



BERGEN TINGRETT

DOM

Avsagt: 23.11.2020 i Bergen tingrett, Bergen

Saksnr.: 20-055190TVI-BERG/1

Dommer: Dommerfullmektig Ole-Bjørn Aase

Saken gjelder: Gyldighet av Fylkesmannen i Vestlands vedtak

Bkk AS
Partshjelper:
Energi Norge

Advokat Kaare Andreas Shetelig

mot

Kommunal og
Moderniseringsdepartementet

Advokat Nils Sture Nilsson

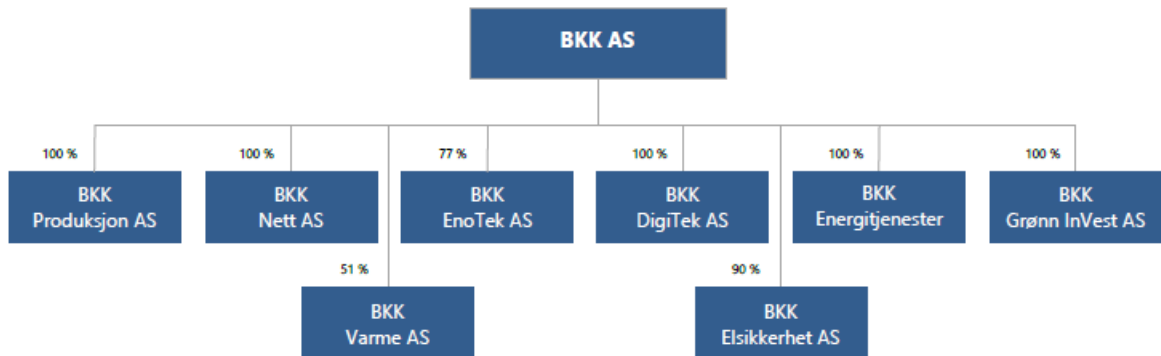
DOM

Saken gjelder: Et forvaltningsvedtaks gyldighet

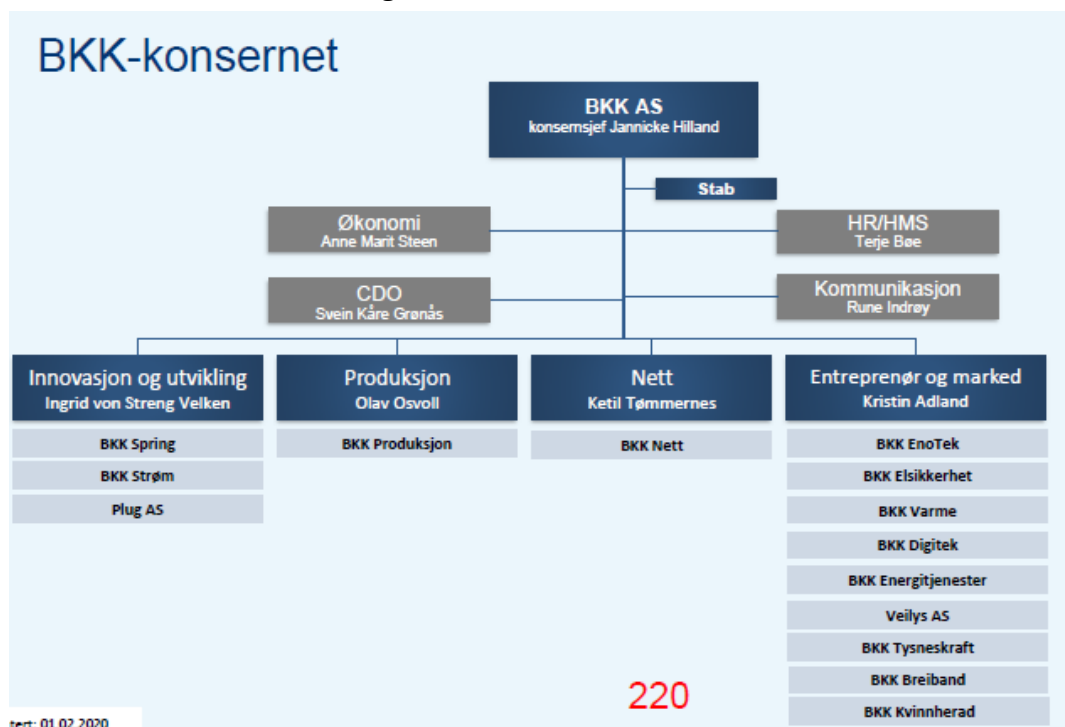
Sakens bakgrunn

Saksøker, BKK AS, inngav stevning i søksmål mot saksøkte, Staten v/ kommunal- og moderniseringsdepartementet, den 14.04.2020 (heretter «Staten»).

BKK AS er morselskap i BKK-konsernet, som er et vertikalt integrert energikonsern. BKK AS har en rekke datterselskaper, herunder BKK Nett AS, BKK Produksjon AS, BKK Strøm AS, BKK Varme AS, BKK Regnskapsservice AS og BKK Breiband AS. Hovedtrekkene i den juridiske strukturen i konsernet er visualisert som følger:



Den nærmere operasjonelle organisering i konsernet, som det ikke er uenighet om, er også søkt visuelt illustrert i fremlagt oversikt over BKK-konsernet:



Forretningsområdet «Produksjon» produserer og omsetter kraft i engrosmarkedet, utvikler ny og eksisterende produksjonskapasitet.

Forretningsområde «Nett» har ansvar for driften av BKKs eget strømmett.

Forretningsområde «Innovasjon og Utvikling» har som oppgave å videreutvikle BKK-konsernet, planlegge for fremtiden og å være en pådriver for innovasjon. Forretningsområdet har ansvaret for konsernstrategi, M&A (fusjoner og oppkjøp), innovasjonsportefølje og forretningsutvikling. Innovasjon og utvikling skal modne frem nye ideer og mulige forretningsområder med utgangspunkt i BKKs kjernevirksomhet og kompetanse. I forretningsområdet ligger også BKKs innovasjonssatsing GrønnInVest.

Forretningsområde «Entreprenør og Marked» har ansvar for den markeds- og kunderettede virksomheten i BKK, herunder infrastruktur innen telekommunikasjon, entreprenørtjenester og byggherretjenester samt fjernvarme, energirelaterte produkter, tjenester for å effektivisere kundenes bruk av energi og tilsynstjenester.

BKK-konsernet hadde i 2019 et årsresultat på kr 2 265 milliarder. BKK AS hadde i 2019 et årsresultat på kr 2 322 milliarder. BKK AS hadde ingen inntekter fra energisalg, kraftoverføring mv, men hadde kr 275 millioner i andre driftsinntekter. BKK AS hadde samtidig kr 1,261 milliarder i inntekt på investering i tilknyttet selskap og felleskontrollert virksomhet, og kr 1,138 milliarder i inntekt på investering i datterselskap.

Bakgrunnen for søksmålet er at NRK Nyhetsdivisjonen (heretter «NRK») begjærte 30. januar 2020 innsyn hos morselskapet BKK AS, en rekke datterselskaper og BKK Eiendom AS, som ikke er en del av BKK-konsernet. BKK avsto innsynskravet, mens BKK Nett AS tok innsynskravet rettet mot seg delvis til følge. NRK påklaget avgjørelsen. Av Fylkesmannen i Vestlands vedtak 18.03.2020 fremgår:

«Vedtak

Fylkesmannen tar klagene fra NRK Nyhetsdivisjonen delvis til følge.

Fylkesmannen legger til grunn at BKK AS er omfattet av offentleglova sitt virkeområde, jf. offentleglova § 2 første ledd andre setning.

Fylkesmannen stadfester BKK AS sin avgjørelse om at datterselskapene BKK Produksjon AS, BKK Strøm AS, BKK Varme AS, BKK Regnskapsservice AS og BKK Breiband AS ikke er omfattet av offentleglova sitt virkeområde, jf. offentleglova § 2 første ledd andre setning.

Fylkesmannen gir ytterligere rett til innsyn i bruttolønnsopplysninger hos selskapet BKK Nett AS, jf. innsynsbegjæringen punkt 1. Selskapet har ikke hjemmel for å skjerme navn på lønsmottakerne i bruttolønnsoversikten som NRK Nyhetsdivisjonen allerede har fått tilsendt.

Fylkesmannen stadfester BKK Nett AS sin avgjørelse om avslag på punkt 2 til 7 av innsynsbegjæringen fra NRK Nyhetsdivisjonen jf. offentleglova § 9»

Søksmålet gjelder gyldigheten av den del av vedtaket som slår fast at BKK AS er omfattet av offentleglova sitt virkeområde, jf. offentleglova § 2 første ledd andre setning. Partene synes å være i det vesentlige enige om de faktiske forhold, og tvisten mellom partene er av utpreget rettslig karakter knyttet til forståelsen av unntaket i offentleglova § 2 første ledd, annet punktum, og den nevnte subsumsjon. Det skriftlige materialet utgjør det vesentlige av avgjørelsesgrunnlaget, og hovedforhandlingen ble derfor gjennomført i Bergen tinghus 03.11.2021 etter tvisteloven § 9-15 (10) som fjernmøte. Det vises til rettsboken.

BKK AS har i det vesentlige gjort gjeldende:

Begrunnelsen til Fylkesmannen for at morselskapet BKK er omfattet av loven, er uklar. BKK gjør uansett gjeldende at Fylkesmannens vedtak er uriktig og dermed ugyldig så langt det legger til grunn at BKK er omfattet av offentleglovas virkeområde. Det hefter feil ved vedtaket både med hensyn til faktum og jus.

Det er ikke omtvistet at BKK er et selvstendig rettssubjekt som faller inn under offentleglova § 2 første ledd første setning bokstav c, da litt over halvparten av selskapet er eid av kommuner. BKK anfører imidlertid at selskapet "hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private", jf. § 2 første ledd annen setning. Selskapet er dermed omfattet av unntaket, og derfor ikke omfattet av lovens virkeområdet.

Fylkesmannen har lagt til grunn at BKK AS som morselskap er sterkt integrert i datterselskapene, og videre at selskapet driver i direkte konkurranse med andre energikonsern i Norden. Det er hefter feil ved Fylkesmannens bevisbedømmelsen når det ikke finnes å være godtgjort at det ikke er tale om konkurranse med private energikonsern. Det er ikke et krav til at konkurrerende virksomheter hovedsakelig skal være private.

Det hefter videre feil ved Fylkesmannens rettanvendelse når Fylkesmannen synes å legge til grunn at konkurransen er for avledet for morselskapets vedkommende, og synes å stå i motstrid med uttalelsen i vedtaket om sterk integrasjon.

Det bestrides ikke at hvert selskap må vurderes hver for seg i forhold til vurderingen som foretas etter § 2 (1) andre punktum, og at det ikke er konsernet som sådan som vurderes. Men ved vurderingen av hva som er BKK AS sin næring, vil en nødvendigvis få et noe annet perspektiv enn ved vurdering av et datterselskap. Både den sentrale delen av BKK AS sin virksomhet - som gjelder forretningsutvikling, aktiv styring og forvaltning av datterselskapene - og den øvrige delen av virksomheten som gjelder salg av tjenester til datterselskapene, hver for seg og samlet utgjøre næring i direkte, kvalifisert konkurranse med private. I tillegg kommer strategiske oppkjøp og fusjoner mv.

BKK AS deltar i konkurransen på det nordiske energimarkedet på samme vilkår som øvrige, og konkurrerer med både offentlige og private selskaper, selv om produksjon og salg av strøm er organisert i datterselskap. Dersom datterselskapene ble tatt opp i BKK AS, ville BKK AS åpenbart falt utenfor lovens virkeområde. Det er ikke holdepunkter i lov eller forarbeider for at organiseringen, dvs. hvordan den konkurrerende virksomheten er internt strukturert, skal få utslag for vurderingen etter offentleglova. Det er tilstrekkelig at den økonomiske aktiviteten er utsatt for konkurranse; ikke at den operative virksomheten ligger i morselskapet. Det har her betydning at morselskapets beslutninger mv. på alle områder av betydning, herunder strategi, finans, organisering mv., medfører verdiskapning i datterselskapene med betydning for datterselskapenes overskudd, som igjen kanaliseres til morselskapet. Denne verdiskapning skjer i konkurranse med andre private aktører. Situasjonen ville vært annerledes dersom BKK som morselskap kun utøvde passivt eierskap, slik en også ville sondre på skatterettens område. Det anføres derfor at den påpekte sterke integreringen er juridisk relevant ved det perspektiv som anlegges.

Det har betydning at lovforarbeidene og veileder til offentlighetslova angir eksempler på hvilke selskaper som vil falle utenfor, at Telenor er angitt som et slikt selskap. Det er likheter mellom organiseringen av Telenor ASA på aktuelt tidspunkt og BKK, som tilsier at BKK også skal falle utenfor lovens virkeområde. De tilpasninger gjort for NSB og Statkraft må også vektlegges i vurderingen.

Lovens formål § 1 eller bestemmelsen i § 3, kan ikke få betydning ved tolkningen av unntaksregelens anvendelsesområdet slik at en snever unntaksregel skal gjøres enda snevrere. Det har vært lovgivers intensjon at en skal fritta offentlig eide virksomheter for konkurranseulempen innsyn innebærer, og saksøktes syn innebærer at BKK AS vil rammes av slik ulempe. Retten må ellers ved tolkningen legge til grunn at en befinner seg på legalitetsprinsippets område; dersom BKK AS faller innenfor lovens virkeområde vil BKK blant annet blir underlagt tyngende journalplikt.

Den konkurranseutsatte delen av BKK AS sin næring, er den hovedsaklige og utgjør 80-90% av samlet virksomhet, og utgjør derfor langt mer en 50%. Tjenestesalget utgjør kun en mindre del, men er likevel konkurranseutsatt fordi datterselskapet plikter å gjøre det som er i datterselskapets interesse. Markedsverdien til BKK Nett, som driver monopolvirksomhet, utgjør kun 20-25%. Vilkåret «hovedsakelig» er derfor klart oppfylt, også selv om tjenestesalget ikke skulle anses for å være i konkurranse med private.

Om partshjelper, Energi Norge, opplyses at bistand ytes til BKK som følge av konkurranseulempen som ligger i at noen energikonsern er omfattet av loven, mens andre ikke. Situasjonen skyldes sprikende fylkesmannspraksis, og er bakgrunn for intervensjonen.

Saksøkerens påstand:

1. *Fylkesmannen i Vestlands vedtak 18. mars 2020 er ugyldig så langt vedtaket legger til grunn at BKK AS er omfattet av offentleglova sitt virkeområde.*
2. *BKK AS tilkjennes sakskostnader.*
3. *Energi Norge tilkjennes sakskostnader.*

Saksøkte har i det vesentlige gjort gjeldende:

Saksøkte gjør gjeldende at det ikke hefter feil ved vedtaket, og at vedtaket er gyldig.

Det anføres at hvert selskap må vurderes for seg selv, også i et konsern, og at det enkelte selskap vil være å betrakte som «rettssubjekt» og vurderingsenheten i relasjon til offentleglova § 2. Dette følger av ordlyden i «rettssubjekt», samt lovens system. Det vesentlige av Fylkesmannpraksis legger også dette til grunn. Det er derfor ikke den samlede virksomheten som skal vurderes. Et morselskap vil både kunne falle utenfor og innenfor loven, avhengig av den konkrete virksomheten i morselskapet.

BKK AS er ikke i «direkte konkurranse» med andre selskaper. Kjernen av denne vurdering er hvorvidt noenlunde samme produkter og tjenester tilbys på noenlunde samme måte i samme geografiske marked, som andre private. Selv om det kan tenkes andre måter å konkurrere direkte på, påhviler det saksøker å påvise at BKK konkurrerer selv direkte med andre rettssubjekter i markedet – og ikke via sine datterselskaper.

Det vises til at felles tjenesteproduksjon for konsernet og nærstående selskaper til dekning av felles behov ikke er næring i direkte konkurranse med private. Hensikten er å sørge for at konsernselskapenes felles tjenestebehov dekkes på en effektiv måte. Hensikten er i ikke i seg selv å drive næring, da tjenestene i så fall ville vært solgt i stort omfang også til helt utenforstående kjøpere. Datterselskapene kjøper tjenestene internt, og kan reelt sett heller ikke kjøpe tjenester ekstern i nevneverdig omfang, og taler også mot at det foreligger reell konkurranse med private på dette punkt. Det samme gjelder BKK AS sin forvaltning og ledelse av konsernets monopolvirksomhet, som utgjør 1/3 av konsernet. BKK AS sin forvaltning og ledelse av konkurranseutsatt virksomhet i konsernet er riktignok det nærmeste en kommer konkurranseelementet i BKKs virksomhet, men oppfyller ikke lovens krav. BKK AS er eier og utøver eieraktivitet, og dette skjer ikke i direkte konkurranse med andre. Heller ikke forvaltning av konkurranseutsatt virksomhet skjer i noen direkte konkurranse med andre. Det er datterselskapene som står for den konkurrerende virksomheten, og den konkurranse BKK AS mener seg utsatt for blir her for avledet.

Forarbeidenes uttalelser om at Telenor ASA og Statoil ASA er unntatt er ikke begrunnet, og det kan derfor ikke utledes noe tolkningsbidrag fra dette. Lovgiver har neppe vært seg

bevisst den nærmere organisering i Telenor ASA. Det forhold at selskapene er børsnotert kan like gjerne ha vært begrunnelsen for at selskapene ble unntatt.

Retten må vektlegge lovens formålsbestemmelse i § 1 om åpenhet og gjennomsiktighet. En befinner seg i kjernen av det loven er tiltenkt å gi rett til når NRK har begjært innsyn i BKK AS, som er i det vesentlige eiet av det offentlige og som forvalter store verdier. Tolkning av unntaket må foretas på denne bakgrunn. Ved konkurransesensitiv informasjon, vil lovens unntaksbestemmelser kunne anvendes, jfr. § 13 (1) eller forvaltningsloven § 13 (1). Det er i det vesentlig tale om administrative byrder i form av journalføring og vurdering av innsynsbegjæringer som pålegges BKK ved vedtaket.

Det anføres for øvrig at det i vilkåret om at BKK «hovudsakleg» driver næring i direkte konkurranse med private, ligger at for det meste av aktuell virksomhet, eller at en god del mer enn halvparten, må være konkurranseutsatt.

Saksøktes påstand:

1. *Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet frifinnes.*
2. *Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet tilkjennes sakskostnader.*

Retten vurdering

Fylkesmannen i Vestlands vedtak av 18.03.2020 legger til grunn at BKK AS faller innenfor offentleglovas virkeområde. Dette er følgelig også det rettslige tvistetema når vedtakets gyldighet nå skal prøves av retten. Retten legger til grunn at retten har full prøvingskompetanse, da Fylkesmannens vurdering er strengt lovbunden.

Av offentleglova § 2 (1) første punktum fremgår det av litra a-c at loven gjelder for

«a) staten, fylkeskommunane og kommunane,

b) andre rettssubjekt i saker der dei gjer enkeltvedtak eller utferdar forskrift,

sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller c) indirekte har ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene i det øvste organet i rettssubjektet, og

sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har d) rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet.»

Det er enighet om at BKK AS faller inn under § 2 (1) første punktum litra c, og derfor i utgangspunktet er omfattet av offentlighetslovas virkeområde.

Av § 2 (1) andre punktum er det imidlertid oppstilt et unntak fra lovens virkeområde:

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

Retten vil i den nærmere drøftelse ta stilling til hvorvidt vilkårene i lovens unntaksbestemmelse er oppfylte, som det sentrale ledd i å besvare den overordnede problemstilling om vedtaket er gyldig eller ikke.

1. Om de vilkår i § 2 (1) 2. punktum som retten finner utvilsomme

Både lovens hovedregel og unntak, hva gjelder lovens virkeområde, knytter seg til begrepene «sjølstendige rettssubjekt» og «rettssubjekt». Både ordlyden og lovens system tilsier at det er det enkelte aksjeselskap, som innehaver av rettslige rettigheter og plikter, som skal være gjenstand for vurdering med hensyn til om lovens vilkår er oppfylt. Det finnes ikke tilstrekkelige holdepunkter i forarbeidene for at en, mot den formodning som følger av ordlyden og lovens system, skulle forholde seg til et konsern som aktuelt «rettssubjekt» i relasjon til § 2 (1). Retten finner grunn til å bemerke at uttalelser i Ot.prp. 102 (2004-2005) s. 116 om at det «avgjerande er om verksemda sedd under eitt hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med private», ikke knytter seg til konsernforhold, men er knyttet til et tenkt selskaps flerfoldige virksomhet. Konsekvensen av rettens tolkning medfører at det må foretas en konkret vurdering av om det enkelte selskap i et konsern vil falle innenfor loven eller ikke. Retten viser for øvrig til Lovavdelingens uttalelse i JDLOV-2019-2368 og SOMB-2018-4916 om forståelsen av vilkåret «rettssubjekt». BKK AS har heller ikke bestridt at vurderingen må foretas knyttet til det enkelte aksjeselskap som «rettssubjekt», men fremholder at den næring morselskapet BKK AS utøver er utsatt for direkte konkurranse.

Det er hefter heller ikke tvil om at BKK AS driver «næring» i lovens forstand, ved at BKK AS driver tilstrekkelig økonomisk aktivitet med sikte på å oppnå økonomisk overskudd, noe fremlagte regnskapstall viser at BKK AS også lykkes med. Retten redegjør nærmere for aktiviteten ved den konkrete vurdering av øvrige vilkår nedenfor. Retten vil for ordens skyld bemerke at en her ikke finner det nødvendig å gå inn på de anførte tolkningsbidrag fra ekspropriasjonsretten eller skatteretten, herunder HR-2018-2433-A (Yara), for å kunne slå fast at BKK AS som morselskap åpenbart driver næring. Til statens anførsel om at BKK AS ikke primært i seg selv har til hensikt å drive næring ved intern tjenesteyting, er det på dette punkt tilstrekkelig å konstatere at også slik virksomhet er tilsiktet næringsvirksomhet, da det er tilbudt med det overordnede formål om økt overskudd i alle ledd i konsernet, herunder økt utbytte for BKK AS.

Det synes heller ikke bestridt at BKK AS driver sin næringsvirksomhet «på same vilkår» som private, da det offentlige ikke har sikret BKK AS inntekter som private ikke mottar. Det er for øvrig på det rene at monopolvirksomheten knyttet til el-nett ligger i

datterselskapet BKK Nett AS, som kun utgjør et sted mellom 20-30% av den samlede verdien av BKK AS.

Dersom de øvrige vilkår er oppfylte, herunder at BKK AS hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranseforhold med andre aktører, er det rettens oppfatning at det blant slike aktører også finnes «private». Det vises til at private selskaper konkurrerer på det norske markedet, slik fremlagt liste fra NVE også viser, selv om disse er i et fåtall og gjerne er mindre selskaper. Det norske markedet er for øvrig integrert i det nordiske markedet, slik blant annet uttalelse fra ESA av 22.05.2012 legger til grunn. I dette større markedet konkurreres det også med større private aktører. Hvorvidt en vil tale om konkurranse med andre konsern, morselskaper eller andre enkeltselskaper er i denne forbindelse underordnet, så lenge det er tale om private aktører. Det kan se ut til at Fylkesmannen i vedtaket av 18.03.2020 har lagt til grunn at vilkåret «private» uansett ikke er oppfylt, og retten vil kommentere nærmere hvilken betydning dette har avslutningsvis.

En av sakens sentrale problemstillinger er imidlertid om BKK AS driver sin næringsvirksomhet «i direkte konkurranse med...» private.

2. Hvorvidt BKK AS driver sin næringsvirksomhet «i direkte konkurranse med... private», jfr. § 2 (1) andre punktum.

2.1. Lovens ordlyd

Den naturlige forståelse av ordlyden «...konkurranse med... private» tilsier at selskapet først oppfyller vilkåret dersom selskapet operer i et marked med andre, private tilbydere, og at selskapet søker - gjennom sin virksomhet i dette markedet - å oppnå andeler av dette markedet på bekostning av de øvrige tilbyderne.

At konkurransen videre må være «direkte», innebærer et kvalifikasjonskrav, slik at ikke enhver relevant konkurranse er tilstrekkelig. Kvalifikasjonskravet synes imidlertid ikke å gjelde næringsvirksomheten som sådan, men til *forholdet* mellom 1) selskapet som driver en næringsvirksomhet og begjærer seg unntatt fra loven, og 2) aktører i aktuelt markedet. Retten vurderer det slik at lovens ordlyd krever at disse må stå i et direkte konkurranseforhold, i motsetning til et indirekte eller avledet konkurranseforhold. Forholdet mellom selskapet og øvrige aktører knytter seg riktignok uløselig til den næringsvirksomhet som øver innflytelse på et marked, for eksempel at en tilbyr samme type produkt eller tjeneste i dette marked. Slik lovens ordlyd er formulert står den som selv er tilbyder i markedet klart nok i et slikt kvalifisert konkurranseforhold med de øvrige tilbyderne i markedet. Følgelig har det også betydning ved vurderingen av om en driver næring i direkte konkurranse at en selv ikke utøver denne type aktivitet, uten at lovens ordlyd synes å diskvalifisere spesifikke former for aktivitet.

2.2. Formål

Lovens formål er at offentlig virksomhet skal åpen og gjennomsiktig, jfr. § 1. Formålet med unntaket i § 2 (1) andre punktum synes å være at offentlig forretningsvirksomhet skal kunne drives mest mulig likt tilsvarende privat virksomhet, Innst. O. nr 41 (2005–2006) punkt 2.3. I dette ligger det motarbeidende krefter. Retten er uenig med BKK AS i at retten er avskåret fra å legge vekt på § 1 ved tolkningen unntaket, men kan uansett ikke se at de overordnede formålsbetraktningene fra lov og forarbeider samlet sett trekker i en bestemt retning ved tolkningen.

Forarbeidene gir imidlertid enkelte føringer for hvordan unntaket i § 2 (1) 2. punktum skal forstås.

2.3. Forarbeider mv.

Etter den tidligere offentlighetslov av 1970 § 1 var private virksomheter som utgangspunkt unntatt fra loven. Dersom et offentlig organ ble regnet som forvaltningsorgan, ville hele virksomheten falle inn under loven, herunder forretningsdrift. Dersom virksomheten var skilt ut fra den ordinære forvaltningen som et aksjeselskap, var utgangspunktet at virksomheten ikke var omfattet av loven. Forholdet til offentligloven ble imidlertid ikke avgjort etter organisasjonsform, men etter en helhetsvurdering med særlig vekt på «1) den organisatoriske og økonomiske tilknytninga til det, 2) arten til verksemda, 3) om verksemda har eit faktisk eller rettsleg monopol og 4) graden av politisk styring», jfr. Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 4.1 s. 27-28.

Ved utarbeidelse av ny lov ble det uttalt at «offentleglova i utgangspunktet bør gjelde for alle verksemdar som det offentlege har ein bestemme innverknad på», herunder private aksjeselskap, slik § 2 (1) første punktum også ble utformet. Det ble lagt til grunn at virksomheten i slike selskap

«...dreier seg om forvaltning av kapital og andre ressursar som er underlagde offentleg styring og kontroll, og som dermed i røynda er ein del av alle borgarane sin eigedom. Dette taler sterkt for at borgarane bør ha innsyn i slike verksemdar».

Offentleglova av 2006 innebærer således en betydelig utvidelse med hensyn til virkeområde i forhold til tidligere lov. Av NOU 2003:30 punkt 6.9.3.2 s. 66-67 fremgår at det ikke var hensiktsmessig å videreføre helhetsvurderingen som nevnt ovenfor, da den var skjønnsmessig og gav lite forutberegnelighet for den enkelte virksomhet og den som ønsket innsyn. Flertallet utvalget ønsket derfor å innta et unntak for de virksomheter som driver i direkte konkurranse med private som ikke var omfattet av loven.

Departementet videreførte tanken om en slik avgrensning. Av Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 4.4.2 s. 35 fremgår at det ved vurderingen av hvorvidt det foreligger

næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private skal legges til grunn «eit snevert konkurranseomgrep»:

«Det inneber at verksemda må vere utsett for konkurranse frå andre aktørar som lova ikkje gjeld for, i same marknaden som verksemda opererer i, f.eks. Statoil ASA som konkurrerer med andre oljeselskap. Ei slik forståing av konkurranseomgrepet er lagt til grunn ved vektlegginga av konkurransemomentet etter heilskapsvurderinga som skal skje etter gjeldande rett. Meininga er at denne forståinga skal vidareførast. Indirekte konkurranse vil ikkje vere relevant, sjå nærmare i merknadene til lovutkastet § 2».

Den tidlige helhetsvurderingen ble derfor erstattet med konkrete vilkår for å gjøre unntak fra lovens virkeområde, samtidig som en videreførte forståelsen av konkurransebegrepet fra tidligere rett. Tilsvarende følger av Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) merknader til § 2, s. 116 hvor det fremgår at meningen med kravet om at rettssubjektet hovedsakelig må drive næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private var å videreføre retningslinjene som ble lagt til grunn ved vurderingen av konkurransemomentet i helhetsvurderingen etter gjeldende rett. Det er uttalt i at vilkåret skal tolkes «nokså strengt», og at relevant konkurranse vil bare vil foreligge virksomheten er utsatt for konkurranse innenfor sitt hovedmarked. Som eksempel er der nevnt:

«Etter gjeldande rett har det f.eks. i høve til Oslo Lufthamn Gardermoen AS ikkje vorte rekna som avgjerande at lufthamna er utsett for ein viss konkurranse frå Sandefjord lufthamn Torp (som ikkje er omfatta av gjeldande lov), dels fordi dei to lufthamnene bl.a på grunn av forskjell i lokalisering for ein stor del av marknaden ikkje vil ha samanfallande passasjergrunnlag og dels fordi talet på destinasjonar ut frå Torp er mykje lågare enn ut frå Gardermoen. I høve til Oslo Lufthamn Gardermoen AS vil det heller ikkje vere avgjerande at lufthamna er utsett for konkurranse frå lufthamner i utlandet om å fungere som transittlufthamn for interkontinentale flygingar, fordi dette ikkje er nokon hovudmarknad for Oslo Lufthamn Gardermoen. Eit anna eksempel på ei verksemd som ikkje kan seiast å vere utsett for direkte konkurranse, er ei verksemd som har faktisk eller rettsleg monopol på å tilby ei teneste i Noreg, men der den norske marknaden lovleg har moglegheit til å kjøpe liknande tenester frå utlandet, f.eks.gjennom Internett...»

Ordlyd og forarbeider tilsier derfor at det foreligger en relativt høy terskel for å konstatere en tilstrekkelig konkurransesituasjon som unntar selskapet fra lovens virkeområdet. Forarbeidene gir eksempel på relevant og ikke-relevant konkurranse, knyttet til om en opererer i samme marked mv., men synes hele tiden å forutsette at selskapet selv tilbyr ytelser i markedet. Noen drøftelse av hvorvidt et morselskap vil være ekskludert fra å komme inn under lovens unntaksbestemmelse dersom morselskapet ikke selv tilbyr ytelser eksternt eller på annen måte ikke direkte er engasjert i markedet, men kun via sine datterselskap, finnes ikke i lovforarbeidene.

Forarbeidene gir imidlertid eksempler på selskaper som vil falle utenfor lovens virkeområde. BKK AS har derfor anført at lovforarbeidene gir støtte for BKK AS sitt standpunkt om at BKK AS vil være unntatt fra lovens virkeområde, hensett til likhetstrekkene mellom BKK og aktuelle selskap.

Av Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 4.4.2 s. 34-35 fremgår:

*«For det første bør ikkje lova gjelde for rettssubjekt som hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. Det er eit sentralt element i eigarskapspolitikken til regjeringa at det skal skiljast mellom forvaltningsverksemd og forretningsverksemd, og at offentleg forretningsverksemd skal kunne drivast mest mogleg likt tilsvarende privat verksemd. For å ivareta dette er det nødvendig å halde offentleg sjølvstendige rettssubjekt som driv næringsverksemd i konkurranse med private utanfor lova. **Dette unntaket vil føre til at f.eks. Statoil ASA og Telenor ASA ikkje vil bli omfatta av lova sjølv om staten har ein eigardel i desse selskapa som gir meir enn halvparten av røystene på generalforsamlinga.»** (Rettens uthev.)*

Det vises også til Innst. O. nr. 41 (2005-2006) pkt. 2.3 om det samme.

BKK førte bevis for hvordan Telenor-konsernet var strukturert per tidspunkt for utarbeidelse av offentliglovas forarbeider. Retten legger til grunn at Telenor ASA per aktuelt tidspunkt var et holdingselskap, som morselskap for en rekke holdingselskaper. Blant annet var det opprettet ett holdingselskap for hvert at forretningsområdene innen konsernets kjernevirksomhet, som morselskap for de respektive aksjeselskapene knyttet til aktuelt forretningsområde. Konsernet fikk sin struktur i forbindelse med arbeidet med delprivatisering av Telenor AS og børsnotering. Det vises blant annet til St.prp. nr. 66 pkt. 2 og pkt. 10.

Retten er enig med BKK AS i at det er likhetstrekk mellom den ovenfor beskrevne, og i hvert fall daværende, organisering av Telenorkonsernet og den nåværende organisering av BKK-konsernet. Likhetene kan blant annet betraktes ved å sammenholder note 1 i årsregnskapet til Telenor ASA for år 2004 med BKK AS egen omtale av BKK AS i brev til Fylkesmannen av 13.02.2020, gjengitt nedenfor. De faktiske forhold er ikke bestridt på dette punkt.

Både Telenor ASA og BKK AS er morselskap, med en rekke datterselskaper. Begge morselskaper driver konsernledelse, foretar en rekke beslutninger, hunder strategiske beslutninger, som får betydning for hele konsernet med sikte på å effektivisere, utvikle og maksimere. Begge selskapene forestår ekstern finansiering og driver tjenesteyting overfor selskapene i konsernet. Begge selskaper oppnår også det vesentlige av sitt overskudd gjennom sine datterselskaper, noe de fremlagte regnskaper viser. Retten finner ikke grunn

til å gjøre en fullstendig sammenstilling. Av særlig betydning er imidlertid at Telenor ASA ikke selv står for salg av tjenester og produkter i markedet, men slik virksomhet er beskrevet, ble denne lagt til underordnede selskap i konsernstrukturen, slik situasjonen også er for BKK AS sin del. Like fullt ble Telenor unntatt fra lovens virkeområde.

Forarbeidenes uttalelse kan tenkes å være uttrykk for at Telenor ASA ble unntatt fordi det ble ansett for å være i direkte konkurranse med andre private, herunder tilsvarende morselskaper, gjennom den konkurranseutsatte virksomhet som deres respektive konserndøtre utøver og den aktivitet som morselskapene utøver i tilknytning til denne. Det kan derfor hevdes at retten overfor har lagt til grunn en for høy terskel ved utlegningen av hva som ligger i ordlyden «direkte» konkurranse.

BKK AS har også vist til at Statkraft SF ble unntatt lovens virkeområde. Konkret ble dette gjennomført ved forskrift til offentleglova (offentlegforskrifta) § 1 (1) litra g. I PRE-2008-10-17-1118, PRE-2008-10-17-1119 ble det høsten 2008 lagt frem forslag til iverksetting av offentlegloven og offentlegforskrifta. Av punkt 3.1.4.1 fremgår:

«Departementet har kome til at forslaget i høyringsnotatet om at Eksportutvalet for Fisk AS, Gassco AS, NRK Aktivum AS, Petoro AS, Posten Noreg AS og Statkraft SF skal haldast heilt utanom lova bør oppretthaldast. Når det gjeld Eksportutvalet for Fisk AS, Gassco AS og Petoro AS, så dreier dette seg om verksemdar som i utgangspunktet er omfatta av lova. Desse verksemdene bør haldast utanom lova fordi dei i sin verksemd skal samarbeide tett med private aktørar på typiske forretningsområde. Korleis NRK Aktivum AS elles ville ha vorte vurdert i høve til dei allmenne reglane, kan vere noko meir usikkert. Departementet meiner likevel under alle omstende at verksemda si klare forretningskarakter tilseier at også dette selskapet blir halde heilt utanom lova, sidan verksemda mellom anna går ut på å selje NRK-produksjonar (DVD-ar, CD-ar m.m.) på marknaden i konkurranse med private aktørar. Verksemda i Posten Noreg AS går i så stor grad ut på næring som skjer i direkte konkurranse med og på same vilkår som private at selskapet fell utanom lova etter dei allmenne reglane. For å rydde av vegen all mogleg tvil om dette finn likevel departementet det føremålstenleg å klargjere i forskrifta at lova ikkje omfattar selskapet. Også Statkraft SF fell på tilsvarende grunnlag utanom lova etter dei allmenne reglane, men det er også her føremålstenleg å slå fast i forskrifta at dette selskapet ikkje er omfatta av lova».

Statkraft SF ble derfor også etter lovens vedtakelse, men før lovens ikrafttredelse, vurdert å falle utenfor loven, og forskriftens § 1 (1) litra g skulle kun rydde all tvil av vegen.

Bakgrunnen synes å være at virksomheten, i likhet med Posten Norge AS, i så stor grad gikk ut på næring som skjer i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Ut fra Statkraft SF sin årsrapport fra 2007 fremgår at Statkraft SF sitt formål var å eie alle aksjene og gi lån til Statkraft AS (underkonsern), og hadde således funksjon som morselskap. Det fremgår at Statkraft per 2007 fikk alt det vesentlige av sine inntekter

gjennom sine datterselskap, herunder Statkraft AS og øvrige døtre. Det fremgår av årsrapporten på s. 2 at Statkraft SF ikke selv eide kraftverk, utover de kraftverk som en av formelle årsaker ikke kunne eies av Statkraft AS. BKK AS har anført at Statkraft SF ikke selv stod for produksjon og salg av strøm, og at strukturen i Statkraft SF har likhetstrekk med strukturen i Telenor, og følgelig også BKK. Ut fra bevisførselen er det imidlertid noe uklart for retten i hvor stor grad Statkraft SF er sammenliknbart med de øvrige nevnte selskaper, særlig hensett til opplysningene om at Statkraft SF også selv eide kraftverk. Dette skulle tilsi at Statkraft SF i større grad enn øvrige selskaper var knyttet til selve produksjonen av produktet som selges på markedet, selv om årsaken til organiseringen var gjort av andre grunner enn forholdet til offentlighetsloven.

Retten merker seg likevel at en ved også utformingen av forskriften ikke synes å ha sondret mellom selskaper som NRK Aktivum, hvor det er fremhevet at salget av NRK-produksjoner på markedet var avgjørende, og selskaper som Statkraft SF som har en konsernstruktur hvor den konkurranseutsatte aktivitet i stor grad foregår i datterselskap.

Det kan etter dette hevdes at lovgiver både ved utforming av lov og forskrift ikke mente at organisering av selskaper skulle ha betydning for lovens virkeområde. Det kan tilsynelatende søkes støtte for dette i NOU 2003:30 s. 69–70:

*«Innsynsrett etter offentlighetsloven vil også kunne utgjøre en konkurransemessig ulempe i form av administrativt merarbeid. Plikt til å føre journal, vurdering av innsynskrav samt fremleding og utsending av dokumenter kan innebære en arbeidsmessig belastning for virksomheten, som igjen kan utgjøre en konkurranseulempe. Spørsmålet er om offentlige virksomheter ut fra hensynene bak offentlighetsprinsippet bør akseptere en slik konkurranseulempe. **Når offentlige myndigheter velger å omorganisere en offentlig virksomhet fordi virksomheten skal drive i konkurranse med private aktører, bør ikke offentlighetsloven svekke mulighetene til å realisere målsetningene bak omorganiseringen.** Hele utvalget foreslår derfor at det i avgrensningen av lovens virkeområde gjøres unntak for næringsvirksomhet som drives i direkte konkurranse med private aktører».*

Retten kan imidlertid ikke se at denne uttalelsen er knyttet opp mot problemstillingen rundt lovens virkeområde der selskaper står i konsernforhold, som i tilfelle ville hatt stor betydning for rettens vurdering. Uttalelsen gjelder behovet for unntaket generelt.

Som staten har påpekt er det ikke nærmere redegjort for i forarbeidene hvorfor Telenor ASA skal falle utenfor lovens virkeområde. Det svekker overføringsverdien og vekten av forarbeidene knyttet til angitte eksempler på unntak at det ikke er gitt en nærmere begrunnelse for hvorfor Telenor ASA skulle være unntatt fra lovens virkeområdet. Slik retten ser det står Telenor-eksempelet tvert imot i kontrast både til en naturlig forståelse av ordlyden og de øvrige, generelle føringene om en streng og snever tolkning av konkurransebegrepet. Manglende begrunnelser etterlater her usikkerhet blant annet om

hvorvidt Telenor ASAs virksomhet, konsernstruktur, markedssituasjon mv. har vært nærmere vurdert, om selskapets børsnotering kan ha hatt betydning eller om andre hensyn kan spilt inn. Dette svekker eksempelbrukens vekt for andre selskaper enn de selskaper som faktisk er nevnt. Det som her er nevnt om vekten av forarbeidene på dette punkt gjelder desto mer vekten av det anførte tolkningsbidraget fra forarbeidene til offentligforskrifta vedrørende Statkraft SF, ved tolkningen av offentliglovas virkeområde.

Retten kan ikke se at BKKs anførsel om at strukturen i Telenorkonsernet var vel kjent blir noe annet enn en antakelse. Det samme gjelder anførselen om at BKK ville vært nevnt i forarbeidene dersom en hadde hatt tilsvarende oversikt over selskaper i kommunal sektor som i statlig sektor, med henvisning til uttalelsene om de økonomiske og administrative konsekvensene av lovforslaget i Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) pkt. 15 s. 112.

Med bakgrunn at det er enkelte uklarheter i lovens forarbeider og forarbeidene til forskriften, finner retten det naturlig å også se hen til hvordan regelen senere er forstått og praktisert.

2.4. Lovens senere anvendelse mv.

Så vidt vites foreligger ikke Høyesterettspraksis, eller for så vidt underrettspraksis, om sakens hovedproblemstilling.

Forholdet til våre folkerettslige forpliktelser, herunder EØS-retten, ble ikke prosedert på.

2.4.1. Veileder til offentlighetsloven, G-2009-419

Justis- og politidepartementet utarbeidet i 2009 en veileder til offentlighetsloven, G-2009-419, og er toneangivende for blant annet foreliggende forvaltningspraksis. Veilederen gjentar at Telenor ASA ville falle utenfor loven, under punkt 3.3.2 *Avgrensing for sjølvstendige rettssubjekt som driv næring i direkte konkurranse med og på same villkår som private*, s. 18, uten at bakgrunnen for dette utdypet på noe vis. Under samme punkt på s. 19 fremgår:

*«Vidare vil det ikkje kunne takast omsyn til einkvar form for konkurranse ei verksemd er utsett for. Det må dreie seg om direkte konkurranse, og det er såleis berre konkurranse innanfor ei verksemd sin 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 og liknande alkoholhaldige produkt, sjølv om slike produkt til dels kan dekkje same behov som polvarene sterkøl, vin og brennevin.*

*Tilsvarende vil ikkje konkurranse frå andre transportmiddel som til dømes privatbil eller fly vere relevant i vurderinga av 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 gjennom taxfree-handel» .*

Veilederen synes å forutsette at det i en konkurransesituasjon uten videre dreier seg om et selskap som tilbyr et produkt eller tjeneste i et marked, uten at det er sagt noe om at det i et konsernforhold er et krav at også morselskapet selv står for salg eller produksjonen for å oppfylle lovens vilkår. Det vises til at angivelse av vurderingstemaene kun er knyttet til hvorvidt det er tale om samme produkt eller tjeneste, og hvorvidt disse er tilbudt på samme måte. Veilederen synes derfor i likhet med lovens forarbeider å mangle en uttrykkelig vurdering av hvordan loven er å forstå tilknyttet selskaper i konsern. BKK synes gjennomgående å ta dette manglende aspekt inntekt for at det ikke skulle være krav om at morselskapet selv måtte stå for slik aktivitet i markedet for å stå i et direkte konkurranseforhold med andre private. Slik retten ser det trekker veilederen i retning av at vurderingstemaene gjelder ethvert rettssubjekt - uten hensyn til hvordan rettssubjektet står i forhold til andre rettssubjekt, herunder internt i et konsern, som også er forenlig med hvordan vilkåret «rettssubjekt» skal forstås, jfr. ovenfor. Dette selv om veilederen kort gjentar forarbeidenes uttalelse om at Telenor ASA faller utenfor loven, uten nærmere kommentar.

Det ble under forhandlingene fremlagt en rekke vedtak og uttalelser, for å illustrere forvaltningspraksis om sakens tema. Praksis forut for ikrafttredelse har fortsatt relevans i tilknytning til forståelse av konkurransebegrepet, jfr. ovenfor, men er for øvrig mindre interessant ettersom loven ble vesentlig endret ved offentliglova av 2006. I et forsøk på å avklare om det foreligger fast og entydig forvaltningspraksis velger retten å fokusere på de senere års uttalelser og vedtak.

2.4.2. Sivilombudsmannens uttalelser

2.4.2.1. SOM 2009-1203 (Karmsund Havnevesen IKS)

BKK har anført Sivilombudsmannens uttalelse i SOM 2009-1203 (Karmsund Havnevesen IKS) til støtte for sitt standpunkt. Saken gjaldt hvorvidt Karmsund Havnevesen IKS var omfattet av lovens virkeområde, herunder – som i foreliggende sak - om vilkårene lovens unntaksbestemmelse i § 2 (1) andre punktum var oppfylte. Den konkrete vurdering har mindre betydning for vår sak, ettersom faktum er vesensforskjellig. Sivilombudsammen uttalte imidlertid under den generelle utpensling av lovens regel:

*«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 selvsagt at selskaper som Statoil ASA og Telenor ASA vil være unntatt fra lovens anvendelsesområde**»*

Retten har vanskelig for å se hvilken rettskildevækt en slik uttalelse vil ha utover forarbeidenes egen vekt på det aktuelle punkt, da heller ikke Sivilombudsmannen har redegjort for hvorfor unntakets konkrete anvendelse fremstår som relativt selvsagt.

2.4.2.2. SOM-2018-4916 (Andøya Space Center AS)

I den overnevnte SOM-2018-4916 (Andøya Space Center AS) var det spørsmålet om Andøya Space Center AS var omfattet av offentleglovas virkeområde. Andøya Space Center AS var morselskapet i et konsern med fire datterselskap. Nærings- og fiskeridepartementet sitt standpunkt var at morselskapet ikke var omfattet av loven, og la i denne forbindelse til grunn at hele konsernets virksomhet måtte vurderes samlet ved vurderingen av om vilkårene i unntaket var oppfylte. Sivilombudsmannen la imidlertid til grunn at det var virksomheten i det enkelte aksjeselskapet, og ikke det samlede konsernet, som måtte legges til grunn for vurderingen. Sivilombudsmannen ba derfor departementet om å foreta en ny vurdering, og at det ved vurderingen av om morselskapets virksomheten falt inn under unntaket måtte foretas en konkret helhetsvurdering og en avveining av ulike relevante momenter. Som nevnt er det ikke bestridt at BKK AS vil utgjøre vurderingsenheten. Det er også på det rene at departementet foretok en ny vurdering, og morselskapet likevel ble unntatt fra lovens virkeområde. Den fornyede vurdering er ikke fremlagt.

Retten finner grunn til å fremheve at Sivilombudsmannen ved sin begrunnelse også henviste til sin tidligere uttalelse i SOM-2012-1758. I denne saken hadde Fylkesmannen i Nordland lagt til grunn at morselskapet Narvikgården AS var gjenstand for vurderingen etter § 2 (1) andre punktum, og ikke det samlede konsern. Fylkesmannen hadde samtidig vurdert at «integrasjon mellom mor og datterselskaper er juridisk relevant dersom konkurransehensyn gjør seg gjeldende», men at dette ikke hadde gjort seg gjeldende i saken. Til dette hadde Sivilombudsmannen uttalt at en «ikke hadde noen rettslige innvendinger til fylkesmannens vurdering av utgangspunktet for konkurransevurderingen...». Retten legger derfor til grunn at slike betraktninger er en del av de relevante hensyn som Sivilombudsmannen ba departementet om å foreta, ved sin fornyede vurdering i overnevnte SOM-2018-4916 (Andøya Space Center).

Slik retten oppfatter det knytter Sivilombudsmannen dette hensyn, graden av integrasjon mellom mor- og datterselskap, først og fremst den helhetsvurdering av relevante hensyn

som må foretas knyttet til om et selskap «hovudsakleg» driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private.

2.4.3. Fylkesmanns- og departementspraksis

Det foreligger noe sprikende fylkesmanns- og departementspraksis knyttet til hvordan lovens unntaksbestemmelse skal anvendes, i et tilfelle hvor den åpenbart konkurranseutsatte aktiviteten finner sted i datterselskap i konsernforhold.

Retten finner at den fremlagte uttalelse fra Nærings- og fiskeridepartementet av 28.03.2017, vedrørende spørsmål om Flytoget AS var omfattet av unntaket i offentleglova § 2 (1) andre punktum, ikke kaster lys over det angitte hovedspørsmål i foreliggende sak. Slik saken ble opplyst for retten forelå det ikke konsernforhold som i foreliggende sak, og Flytoget AS leverte selv sine tjenester i markedet. Retten finner på samme grunnlag heller ikke at Fylkesmannen i Rogalands vedtak av 10.12.2010, hvor Haugaland Kraft AS ble ansett for å falle utenfor loven, gir svar på sakens problemstilling.

2.4.3.1. Tussa Kraft AS

Mer relevant er det fremlagte vedtak av 30.07.2010 fra Fylkesmannen i Møre og Romsdal, vedrørende spørsmålet om hvorvidt Tussa Kraft AS var omfattet av aktuell unntaksbestemmelse. Tussa Kraft AS var et morselskap i konsern, og at den konkurranseutsatte virksomheten lå i datterselskap. Morselskapets oppgave var å

«...forvalte eigarskap i dotterselskapa, ved utarbeiding av overordna strategiar og å styre dei enkelte dotterselskapa ved å foreta økonomiske, strategiske og taktiske avgjerder. Til dette ligg også å vurdere om selskapet skal selje seg ned, opp eller ut, eller investere i ytterlegare objekt. Endeleg sel selskapet enkelte administrative tenester til dotterselskapa».

Fylkesmannen vurderte det slik at hvert selskap måtte vurderes for seg selv, og at det ikke skulle foretas en identifisering mellom mor- og datterselskap. Kjernen i begrunnelsen var at loven knytter vurderingen til selvstendige rettssubjekt, og det ble pekt på ulike momenter som underbygger dette. Fylkesmannen foretok deretter en vurdering av om Tussa Kraft AS utøvde næringsvirksomhet i «direkte konkurranse» med private. Det ble uttalt i denne forbindelse:

«Det må vere på det reine at Tussa Kraft AS med dette hovudsakleg driv næringsverksemd. Dette er likevel ikkje i seg sjølv nok. Unntaksføresegna i § 2, 1. ledd, 2. punktum krev at næringsverksemda skjer i "direkte konkurranse". Det vil seie at selskapet må vere konkurranseutsett frå andre som tilbyr tilsvarende produkt eller tenester på tilsvarende måte. Med andre ord må selskapet tilby produkt eller tenester som også andre aktørar i marknaden kan tilby.

Fylkesmannen synes på dette punkt å utlede et krav om at morselskapet selv måtte utføre slik konkurranseutsatt aktivitet. Slik saken er opplyst var det kun datterselskapene som stod for produksjon og salg av strøm. Slutningen fremgår underforstått ved at Fylkesmannen i stedet foretok en vurdering om morselskapets eierposisjon eller tjenesteyting overfor datterselskapene var tilstrekkelig. Fylkesmannen kunne imidlertid ikke se at lovens vilkår var oppfylt:

«Ved utøving av eigarskap vil Tussa Kraft AS vere suveren, med unntak av når selskapet konkurrerer med andre om investeringar av nye objekt. Fylkesmannen legg til grunn at investeringar berre er ein mindre del av utøvinga av eigarskapet og at dette derfor ikkje i seg sjølv gjer at selskapet hovudsakleg driv i direkte konkurranse.

Når det gjeld selskapets sal av administrative tenester til dotterselskapa, vil selskapet ha konkurranse i den forstand at det er ein rekkje private aktørar som kan tilby tilsvarende tenester. Dette er likevel ikkje i seg sjølv tilstrekkeleg. Som det går fram av unntaksregelen må det vere snakk om konkurranse på like vilkår med private. Det må soleis ligge føre ein reell konkurransesituasjon. Selskapet sel tenestene til sine heileigde dotterselskap. Når tilbydar i kraft av å vere eigar har full råderett over kjøpar, vil ein vanskeleg kunne seie at tilbydar er i ein reell konkurransesituasjon. Dotterselskapa vil neppe stå fritt til å velje om dei skal nytte morselskapets tenester eller andre konkurrerande verksemders tenester»

Retten oppfatter fylkesmannens vurdering dithen at det ikke forelå en tilstrekkelig konkurransesituasjon ved å utøve eierskap eller å selge tjenester internt, fordi morselskapet i denne rolle vil være suveren og det vil ikke foreligge en reell konkurransesituasjon med andre i markedet. Det kan hevdes at Fylkesmannen ved dette generelt har konstatert at eierskap utøves i suverenitet, og ikke i direkte konkurranse, uten å ha sett det nødvendig å foreta en nærmere sondering mellom aktivt og passivt eierskap, herunder den anførte aktive forvaltning av datterselskapene. Det kan også hevdes at Fylkesmannen allerede avskar en slik vurdering ved at Fylkesmannen allerede under vurderingen av hva som utgjør lovens «rettssubjekt» uttalte følgende:

«Fylkesmannen ser at det kan vere ein nær samanheng mellom mor- og dotterselskap i eit konsern. Selskapa er likevel juridisk sett sjølvstendige einingar, noko som tilseier at dei etter offentleglova også vert behandla som nettopp dette. Rettstekniske omsyn taler òg for at ein avgrensar vurderinga til det enkelte rettssubjekt. Ein anna praksis ville kunne ha opna for vanskelege grensedragningar for når samanhengen mellom mor- og dotterselskap er nær nok til identifikasjon»

Det er etter dette noe uklart om Fylkesmannen mente at integrasjon mellom Tussa Kraft AS og datterselskapene var juridisk relevant eller ikke. Fylkesmannen synes i hvert fall å

ha vært av den oppfatning at utøvelse av eierposisjon og salg av tjenester intern ikke skjer i direkte konkurranse med andre private.

2.4.3.2. Sunnhordaland Kraftlag AS

Fylkesmannen i Hordaland traff vedtak 11.01.2011, hvor det ble lagt til grunn at Sunnhordland Kraftlag AS (SKL) ikke oppfylte vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 2 (1) andre punktum. SKL var opprinnelig et vertikalintegreert kraftselskap, men var på vedtakstidspunktet et morselskap i konsern med flere datterselskaper. Selskapet anførte til at det i hovedsak forvaltet eierskapet i datterselskapene, samt foretok mer strategiske vurderinger m.v. for konsernet som sådan, og at dette måtte regnes som utøvelse av næringsvirksomhet i konkurranse med andre. SKL opplyste selv følgende:

”SKL har som morselskap i hovedsak oppgaver relatert til overordnede strategier og saker for konsernet og datterselskapene. I tillegg selger morselskapet enkelte administrative tjenester internt til datterselskapene. SKL har kun omsetning til selskaper internt i konsernet.

SKL er delt i tre divisjoner; administrasjon, økonomi, organisasjon og ”holding-kostnader”.

Divisjonen administrasjon leverer tjenester til datterselskapene knyttet til utleie og administrasjon av lokaler, administrasjon av felles biler, organisering av velferdstjenester og kantine m.v.

Divisjonen økonomi leverer tjenester til datterselskapene knyttet til løpende bokføring, internrapportering, budsjettering, finansieringstjenester, skatteoppgjør og planlegging, årsoppgjør samt løpende ad-hoc analysearbeid.

Divisjonen organisasjon leverer tjenester til datterselskapene knyttet til HMS kartlegging, rapportering og forbedring, utvikling av internkontroll og kvalitetssystem samt andre personaloppgaver. I tillegg inneholder divisjonen konsernledelsen og konsernets styre, og driver strategiarbeid for datterselskapene, med andre ord eierskapsforvaltning.

Som det fremgår er de tjenester som ytes av morselskapet utelukkende interne tjenester til datterselskapene som det av praktiske og administrative årsaker er naturlig å plassere i det felles morselskapet etter pålegget om konsernorganisering fra NVE.

Utover dette er morselskapets hovedfunksjon å utøve og forvalte eierskap og overordnet strategi for virksomheten i konsernet. Den største og viktigste oppgaven

til morselskapet er definitivt ikke å selge tjenester til døtrene, men å ivareta strategi og forretningsutvikling»

Fylkesmannen var ikke enig i at det forelå næringsvirksomhet i direkte konkurranse med andre private:

«Av forarbeidene til bestemmelsen i offl. § 2 første ledd andre punktum, Ot. prp. nr. 102 (2004-2005), fremgår det at bestemmelsen legger til grunn et snevert konkurransebegrep, og at vilkåret skal tolkes nokså strengt, jf. henholdsvis side 35 og side 116.

Ut fra et slikt snevert konkurransebegrep kan ikke Fylkesmannen se at SKL "hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private". Den konkurranse som SKL mener seg utsatt for ved sin forvaltning av eierskapet i datterselskapene m.v. er etter Fylkesmannens mening for avledet i forhold til de former for konkurranse som unntaksbestemmelsen i offl. § 2 første ledd andre punktum sikter til»

Fylkesmannen kunne heller ikke se at salg av tjenester til datterselskap skjedde i konkurranse med andre, selv om det var på det rene at det ble benyttet markedsmessige vilkår.

Slik retten ser det foretas det her noe i retning av en konkret vurdering av hvorvidt integrasjonen mellom mor- og datterselskap var tilstrekkelig til å unnta selskapet fra lovens virkeområde. Vurderingen er kortfattet. Det synes som om integrasjon mellom mor- og datterselskaper ikke ledet til at det ble tale om «direkte konkurranse», uten at dette klart fremgår. Fylkesmannen synes reelt sett å gi uttrykk for at lovens krav er at SKL også selv måtte stå for operasjonell aktivitet i markedet for å skulle bli unntatt fra lovens virkeområde. Dette fordi det eierskap SKL utøvet fremstår for å ha vært av nokså aktiv karakter, men ble likevel ansett for å være for avledet.

2.4.3.3. Troms Kraft AS

Den strenge fortolkning foretatt i vedtak vedrørende Tussa Kraft og SKL, ble også foretatt i Fylkesmannens i Troms vedtak 12.05.2016 vedrørende Troms Kraft AS. Også Troms Kraft AS var et morselskap i et konsern med en rekke datterselskaper, hvor samtlige datterselskap drev konkurranseutsatt virksomhet. Morselskapet hadde sin hovedvirksomhet innen utøvelse av eierfunksjoner i konsernet. Fylkesmannen la til grunn at Troms Kraft AS sin utøvelse av eierskap i datterselskapene innebar at selskapet ved sin eierstyring/kontroll la til rette for at driften i datterselskapene og konsernet som helhet skulle bli best mulig. Det ble videre lagt til grunn at arbeidet bestod i blant annet beslutninger om økonomiske forhold og planlegging, utarbeiding av strategier, samt samordning selskapene imellom. Fylkesmannen synes å ha lagt til grunn at morselskapet – og ikke konsernet som helhet –

var gjenstand for vurdering i relasjon til kriteriene i § 2 (1) andre punktum. Fylkesmannen fravek således sin tidligere forståelse av gjeldende rett på dette punkt slik den ble fremstilt i vedtak av 08.11.2010, som også ble fremlagt for retten. Det ble ellers uttalt:

«Det må så vurderes om selskapet driver slik næringsvirksomhet i «direkte konkurranse med og på samme vilkår som private», som er krav for at selskapet skal være omfattet av unntaket i offentliglovas § 2 annet ledd. I dette ligger et krav om at selskapet må drive med konkurranseutsatt næring, typisk ved at selskapet tilbyr produkt eller tjenester som også andre aktører i markedet kan tilby».

Fylkesmannen utelukket følgelig ikke at annen aktivitet enn salg av produkt eller tjenester kunne være tilstrekkelig til å oppfylle lovens krav, som synes å være forenlig med de overnevnte føringer fra Sivilombudsmannen. Det ble imidlertid uttalt at ved

«...næringsvirksomhet i form av utøvelse av eierskap i aksjeselskap er eieren suveren, og det foreligger således ingen konkurransesituasjon. Unntak kan som utgangspunkt bare tenkes i forbindelse med at det foretas oppkjøp av selskap i åpen konkurranse».

Fylkesmannen fant at denne type virksomhet, samt at tjenesteproduksjonen som var i noe grad konkurranseutsatt, konkret utgjorde for liten del av den totale virksomhet til å bli utslagsgivende. Fylkesmannen synes å ha slått sammen vurderingen av om det foreligger kvalifisert konkurranse med helhetsvurderingen som skal foretas under «hovudsakleg», som er et metodiskteknisk forhold. Vedtaket stiller seg uansett i rekken av vedtak hos Fylkesmenn som legger til grunn at forvaltning av datterselskap, samt tjenestesalg, i konsern blir for avledet i forhold til lovens krav om direkte konkurranse.

2.4.3.4. TrønderEnergi AS

Fylkesmannen i Trøndelag fattet vedtak av 03.04.2020 i sak om morselskapet Trønderenergi AS var omfattet av unntaket i offentlighetsloven. Alle datterselskapene til TrønderEnergi AS var konkurranseutsatt, og hadde ingen monopolvirksomhet. Det ble opplyst at TrønderEnergi AS kun hadde en eierstyrings- og overordnet strategisk ledelsesfunksjon, og ingen tjenesteproduksjon for datterselskapene av betydning. Det ble også opplyst at virksomheten i det daglige var organisert i tett integrerte forretningsenheter og staber, som gikk på tvers av den underliggende datterselskaps-strukturen. Alle virksomhetsområder og staber understøttet således konsernets kjernevirksomhet som én, integrert virksomhet.

Det var som i foreliggende sak enighet om at vurderingen etter § 2 (1) andre punktum måtte foretas knyttet til morselskapet. På bakgrunn av forarbeidene og særlig overnevnte SOM-2018-4916 kom Fylkesmannen til at TrønderEnergi AS ikke var omfattet av unntaket. Begrunnelsen var i korthet at selskapet kun utøvde aktivitet i kraft av sin

eierposisjon, og at slik aktivitet ikke ble foretatt i konkurranse med andre. Det er for retten opplyst at vedtaket er blitt gjenstand for ugyldighetssøksmål.

Det foreligger således en rekke Fylkesmannsvedtak som legger til grunn en nokså streng vurdering av hva som utgjør «direkte konkurranse» knyttet til morselskaps næringsvirksomhet, og det er eksempel på praksisomlegging i denne forbindelse.

Det er imidlertid et par eksempler på en annen tilnærming i forvaltningen, i tillegg til de overnevnte opplysningene om at Nærings- og fiskeridepartementet fastholdt resultatet i Andøya Space Center. Det er også eksempel på praksisomlegging her.

2.4.3.5. Istad AS

Nærings- og Handelsdepartementet traff 15.04.2011 vedtak om at Istad AS falt utenfor offentliglovas virkeområde etter unntaket i § 2 (1) andre punktum.

Departementet var av den oppfatning at det var Istad AS, som er et morselskap i et energikonsern, som var rettssubjektet som skulle vurderes i relasjon til lovens unntaksbestemmelse – ikke konsernet som sådan. Det ble likevel uttalt

«...at det også må ses hen til hvordan den aktuelle virksomheten og det aktuelle konsernet er organisert. I et konsern med sterkt differensiert virksomhet, for eksempel spredt på ulike forretningsområder, vil det være mer nærliggende å se det enkelte selskaps virksomhet for seg, mens det i konsern med sterkt integrert virksomhet hvor valg av konsernmodell er mer organisasjonsmessig begrunnet, kan være større grunn til å se konsernets virksomhet som en helhet.

Ut over den rene ordlyden er det vanskelig å finne støtte for at bruken av ordet rettssubjekt i § 2 annet ledd første punktum alene er ment å begrense vurderingen. Det sentrale element i denne delen av bestemmelsen er den virksomhet som drives, ikke hvordan den er organisert. Hensynet bak bestemmelsen er å sikre at offentlig eiet virksomhet som drives i konkurranse med private ikke skal underlegges offentlighetskrav som påvirker konkurransen. Det tilsier at man ikke alene kan legge en ensidig forståelse av ordlyden til grunn».

Departementet synes med dette å legge til grunn at bakgrunnen for at konkurranseutsatt virksomhet er skilt ut i datterselskap er relevant. Departementet går imidlertid et skritt videre ved å også tone ned betydningen av at loven knytter vurderingen til «rettssubjekt», ved bruk av formålet bak unntaksbestemmelsen. Departementet fant på den bakgrunn å fremheve de reelle forhold, fremfor å tillegge organiseringen avgjørende vekt:

«Når det gjelder utøvelse av eierskapet i datterselskapene, gjør Istad AS strategiske og økonomiske vurderinger og beslutninger om datterselskapenes virksomhet. Etter departementets syn ligger det i dette at det normalt vil treffes beslutninger i morselskapet som direkte berører datterselskapets virksomhet. Dette taler for å anse

morselskapets virksomhet som en naturlig og integrert del av den del av konsernets virksomhet som drives i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private.

Nærings- og handelsdepartementets konklusjon er dermed at det er en så sterk identifikasjon mellom og integrasjon av Istad AS og konsernets øvrige virksomhet at den inngår som en del av en virksomhet som drives i direkte konkurranse med private, og derfor faller utenfor offentleglova etter bestemmelsen i § 2 første ledd annet punktum»

Det kan se ut til at departementet knytter grad av integrasjon til vilkåret «direkte konkurranse», som ikke nødvendigvis er uriktig. Det sentrale er at forholdet til integrasjon er drøftet. Slik retten ser er det imidlertid en betydelig svakhet ved vedtaket at en hovedsakelig fokuserer på føringene i vilkåret «rettssubjekt». Det er ikke i tillegg utledet føringer for vurderingen fra vilkåret «direkte» konkurranse, herunder hvilke bidrag som kan utledes fra dets ordlyd og forarbeider.

2.4.3.6. Tafjord Kraft AS

Fylkesmannen i Møre og Romdsal traff 05.10.2017 vedtak om at morselskapet Tafjord Kraft AS var unntatt fra lovens virkeområde, jfr. § 2 (1) andre punktum. Dette selv om Fylkesmannen i vedtak av 02.10.2010 hadde kommet til motsatt resultat i tilsvarende sak med samme selskap. Det ble lagt til grunn at morselskapets virksomhet bestod av to hoveddeler; å utøve eierskap gjennom overordnede strategiske og økonomiske vurderinger for datterselskapene, samt rådgivning, konsulentvirksomhet og tjenesteyting. Ved den nye vurderingen så Fylkesmannen hen til det overnevnte vedtak fra departementet knyttet til Istad AS, samt overnevnte SOM-2012-1758 (Narvikgården):

«Utgangspunktet for vurderingen av konkurranseunntaket må fortsatt være morselskapets egen virksomhet. Ved den konkrete helhetsvurderingen må det likevel kunne ses hen til organiseringen av den aktuelle virksomheten og det aktuelle konsernet, slik at det i visse tilfeller vil være relevant å se hen til datterselskapenes virksomhet ved vurderingen av om morselskapet vil være konkurranseutsatt. Dersom datterselskapenes virksomhet skal ha betydning for utfallet av denne vurderingen forutsetter dette da at konkurransehensyn faktisk vil gjøre seg gjeldende».

Fylkesmannen synes reelt sett å ha foretatt en samlet helhetsvurdering av om vilkårene i unntaket var oppfylt. Avgjørende ble selskapets organisering, og integrasjon mellom Tafjord Kraft AS og den øvrige delen av konsernets konkurranseutsatte virksomhet. Departementets vedtak i overnevnte sak om Istad AS synes å ha vært sentralt også ved vektlegging av hvilken betydning utøvelse av eierskap skulle ha ved den konkrete vurderingen. De innvendinger som retten ovenfor har nevnt at kan reises mot departementets vedtak, kan også reises mot Fylkesmannens vurdering.

2.5. Den nærmere vurdering av hvorvidt BKK AS driver næring i «direkte konkurranse» med andre private

Ved den nærmere vurdering av hvorvidt BKK AS driver næring i «direkte konkurranse» med andre private, skal det etter dette legges til grunn et snevert og nokså strengt konkurransebegrep. Videre er det BKK AS, som morselskap, som er rettssubjektet som er gjenstand for vurdering, og ikke BKK-konsernet som sådan. En må likevel vurdere den næringsvirksomhet som BKK AS faktisk utøver; både internt i konsernet og eksternt i markedet. Dersom konkurransen mellom BKK AS og øvrige private aktører knyttet til aktuelt marked er for avledet, vil imidlertid lovens krav ikke være oppfylt.

BKK AS har brev til Fylkesmannen i Vestland av 13.02.2020 inngitt opplysninger om BKK AS og datterselskapene. Etter å ha redegjort nærmere for datterselskapenes virksomhet, opplyste BKK AS følgende:

«BKK AS er morselskap i konsernet, og formålet til selskapet er produksjon, overføring, distribusjon og omsetning av energi samt annen virksomhet knyttet til disse områdene. Virksomheten kan også drives i samarbeid med eller ved deltakelse i andre foretak med tilsvarende eller lignende formål. Organiseringen i konsern er felles med andre energikonsern, og er blant annet en konsekvens av Norges vassdrags- og energidirektorats konsesjonskrav

Brutto driftsinntekter i konsernet fra datterselskapet BKK Nett AS, som ikke driver konkurranseutsatt virksomhet, utgjør omtrent 32%. Driftsinntekter fra selskaper som er unntatt fra offentlegglova utgjør således ca. 68%, jf. BKKs rapport for 2018. BKK AS er altså morselskap i et konsern som hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med private.

Morselskapets virksomhet består blant annet i å videreutvikle BKK-konsernet, planlegge for fremtiden og være pådriver for innovasjon. Morselskapet har ansvaret for å koordinere konsernets FoU-aktiviteter, og modne frem nye ideer og mulige forretningsområder med utgangspunkt i BKKs kjernevirksomhet og kompetanse. Morselskapet har ansvaret for konsernstrategi, industrielt eierskap, M&A, FoU-strategi, innovasjonsportefølje og forretningsutvikling. Det pågår blant annet for tiden en stor satsning på elektrifisering. BKKs virksomhet er som det fremgår sterkt integrert med datterselskapenes virksomhet, og hoveddelen av denne virksomheten er knyttet til den konkurranseutsatte delen. Det treffes en rekke beslutninger i BKK AS som direkte angår datterselskapenes virksomhet, og morselskapets virksomhet er en naturlig og integrert del av den konkurranseutsatte virksomheten. For øvrig ivaretar BKK AS felles tjenesteproduksjon, herunder eiendoms-, IT-, regnskaps-, fakturerings-, organisasjons- og finanstjenester.

BKK AS salg av tjenester til eksterne selskaper utgjorde i 2018 cirka MNOK 47, noe som tilsvarer cirka 18% av tjenestesalget. Øvrige driftsinntekter i 2018 knyttet seg til salg av tjenester til datterselskaper. Salg av tjenester til datterselskapet BKK Nett AS utgjorde ca. 44% av driftsinntektene. Den delen av markedsverdien til BKK AS som knytter seg til nettvirksomheten i BKK Nett AS utgjør om lag 20-25%, mens 75-80% knytter seg til den konkurranseutsatte delen»

Det er på det rene at BKK AS ikke har inntekter fra salg av strøm mv, slik årsregnskapet viser, og at kjernevirksomheten i konsernet er lagt til datterselskapene. BKK AS, som morselskap i et konsern, utfører ikke i hovedsak det som en typisk vil karakterisere for konkurranseutsatt næringsvirksomhet, i tråd med de perspektiver som anlegges i forarbeidene og de kjernemomenter som legges til grunn for vurderingen i veilederen til loven.

Det synes samtidig ikke å være bestridt at BKK AS som morselskap driver aktiv styring av datterselskap, herunder forvaltning og videreutvikling av datterselskapene og konsernet, at det utvikler forretningsdrift og driver innovasjon, og til dels utøver industrielt eierskap, samt at BKK AS også yter finansielle og administrative tjenester til konsernet. Opplysningene i brev av 13.02.2020 fremstår også å i det vesentlige å være understøttet av, og til dels direkte hentet fra, den fremlagte årsrapport for 2019. Slik retten oppfatter Fylkesmannens vedtak av 13.02.2020 er det i stor grad bygget på disse opplysningene. Bevisførselen har vist at BKK AS aktive eierskap også har eksterne uttrykk. Det vises blant annet til at sentrale personer i BKK AS eksempelvis å fronter konsernets nysatsingsområder i bransjen, eller uttaler seg i konsernrelaterte saker i media.

Det er videre rettens oppfatning at BKK AS sin aktive eierstyring har konkurransemessig betydning, ettersom beslutninger, strategier, arbeid tilknyttet innovasjon osv., vil få betydning for selskapets inntjening og påvirke det markedet som datterselskapenes produkter og tjenester tilbys i. BKK AS utøver derfor næringsvirksomhet i konkurranse med andre morselskaper og andre private aktører på markedet gjennom slik virksomhet - i et større perspektiv.

Det er imidlertid rettens oppfatning at BKK AS sin rolle først og fremst består i utøve suveren eierposisjon overfor sine datterselskaper. Dette er et internt forhold, selv om det selvsagt får betydning for datterselskapene og forholdet til de øvrige aktører i markedet. Selv om både de tette bånd selskapene imellom- og det forhold at BKK AS bidrar i forretningsutviklingen innad i konsernet – medfører at BKK AS i det daglige utøver større innflytelse på markedet enn et morselskap som kun utøver passivt eierskap (sterk integrasjon), vil det hele tiden være datterselskapene som i første omgang vil ramme eller rammes av konkurransen med aktørene i markedet. Konkurransen BKK AS, som morselskap, blir utsatt for i denne forbindelse vil etter rettens syn være for avledet i forhold til ordlydens krav om «direkte» konkurranse. Retten kan ikke se at det forhold at en befinner seg å legalitetsprinsippets område, hvor inngrep krever hjemmel i lov, kan bli utslagsgivende i forhold til rettens tolkning på dette punkt. Retten foretar her ingen

utvidende tolkning, men forholder seg strengt til lovens ordlyd i BKK AS disfavør. Rettens subsumsjon på dette punkt er også i tråd med forarbeidenes føringer om å tolke konkurransebegrepet nokså strengt og snevert. Som nevnt ovenfor tillegger retten uttalelsene om Telenor og uttalelsene i tilknytning til forskriften om Statkraft SF mindre vekt. Dette som et resultat av manglende begrunnelse rundt eksempelbruken, og motstrid med både ordlyd og de generelle føringene i forarbeidene.

Retten kan ikke se at det foreligger en så fast og entydig forvaltningspraksis, at den legger klare føringer for rettens subsumsjon. Sivilombudsmannens uttalelser gir riktignok anvisning på hva som er relevant ved vurderingen, herunder grad av integrasjon, men ikke på den nærmer vektingen av hensyn. Retten konstaterer ellers at det er en rekke eksempler på at rettens forståelse er lagt til grunn i de senere års forvaltningspraksis, og at vedtakene i motsatt retning som fremstår som nokså løsrevet fra lovens ordlyd og mangler aspekter ved begrunnelsen.

Retten kan heller ikke se at den anførte standpunkt i Johan Greger Aulstad: *Innsynsrett* (2018) s. 138-139 har nevneverdig betydning. Det synes her å gis uttrykk for en oppfatning om at et morselskap vil være utsatt for konkurranse, i forbindelse med kritikk av hvorfor NSBs korrespondanse med datterselskaper og kunder ble unntatt innsyn etter offentligforskrifta. Spørsmålet vår sak reiser er ikke omtalt i større utstrekning, og retten anser derfor bidraget som nokså begrenset. Det samme gjelder Nils E. Øy, *Kommentarbok til offentliglova* (2015), s. 51, som i hovedsak, og noe ensidig, redegjør for standpunktet i forvaltningspraksis.

BKK AS solgte imidlertid selv ulike tjenester i 2018 og 2019. Detaljene rundt tjenestesalget ble i liten grad belyst for retten. Selv om BKK AS i hovedsak leverer denne type tjenester for å dekke konsernets behov, legger retten grunn at denne type aktivitet har blitt tilbudt *eksternt* i et marked i direkte konkurranse med andre private.

Når det gjelder *intern* tjenesteyting kan datterselskap prinsipielt sett benytte seg av andre tjenesteleverandører enn morselskapet, men vil mest sannsynlig – og av forretningsmessige årsaker - benytte interne tjenester. Unntak kan derfor prinsipielt heller ikke utelukkes, men det er konkret ikke sannsynliggjort at det foreligger direkte konkurranse ved det interne tjenestesalg.

Av note 4 til årsregnskap for 2019 fremgår også at BKK AS i 2018 og 2019 blant annet foretok enkelte oppkjøp av kraftselskap i distriktet. Retten er av den oppfatning at slike oppkjøp presumtivt skjer i et marked med konkurrerende private aktører, selv om det enkelte oppkjøp ikke ble nærmere belyst for retten. Retten bemerker på dette punkt at det sistnevnte ikke synes å være berørt av Fylkesmannens vedtak av 18.03.2020.

Lovens vilkår «direkte konkurranse» er derfor oppfylt hva gjelder aktivitet knyttet til oppkjøp og ekstern tjenesteyting.

3. Om BKK AS «hovudsakleg» driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private

Spørsmålet er etter dette om BKK AS «hovudsakleg» driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private. Ordlyden tilsier at store deler av virksomheten må være utsatt for slik konkurranse for at selskapet skal være unntatt fra lovens virkeområde. Slik ordlyden er formulert synes ikke det å være tilstrekkelig at halvparten eller rett over halvparten av virksomheten er utsatt for direkte konkurranse. Av overnevnte veileder til offentleglova s. 18 er det lagt til grunn at det er «klart at det krevst at meir enn halvparten av verksemda skal vere utsett for konkurranse. Derimot kan det ikkje krevjast at alle eller nesten alle delane av verksemda skal vere utsette for konkurranse». Det fremgår videre at det skal foretas en helhetsvurdering

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

Tilsvarende er lagt til grunn i overnevnte SOM-2018-4916.

En typisk vurdering kan bestå i å sammenholde et foretaks næringsvirksomhet med et foretakets øvrige virksomhet, herunder forvaltningsvirksomhet, når en skal ta stilling til om et offentlig eiet foretak skal anses for å fall inn under loven. Vurderingen blir i foreliggende sak mye den samme, selv om BKK AS i alle henseender utøver næringsvirksomhet. Forholdet er her at BKK AS utøver næringsvirksomhet som dels er utsatt for direkte konkurranse, i form av oppkjøp og eksternt tjenestesalg, og dels næringsvirksomhet som ikke er utsatt for direkte konkurranse (eierstyring mv.).

BKK AS har som nevnt sin kjernevirksomhet innen aktiv eierstyring, og har hovedsakelig sin direkte påvirkning internt, selv om denne aktivitet både får konsekvenser for datterselskapers bevegelser i markedet, konsernets markedsposisjon og årsresultat, herunder BKK AS eget utbytte. Den virksomhet som her er knyttet til eierstyring – som retten har lagt til grunn at ikke er utsatt for direkte konkurranse - vil med styrke tale for at det offentlige skal ha innsyn etter hovedregelen. Den nærmere verdsettelsen av slik aktiv eierstyring vil derimot by på utfordringer, og er ikke tilstrekkelig belyst. Det er samtidig på det rene at BKK AS hovedsakelig har inntekter som stammer fra direkte konkurranseutsatt virksomhet, via utbytte fra sine datterselskapers virksomhet. Det samme gjelder de deler av BKK AS markedsverdi som er tilknyttet eierskap til slik virksomhet. Dette er imidlertid inntektene og verdier som først og fremst er generert gjennom andre rettssubjekters direkte konkurranseutsatte virksomhet.

Fylkesmannen i Vestlands vedtak av 18.03.2020 legger til grunn som sannsynliggjort at BKK AS sin virksomhet er «sterkt integrert i datterselskapene sin virksomhet». Retten deler denne oppfatning, og finner at dette er et relevant hensyn også ved helhetsvurdering

på dette punkt. At det foreligger tette bånd mellom BKK AS og datterselskapene, både gjennom ledelse av konsernet gjennom aktiv eierstyring innen de fleste vesentlige områder, felles tjenesteproduksjon, bidrag innen innovasjon, finansiering osv., taler for at en her skal legge avgjørende vekt på arten av den virksomhet som morselskapet BKK AS henter sine *inntekter* fra ved den samlede vurderingen på dette punkt. Dette selv om BKK AS ikke selv står for salg og produksjon av disse tjeneste i markedet, eller at sterk integrasjon i seg selv medfører at BKK driver næring i direkte konkurranse med private, jfr. ovenfor.

En for stor vektlegging av dette hensyn på dette punkt vil imidlertid medføre at helhetsvurderingen av om BKK AS hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med andre private, i for stor grad får likhetstrekk med den tidligere, større helhetsvurderingen etter offentligloven 1970 som en ønsket å gå vekk fra ved offentliglova av 2006. Det vil også kunne skape skjevhet i forhold til de mer presise avgrensningskriterium «rettssubjekt» og «direkte konkurranse» som lovgiver valgte å erstatte den tidligere vurderingen med, hvor det enkelte aksjeselskap er vurderingsenheten og at det kun skal sees hen til relevant konkurranse i helhetsvurderingen som foretas. Det vises blant annet til Ot.prp. 102 (2004-2005) 4.4.2 s. 34, kapittel 16 s. 116 og veileder til offentliglova pkt. 3.3.2 s. 19. Slik retten ser det vil grad av integrasjon kun være et moment i en samlet vurdering, som i vår sak ikke kan bli avgjørende.

Retten vil i helhetsvurderingen derimot fremheve den type virksomhet som BKK faktisk utøver i direkte konkurranse med andre private. At BKK AS utfører tjenestesalg, er et forhold som taler i favør av BKK AS ved vurderingen, men det utgjør for det første en svært begrenset andel av inntektene til BKK AS. Dernest svekkes betydningen av dette forhold ved at det eksterne tjenestesalget kun utgjør en brøkdel av totalsalget. Per 2018 er denne opplyst å være på 18%. Den øvrige andelen på 82 % ble solgt til datterselskaper, som riktignok understreker integrasjon som nevnt, men svekker betydningen av tjenestesalget som faktor ved i helhetsvurderingen. De nevnte oppkjøp utgjør for øvrig en liten andel av BKK AS virksomhet, og det er ikke sannsynliggjort at dette er nevneverdig utslagsgivende i regnskapet for BKK AS. Slik retten ser det fremstår tjenestesalget og oppkjøp mv. som begrenset virksomhet i forhold til BKK AS samlede næringsvirksomhet, som i det vesentlige dreier seg om næringsvirksomhet som ikke utøves i *direkte* konkurranse med andre private.

Retten kan imidlertid ikke se at kilden til BKK AS sine inntekter og BKK AS sitt bidrag til slik inntjening, eget tjenestesalg til eksterne eller enkelte oppkjøp i 2018-2019, hver for seg eller samlet, er tilstrekkelig til å konstatere at BKK AS «hovudsakleg» driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med private. Retten er av den oppfatning at BKK AS i det vesentlige utøver suveren, intern eieraktivitet og mottar utbytte fra andre selskapers konkurranseutsatte virksomhet.

Retten kan for øvrig ikke se at det foreligger hensyn som skulle kunne medføre et annet resultat. Retten viser i den forbindelse til at konsernmodell normalt vil velges av rent

forretningsmessige årsaker, hvor forholdet til offentligloven ikke får større betydning. Det er ikke anført for retten at forholdet til øvrig lovgivning, herunder energiloven, har fremtvungent nåværende organisering. BKK AS kunne også åpenbart ha opptatt i seg virksomhet som ville medført at BKK AS utvilsomt oppfylte vilkårene i lovens unntaksbestemmelse, og noe annet er heller ikke anført. En konstaterer at den forståelse retten legger til grunn medfører at offentlige eide selskap ikke står like fritt til å velge den forretningsmessige mest optimale organisering, dersom en samtidig ønsker å være unntatt fra lovens virkeområde. Begrensningen rammer imidlertid konkret et morselskap som hovedsakelig ikke driver i direkte konkurranse med andre private, og forvalter offentlig kapital som etter hovedregelen skal gjøres under medias oppsyn.

De konkurransemessige konsekvensene av at BKK AS' næringsvirksomhet, som er konkurranseutsatt i et større perspektiv, er underlagt offentliglova fremstår noe vage. Dette særlig fordi konkurranseulempene vil langt på veg avbøtes ved anvendelsen av lovens regler. Det vises i den forbindelse til at en konkret må vurdere å unnta innsyn i tilknytning til konkurransefølsomme opplysninger etter blant annet offentlighetsloven § 13 og forvaltningsloven § 13. Dette vil kunne avverge store deler av de anførte ulemper, herunder ulemper knyttet til datterselskapers virksomhet og korrespondanse med morselskapet, dersom det er tale om slike konkurransefølsomme opplysninger. Det er samtidig på det rene at slike regler ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelige for å hindre ulempe. De anførte ulempene knyttet til pålagt journalføring og stillingtagen til henvendelser fremstår imidlertid som noe overdrevne.

Rettens forståelse bygger på en ordlydstro og streng fortolkning, som også har bakgrunn i de generelle føringene fra forarbeidene. Nevnte hensyn leder ikke til et annet resultat. Spørsmålet har imidlertid vært noe tvilsomt. Det må ev. bli en lovgiveroppgave å avklare de uklarheter som lovgiver selv har foranlediget ved å unnta enkelte statlige selskap fra offentlighet i forarbeids form uten nærmere begrunnelse.

BKK AS er derfor omfattet av offentliglovas virkeområde.

4. Ad Fylkesmannen i Vestlands vedtak av 18.03.2020

Slik retten ser det har Fylkesmannen i vedtak av 18.03.2020 anlagt riktig perspektiv ved vurderingen, hvor en har tatt utgangspunkt i at det er BKK AS sin næringsvirksomhet som må vurderes opp mot vilkårene i lovens unntaksbestemmelse, og ikke konsernet som helhet.

Vurderingen foretas samlet, som langt på veg er et metodiskteknisk spørsmål. Det er klart at både vilkåret «direkte konkurranse» og «hovudsakleg» er vurdert. De uttalelser i forarbeidene, veilederen og hos Sivilombudsmannens som Fylkesmannen legger avgjørende vekt på er gjengitt, og svarer i hovedsak til det som retten finner avgjørende ved sin vurdering.

Fylkesmannen har på denne bakgrunn lagt til grunn samme strenge forståelse av vilkåret «direkte konkurranse» som retten har lagt til grunn, idet Fylkesmannen legger til grunn at BKK AS først og fremst har en intern rolle og derfor er utsatt for en for avledet konkurranse i forhold til lovens krav. Grad av integrasjon synes å være vurdert, men ikke ansett for å være utslagsgivende.

Det er riktignok en svakhet ved vedtaket at Fylkesmannen ikke uttrykkelig konstaterer BKK AS faktisk står i et direkte konkurranseforhold med private i forbindelse med eksternt tjenestesalg. Det samme gjelder virksomhet knyttet til oppkjøp, som ikke synes å være vurdert. Tjenestesalg ble uansett ikke funnet å være utslagsgivende i den samlede vurdering, som er en oppfatning retten deler. Dersom Fylkesmannen hadde vurdert de aktuelle oppkjøp som næringsvirksomhet som var utsatt for direkte konkurranse, ville vurderingen uansett ikke kunne blitt en annen fordi dette utgjør en begrenset del av den samlede virksomheten.

Uttalelsen i Fylkesmannens vedtak om at BKK AS står i direkte konkurranseforhold med andre morselskap og energikonsern i Norden, er derimot uriktig og fremstår som nokså uklar i forhold til den øvrige vurderingen. Slik retten oppfatter vedtaket dreier det seg her om at Fylkesmannen på dette punkt mener at vilkåret «private» uansett ikke er oppfylt. Retten er også uenig i dette, som redegjort for ovenfor.

De problematiske vilkårene i foreliggende sak er «hovudsakleg... i direkte» konkurranse. Slik retten oppfatter vedtaket synes fylkesmannen uansett synes å ha truffet en slik forutgående konklusjon om at BKK AS ikke «hovedsakelig driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse», før de mer uklare, avsluttende bemerkninger falt. Det siste temaet i vedtaket er derfor ikke avgjørende for utfallet.

Fylkesmannens konklusjon om at BKK AS er omfattet av offentleglovas virkeområde er etter dette truffet med rette. BKK AS og partshjelper Energi Norge gis derfor ikke medhold i at Fylkesmannen i Vestlands vedtak av 18.03.2020 er ugyldig.

5. Saksomkostninger

Saksomkostningsansvaret skal vurderes særskilt for hver part i forholdet til motparten, jfr. § 20-6 (1). Det samme gjelder ved partshjelpers ansvar, jfr. § 20-1 (3).

Staten har vunnet full ut, og skal ha sine saksomkostninger erstattet, jfr. tvl. § 20-2 (1) og (2), og BKK AS skal da etter hovedregelen dekke statens saksomkostninger.

Retten har vurdert om det er grunn til å fritta for omkostningsansvar fordi saken var tvilsom, jfr. § 20-2 (3), men har kommet til at det ikke foreligger tilstrekkelig tungtveiende grunner. Unntaket er heller ikke anført.

Staten har fremlagt en saksomkostningsoppgave på kr 66 700.

BKK AS fremla til sammenlikning en saksomkostningsoppgave på kr 245 887,50 ekskl. mva. og enkelte tilleggsutgifter. Det er opplyst at av dette gjelder fem sjettedeler BKK AS og en sjettedel Energi Norge. Ingen av partene eller partshjelper hadde merknader til de fremlagte oppgavene.

Retten er av den oppfatning at det arbeid som var nødvendig for å opplyse saken i hvert fall ikke kunne utføres for et lavere beløp enn kr 66 700, og at det er åpenbart at det fremlagte krav må dekkes i medhold av § 20-5 (1).

Retten er av den oppfatning at også partshjelper *Energi Norge* skal idømmes saksomkostningsansvar etter hovedregelen, jfr. § 20-2 (1) og (2). På samme måte som for BKK AS har retten vurdert å gjøre unntak fra slikt ansvar etter tredje ledd, men ikke funnet grunnlag for det. Det fremsatte krav er åpenbart å anses som de nødvendige kostnader ved saken. Retten fastsetter at Energi Norge skal være solidarisk ansvarlig for kravet. Det er ikke begjært innbyrdes fordeling.

Dommen er ikke avsagt innen lovens frist. Grunnen er stor arbeidsbyrde.

DOMSSLUTNING

1. Fylkesmannen i Vestlands vedtak av 18.03.2020 (ref. 2020/3091) er gyldig.
2. BKK AS og Energi Norge dømmes in solidum til å betale sakens omkostninger med kr 66 700 til Staten v/Kommunal- og Moderniseringsdepartementet, innen 2 – to – uker fra forkynnelse av denne dom.

Retten hevet

Ole-Bjørn Aase

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Dokument i samsvar med original
Ann Christin Stålem
saksbehandler

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 125 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 125 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.