for vedtaket.

Begge feila kan ha verka avgjerande inn på vedtaket, jf fvl § 41.

Inntil svar ligg føre på dette omgjeringskravet, vil ikkje Norsk Bane AS kunna gje innsyn i nokon dokument. Det ligg ikkje føre nokon journal eller ordning av selskapets dokument i tråd med krava i arkivlova elles.

Med venleg helsing
KLUGE Advokatfirma DA



Steinulf Tungesvik
advokat

Vedlegg

Kopi: Norsk Bane AS, Kirkegata 2, 6004 ÅLESUND
NRK Møre og Romsdal ved Øyvind J. Heggstad, e-post: oyvind.johan.heggstad@nrk.no

Vedlegg



FYLKESMANNEN
I ROGALAND

Vår ref.: 2011/3985
Arkivnr.: 326.1

Deres ref.:
Vår dato: 10.11.2011

Norsk Bane AS
Kirkegata 2
6004 ÅLESUND

Postadresse:
Postboks 59 Sentrum,
N-4001 Stavanger

Besøksadresse:
Lagårdsveien 44, Stavanger

T +47 51 56 87 00
F +47 51 56 88 11
postmottak@fmro.no

www.fylkesmannen.no/rogaland

Klage på manglende innsyn - Norsk Bane - NRK Møre og Romsdal

Fylkesmannen viser til oversendelse av 04.10.2011 i anledning klage fra NRK Møre og Romsdal på avslag på krav om innsyn i Norsk Bane AS (NB) sin postjournal.

NRK Møre og Romsdal fremsatte kravet i E-post av 11.03.2011. NB avslo innsynskravet i E-post av 04.04.2011.

NB har begrunnet avslaget med at NB ikke er omfattet av offentleglova (offl.) fordi virksomheten hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private, jf. offl. § 2 andre ledd første punktum.

Avslaget ble påklaget av NRK Møre og Romsdal i E-post av 09.05.2011. I klagen anføres at NB driver en virksomhet som ikke omfattes av unntaket fra dokumentoffentlighet i offl. § 2 andre ledd første punktum. Fylkesmannen viser til klageskrivet i sin helhet.

NB behandlet klagen den 04.10.2011 og opprettholdt vurderingen om at NB ikke er omfattet av offentleglova. NB har i denne sammenheng vist til følgende:

- NB er ikke en politisk bevegelse eller interesseorganisasjon og utfører ikke kommunale eller fylkeskommunale planoppgaver på vegne av NB's offentlige eiere.
- NB's virksomhet skal svare seg økonomisk. Alle selskapets inntekter er knyttet til konkrete oppdrag.
- NB driver banefaglig utredningsarbeid/informasjonsarbeid i konkurranse med selskaper som Rambøll, Norconsult og Multiconsult etc.
- NB innhenter i større grad enn konkurrerende virksomheter oppdrag gjennom prosjektorganisering uten at dette medfører at NB opparbeider seg bedre vilkår enn konkurrerende virksomheter.
- NB har ikke noe konkurransefortrinn som en følge av at selskapet er delvis eid av det offentlige.

Fylkesmannen vurdering

NB er et aksjeselskap med formål å planlegge, bygge og drive et høyhastighets banenett i Norge, jf. § 3 i NB' vedtekter. Om lag 70% av aksjene i selskapet er eid av fylkeskommuner og kommuner. Rogaland fylkeskommunen eier aksjer i selskapet og klagesaken skal således behandles av Fylkesmannen i Rogaland, jf. § 11 tredje ledd i offentlegforskrifta.

Ettersom 70 % av aksjene i NB er eid av kommuner og fylkeskommuner vil NB i utgangspunktet være omfattet av offentleglova, jf. offl. § 2 første ledd c).

Spørsmålet er om NB likevel ikke er omfattet av offentleglova fordi selskapet *hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private*, jf. offl. § 2 andre ledd.

NB's virksomhet skal i følge veilederen til offentleglova vurderes under ett, og det avgjørende er om NB i hovedsak kan sies å drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private. Over halvparten av den totale virksomheten må drive slik konkurranseutsatt virksomhet, men det kreves ikke at alle eller nesten alle deler 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 marknadsverdien som knytter seg til dei delene av verksemda som er utsett for konkurranse."

I veilederen fremgår det videre at det ikke kan tas hensyn til enhver form for konkurranse en virksomhet er utsatt for. Det må dreie seg om direkte konkurranse, og det er således bare konkurranse innenfor en virksomhets hovedmarked som det kan tas hensyn til. Dette innebærer for det første at det må dreie seg om noenlunde samme produkt eller tjeneste. For det andre innebærer dette at de aktuelle produktene eller tjenestene må bli tilbudt på noenlunde samme måte.

NB opplyser at selskapet driver næringsvirksomhet i form av jernbanefaglig utrednings- og informasjonsarbeid i konkurranse med selskaper som for eksempel Rambøll AS, Norconsult AS, Sweco Norge AS, Multiconsult AS og Norwegian Railconsult AS.

NB opplyser videre at selskapet i større grad enn mange av konkurrentene innhenter oppdrag gjennom såkalt "prosjektorganisering". Om slik prosjektorganisering opplyser NB bl.a. følgende:

"I slike tilfeller sender vi søknader om konkrete tilskotsummar for eit spesifisert arbeid til ei gruppe potensielle bidragsytarar. Denne forma oppdragsinnhenting nyttar vi m.a. i situasjonar der vi finn det mest riktig at resultatet av arbeidet blir fritt tilgjengeleg og at det ikkje skal vere nokon oppdragsgjevar som evt. kan leggje restriksjonar på bruken av materialet. To døme på dette er utgreiingane våre med Deutsche Bahn av marknad, trase og økonomiske konsekvensar for banesambanda Dombås-Ålesund og Oslo- Gjøvik-Moelv, som begge blei eller blir fullførde i år.

Vi nyttar slik prosjektorganisering i større omfang enn mange av konkurrentane våre, men dette inneber ikkje at vi på denne måten opparbeider oss andre vilkår enn konkurrentane våre. Krava til rettidig leveranse i tråd med oppdragsspesifikasjonen er like strenge, sama kva oppdragsgjennomføring ein måtte velje. Tilsvarande gjelder for den økonomiske risikoen ved evt. erstatningskrav eller behov for meir tid og større ressursar enn føreset. Dessutan står eitkvart selskap fritt til å hente inn oppdrag gjennom prosjektorganisering."

Slik saken er opplyst kan Fylkesmannen vanskelig se at NB *hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private*, og at selskapet således ikke er omfattet av offentleglova.

Fylkesmannen har i denne sammenheng lagt vekt på at selv om NB kan selge jernbanefaglig kompetanse, jf. § 3 i NB's vedtekter, synes NB's formål og hovedmarked å være planlegging, bygging og drift av høyhastighets jernbanenett i Norge. Fylkesmannen viser i denne sammenheng til at bare en liten del av NB's inntekter kommer fra salg av konsulenttjenester.

Fylkesmannen kan vanskelig se at NB's innenfor sitt hovedmarked har *direkte konkurranse* fra private virksomheter som Rambøll AS, Norconsult AS, Sweco Norge AS og Norwegian Railconsult AS ettersom disse selskapenes hovedmarked i det vesentlige synes å være salg av ulike typer konsulenttjenester. Vilkåret om at det må dreie seg om konkurranse innenfor en virksomhets hovedmarked, jf. ovennevnte veileder s. 19, synes derfor ikke å være oppfylt.

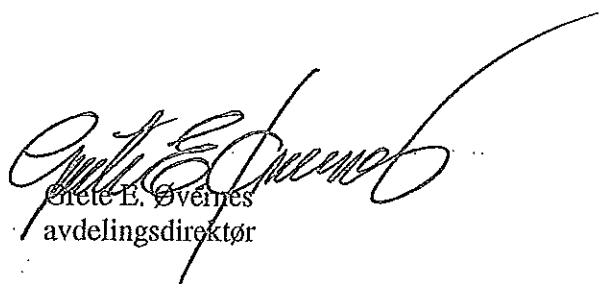
Fylkesmannen finner således at NB er omfattet av offentleglova og at klagen må føre fram.

Vedtak:

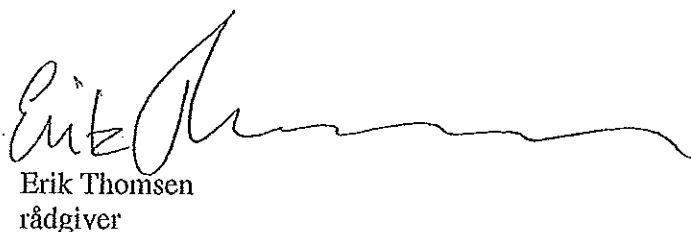
Norsk Bane AS's vedtak av 04.04.2011 omgjøres. Klagen tas til følge.

Selskapet anses å omfattes av offentleglova. Det gis innsyn i Norsk Bane AS sin postjournal; jf. offl. § 3.

Fylkesmannens vedtak er endelig og kan ikke påklages videre, jf. forvaltningsloven § 28.



Grete E. Øvernes
avdelingsdirektør



Erik Thomsen
rådgiver

Saksbehandler: Erik Thomsen
Saksbehandler telefon: 51568879
E-post: erik.thomsen@fmro.no

Kopi til:
NRK Møre og Romsdal PB. 1516 6025 ÅLESUND