



Gudbrandsdølen Dagingen
Postboks 954
2604 LILLEHAMMER

Deres referanse
Vår referanse 2012/4439-0 326.1 KBR
Saksbehandler Kristin Bruholt, tlf. 61 26 60 42
Avdeling Samordnings- og beredskapsstaben

Dato 22.11.2012

Vedtak i klagesak – krav om innsyn i postjournalene i Gudbrandsdal Energi AS - Klager: Gudbrandsdølen Dagingen

Vi viser til klagesak mottatt her 25. juni 2012.

Konklusjon

Etter en gjennomgang og vurdering av opplysningene i saken har vi kommet frem til at offentliglova ikke gjelder for Gudbrandsdal Energi AS. Det er ved avgjørelsen lagt til grunn at selskapet hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med - og på samme vilkår som - private.

Kort om sakens bakgrunn

Gudbrandsdølen Dagingen (GD) sendte 4. juni 2012 en e-post til Gudbrandsdal Energi AS (heretter kalt GE) hvor de ba om innsyn i selskapets postjournal. GD mener at selskapet omfattes av offentliglova og at avisa har rett til innsyn i postjournalene etter lovens § 3. GE besvarte e-posten 8. juni 2012. De svarte at henvendelsen kom til å bli behandlet i samråd med Eidefoss AS og de ba om litt tid til å behandle forespørselen og ta standpunkt til om de mener at selskapet er omfattet av offentliglova.

GD sendte saken til Fylkesmannen som klagesak 25. juni 2012. GD hadde da ikke fått noen ytterligere tilbakemelding fra GE og betraktet det som et avslag på begjæringen om innsyn.

Fylkesmannen sendte brev til GE 12. juli 2012 hvor vi ba om en redegjørelse for hvordan GE ser på selskapets forhold til offentliglova og hvordan de stilte seg til å gi innsyn i postjournalen. Fristen for tilbakemelding ble satt til 6. august 2012. Redegjørelse fra GE ble mottatt innen fristen. Selskapet mener at de ikke er underlagt offentliglova da selskapet hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private. Selskapet mener på denne bakgrunnen at GD ikke har rett til innsyn i deres postjournaler.

GD ble gitt anledning til å kommentere redegjørelsene fra GE og ga uttalelse i brev mottatt 20. august 2012. GD savner dokumentasjon på at GE driver sin totalvirksomhet i konkurranse med private – og at de gjør det på samme vilkår. GD mener videre at energiselskapet står i en særstilling da det driver en kombinasjon av nettvirksomhet, kraftproduksjon og kraftsalg. De opprettholder sin klage.

Fylkesmannen har til behandling to klagesaker som gjelder Gudbrandsdal Energi AS og AS Eidefoss og sakene behandles parallelt.

Fylkesmannen ser slik på saken

Etter offentliglova (ofl.) § 32 første ledd kan "avgjerdet etter denne lova" påklages til Fylkesmannen. "Avgjerdet" omfatter blant annet avslag på krav om innsyn med den begrunnelse at selskapet ikke faller inn under virkeområdet til loven. Det følger av lovkommentarene til bestemmelsen at

klageinstansen har kompetanse til å avgjøre om selskapet faller inn under loven med bindende virkning, jf. Gyldendal rettsdatas kommentarer til bestemmelsen i note 418.

Forholdet til offentleglova

GE eies av kommunene Nord-Fron, Sør-Fron, Ringebu og Øyer. Pr. 31. desember 2011 hadde selskapet 1400 aksjer. Nord-Fron kommune eier 401 aksjer. De andre kommunene har 333 aksjer hver. Selskapet er dermed fullt ut kommunalt eid og faller inn under lovens virkeområde, jf. ofl. § 2 første ledd bokstav c).

Spørsmålet i saken er om GE er omfattet av unntaket i lovens § 2 første ledd andre punktum. Her står det at bokstav c likevel ikke gjelder for: *“rettssubjekt som hovudsakleg driv i næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private”*.

Bakgrunnen for unntaksregelen er konkurranserelatert. Når man unntar slike rettssubjekter unngår man at de blir påført konkurranseulempes. Selv om offentleglova i liten grad bidrar til å eksponere dokumenter som det ut fra konkurransemessige betraktninger vil være uheldig at gjøres kjent, kan det ikke utelukkes at dette kan skje. Innsynsrett vil også kunne utgjøre en konkurransemessig ulempe i form av administrativt merarbeid.

I vilkåret om at selskapet *“hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private”*, ligger det for det første et krav om at selskapets hovedformål må være å drive næring. Altså et krav om at selskapet driver virksomhet med sikte på økonomisk fortjeneste.

GE opplyser i brev av 6. august 2012 at selskapet er delt inn i tre virksomhetsområdet; kraftproduksjon, sluttbrukersalg, inkl. konsesjonskraft og nettvirksomhet. Selskapet er et vertikalintegret selskap med avdelinger som har ansvar for de ulike virksomhetsområdene, det er altså ikke konsernorganisert med underliggende datterselskaper. Omsetningstall fra 2011 viser at omsetningen i hovedsak kommer fra salg av strøm inkl. konsesjonskraft. Pr. 31. desember 2011 hadde selskapet 78 190 kraftkunder og 84 ansatte. At GE *“hovudsakelig”* anses å drive næring er etter Fylkesmannens oppfatning derfor ikke tvilsomt.

Det avgjørende spørsmålet blir om selskapet driver i *“direkte konkurranse med og på same vilkår som private”*. Det er ikke nærmere fastsatt hvor stor del av virksomheten som må være konkurranseutsatt for at unntaksvilkåret skal gjelde, men det er klart at det kreves mer enn halvparten. Det kreves imidlertid ikke at hele eller nesten hele virksomheten er konkurranseutsatt. Det vises i denne forbindelse til Justisdepartementets «Rettleiar til offentleglova» pkt 3.3.2.

Hva som nærmere menes med *“direkte konkurranse”* er definert i forarbeidene til loven, se Ot.prp. nr. 102 (2004-2005) på side 116.

“Etter første ledd andre punktum gjeld lova likevel ikkje for eit sjølvstendig rettssubjekt som går inn under første ledd bokstav c eller d dersom rettssubjektet hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. Ein liknande regel var med i forslaget frå i utvalfleirtalet til § 2 første ledd bokstav b tredje punktum, sjå NOU 2003: 30 s. 252 og s. 254. Etter utvalfleirtalet sitt forslag skulle likevel vurderinga av om rettssubjektet var konkurranseutsett, skje i høve til dei ulike delane av verksemda, slik at berre dei delane som var utsett for direkte konkurranse frå private skulle vere unntekne. Etter departementet sitt forslag skal det ikkje skje noka slik vurdering av dei enkelte delane av verksemda, men det avgjerande er om verksemda sett under eitt hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med private. Dersom dette er tilfellet og verksemda også driv på same vilkår som private, vil heile verksemda falle utanom lova sjølv om mindre delar av verksemda ikkje er utsette for konkurranse. På den andre sida vil lova gjelde for heile verksemda sjølv om nokre delar av verksemda er konkurranseutsette så lenge verksemda ikkje hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med private.

Meininga med kravet om at rettssubjektet hovudsakleg må drive næringsverksemd i direkte konkurranse med private, er å vidareføre dei retningslinjene som er lagde til grunn ved vurderinga av konkurransemomentet i heilskapsvurderinga etter gjeldande rett. Vilkåret skal tolkast nokså strengt. Relevant konkurranse vil berre liggje føre dersom verksemda er utsett for konkurranse innanfor hovudmarknaden sin. [...] At verksemda må vere utsett for direkte konkurranse frå private, skal tolkast slik at konkurranse frå andre verksemdar som er omfatta av offentleglova, ikkje vil kunne føre til at lova ikkje gjeld. Grunngevinga for at konkurranse kan føre til at ei verksemd blir halden utanfor lova, er

omsynet til at verksemda skal ha same rammevilkår som konkurrentane. Dette omsynet slår ikkje til dersom også konkurrentane er omfatta av lova.”

Av forarbeidene fremgår det altså at det skal legges til grunn et snevert konkurransebegrep, og at indirekte konkurranse ikke vil være relevant. Det er et krav at selskapet må være utsatt for reell konkurranse innenfor virksomhetens hovedmarked. Det må være konkurranse om kundene til det produkt som GE handler med, altså strøm. Konkurransen må være fra private, altså fra andre tilbydere som ikke er omfattet av offentleglova.

GE viser i sitt brev av 6. august 2012 til at sett ut fra årsregnskap for 2009 til 2011 får den konkurranseutsatte virksomheten større og større tyngde. I selskapets årsregnskap for 2011 fremgår det at ca. 87 % av omsetningen kommer fra kraftproduksjon og sluttbrukersalg inkl. konsesjonskraft. De resterende 13 % knytter seg til nettvirksomhet, som er monopolbasert. Det er en rekke private aktører som tilbyr strøm, slik at forretningsområdet i seg selv innebærer konkurranse fra private. Basert på de opplysningene som er lagt frem for Fylkesmannen, kan vi ikke se at det foreligger forhold som tilsier at GE ikke er utsatt for denne konkurransen. Det foreligger for eksempel ikke opplysninger som tilsier at GEs oppgave i hovedsak er å selge strømmen til andre enn aktører på det private markedet, eller at GE er i en monopolsituasjon.

Når det gjelder markedsverdien knyttet til de ulike deler av virksomheten opplyser selskapet at i juni 2011 hadde kraftproduksjonen en verdi på 183 mill. kroner. Salg til sluttbrukere og kraftomsetning var på 260 mill. kroner. Nettvirksomheten ble satt til 185 mill. kroner. Den konkurranseutsatte delen av virksomheten består dermed av ca. 70 % av den samlede selskapsverdien.

GE opplyser at fordelingen av ansatte er på ca. 60 % på nett og 40 % på resten. Her er altså fordelingen slik at det er overvekt på den monopolbaserte virksomheten i selskapet.

Fylkesmannen har etter en helhetsvurdering kommet til at GE driver næringsvirksomhet i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private i lovens forstand. GE faller derfor utenfor offentleglovas virkeområde, jf. ofl. § 2 første ledd andre punktum.

Gudbrandsdalen Dagingen kan på bakgrunn av dette ikke kreve innsyn i Gudbrandsdal Energi AS sine postjournaler etter offentleglova.

Vedtak

Fylkesmannen finner at Gudbrandsdal Energi AS innenfor sitt hovedmarked driver i direkte konkurranse med, og på samme vilkår som, private aktører. Gudbrandsdal Energi AS er etter dette ikke omfattet av offentleglovas bestemmelser, jf. ofl. § 2 første ledd andre punktum. Gudbrandsdalen Dagingen kan ikke kreve innsyn i selskapets postjournaler med hjemmel i offentleglova.

Asbjørn Lund e.f.
stabssjef

Kristin Bruholt
førstekonsulent

Etter våre rutiner er dette brevet godkjent og sendt uten underskrift.

Kopi til:
Gudbrandsdal Energi AS v/adm.dir. Bjarne Slaggard Strandgata 2640 VINSTRA