



Helgelands Blad
Postboks 174
8801 SANDNESSJØEN

Klagebehandling - Avslag på innsyn i postjournal - Rødøy - Lurøy Kraftverk 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 offettleglova ikke gjelder for Rødøy-Lurøy Kraftverk 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

Helgelands Blad ba i brev av 20.01.09 til Rødøy-Lurøy Kraftverk AS (RLK) om at det under henvisning til ny offentlighetslov ble gitt innsyn i postjournalen for perioden 1. januar til dd. RLK avslo 30.01.09 avisens krav under henvisning til at selskapet ikke var omfattet av offentlighetsloven. Avslaget ble påklaget i brev dat. 06.02.09 til selskapet. I klagen skrives følgende:

"Vi viser i denne forbindelse til Justisdepartementets rettleiar til offettleglova, 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 "hovedsakelig" 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. Tilsvarande 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 offentleglova, ber vi om at saken oversendes klageinstans for klagebehandling i tråd med offentleglova § 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".

RLK opplyste i brev av 13.02.09 til Helgelands Blad at en opprettholdt sin vurdering om at selskapet ikke var omfattet av offentlighetsloven. Avisen hadde da tilskrevet Fylkesmannen der det ble gjort oppmerksom på denne sak og noen tilsvarende avslag som en hadde påklaget, jf. brev hit av 11.02.09.

Fylkesmannen tilskrev RLK 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 og at Fylkesmannen i dette tilfellet var klageinstans, måtte oversendes hit dersom avslaget etter dette ble opprettholdt.

Vi mottok deretter et brev dat. 30.03.09 fra RLK. Vedlagt oversendelsen hit var kopi av korrespondansen med avisen samt årsberetning/årsmelding og regnskap for årene 2007 og 2008. I brevet uttales følgende:

"Viser til tidligere korrespondanse med Helgelands Blad vedr. innsyn i postjournal, samt deres brev av 14.03.09 hvor det bes om oversendelse av saken.

Rødøy-Lurøy Kraftverk AS har vurdert henvendelsen fra Helgelands Blad i tråd med en vurdering utarbeidet av advokatfirmaet Thommessen på vegne av energibedriftenes landsforening (EBL).

Rødøy-Lurøy Kraftverk AS er per definisjon et vertikalintegrert selskap med fire ulike virksomhetsområder: Kraftproduksjon, Kraftomsetning, Distribusjonsnett og Øvrige virksomhetsområder hvor vi bl.a. driver med salg av materiell. Av disse virksomhetsområdene er det Distribusjonsnett som er monopolbasert virksomhet, og dermed ikke konkurranseutsatt.

I offentlighetslovens § 2 andre ledd fremgår det at loven ikke gjelder for offentlige kontrollerte enheter som hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Departementet sier i offentlighetsforskriften ikke noe om hvilke parametere det skal ses hen til ved vurdering av om et selskap hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet. Advokatfirmaet Thommessen påpeker at dette må vurderes ut fra en helhetsvurdering, hvor for eksempel momenter som omsetning og fortjeneste vil

kunne være relevante. Det er med andre ord tale om en form for økonomisk verdsettelse av de ulike virksomhetene i selskapet.

I vårt første brev til Helgelands Blad datert 29.01.09 opplyste vi, med utgangspunkt i årsregnskapet 2007, at konkurranseutsatt virksomhet utgjorde i overkant av 56 % av vår omsetning. Siden over halvparten av våre inntekter kommer fra konkurranseutsatt virksomhet mener vi at det er "hovedsakelig" og at selskapet dermed ikke er underlagt offentlighetsloven. Vi avviste derfor kravet om innsyn i vår postjournal.

Den 06.02.09 mottar vi brev fra Helgelands Blad hvor de påklager avslaget. De ber om en ny vurdering hvor de vektlegger følgende: Rødøy-Lurøy Kraftverk AS kan ikke vektlegge ett kriterium alene for å definere "hovedsakelig", og de ber oss om å vurdere om hvorvidt virksomhetsområder utenom Distribusjonsnett faktisk er konkurranseutsatt. I vårt påsvar til dette opprettholder vi vårt avslag viser vi nok en gang til årsregnskapet 2007 og viser at 76,4 % av vårt driftsresultat for kommer fra konkurranseutsatt virksomhet.

Til spørsmålet om hvorvidt Kraftproduksjon, Kraftomsetning og Øvrige virksomheter faktisk er konkurranseutsatt virksomhet, mener vi det er hevet over enhver tvil. En felles nordisk kraftbørs for omsetning av engros-kraft og et sluttbrukermarked i Norge med nærmere 100 tilbydere burde være tydelige indikasjoner på konkurranseutsatt virksomhet. Øvrige virksomheter tilbyr salg av materiell i konkurranse med øvrige leverandører i Norge, dog mest på forespørsel og ikke søkende i aktiv konkurranse — da virksomheten ikke er et satsningsområde i bedriften.

For å understøtte de økonomiske måltallene tar vi også med tallene fra årsregnskapet 2008 som ble vedtatt på generalforsamling 27.03.09.

Omsetning konkurranseutsatt virksomhet:	56.218.613 kr. 63,3 %
Omsetning monopolbasert virksomhet:	32.650.020 kr. 36,7 %
Driftsresultat konkurranseutsatt virksomhet:	15.218.866 kr. 81,2 %
Driftsresultat monopolbasert virksomhet:	3.517.204 kr. 18,8 %

Avslutningsvis vil vi beklage at vi ikke har oversendt saken tidligere til klageinstansen. Dette skyldes at vi ikke kunne finne klare preferanser til dette i offentlighetsloven. Vi ser nå av deres brev at dette reguleres i forvaltningsloven § 33.

Med bakgrunn i måltall på omsetning og driftsresultat opprettholder vi vårt avslag om innsyn i postjournal da vi mener at Rødøy-Lurøy Kraftverk AS hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet, og dermed ikke er underlagt offentlighetsloven. Med dette oversendes saken til klagebehandling av overordnet instans ved Fylkesmannen i Nordland".

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 offentligforskrifta § 11 tredje avsnitt gitt slik bestemmelse:

”Dersom ein kommune eller fylkeskommune utøvar eigarskap til eit sjølvstendig rettssubjekt som er omfatta av offentliglova § 2 fyrste ledd bokstav c, eller står for utveljing av medlemmer til det øvste organet i eit sjølvstendig rettssubjekt som er omfatta av offentliglova § 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 offentliglova 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. offentliglova § 2 bokstav c og d. Det er tilstrekkelig at et av alternativene er oppfylt.

RLK er organisert som aksjeselskap der 58 % av aksjene er eid av SKS Eiendom AS. De resterende aksjer er fordelt med 12,5 % på private aksjonærer og resten, 29,5 %, er fordelt mellom kommunene Rødøy, Lurøy og Træna. Den største aksjonæren, SKS Eiendom AS, har ingen ansatte og er et heleid datterselskap av Salten Kraftsamband AS. Dette selskapet er igjen eid av kommuner og elverker i Nordland fylke samt av det danske selskapet Dong AS. Bodø og Fauske eier til sammen 51,33 % av aksjene i Salten Kraftsamband AS, mens Nordkraft AS og Sjøfossen Energi AS til sammen eier 25 %. Det danske selskapet Dong AS har her en eierandel på 23,67 %.

Ut fra disse opplysninger kan det legges til grunn at begge forutsetningene her er oppfylt. Dette innebærer samtidig at Fylkesmannen her er klageinstans.

Offentliglova § 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 verksemder som etter offentlig 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.

Slik Fylkesmannen oppfatter strukturen i RLK, så er de ulike aktiviteter samlet i ett og samme selskap. Selskapets virksomhet er med andre ord ikke organisert i flere ”rettssubjekt”. Dette betyr at i RLK er kraftproduksjon, kraftomsetning, distribusjonsnett og øvrige virksomheter organisert i et rettssubjekt. 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

Ut fra det som selskapet opplyser, så opererer RLK i det nordiske kraftmarkedet når det gjelder engros-kraft og i et sluttbrukermarked i Norge med nærmere 100 tilbydere. Når det gjelder salg av materiell, så skjer dette i konkurranse med øvrige leverandører i Norge. På bakgrunn av disse opplysninger må det kunne sies at selskapet er utsatt for reell konkurranse. Ut fra de omsetningstall og verdianslag som selskapet selv angir, jf. foran, vil offentleglova i dette tilfellet ikke gjelde.

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

Saken er behandlet av Fylkesmannen med hjemmel i offentlegforskrifta § 11, jf. offentleglova § 32.

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

Med hilsen



Roar Arne Kvitvik (e.f.)
avdelingsdirektør



Tor Sande
kontorsjef

Kopi til:
Rødøy-Lurøy Krafverk AS

8186 TJONGSFJORDEN