

ARNTZEN DEBESCHE



VÅR KLIENT BKK AS MED FULL SEIER I ANKESAK OM OFFENTLEGLOVAS VIRKEOMRÅDE

Gulating lagmannsrett avsa 6. september 2021 dom i ankesaken mellom BKK AS og staten ved Kommunal- og moderniseringsdepartementet om virkeområdet for offentleglova.

Lagmannsrettens dom innebærer at BKK AS ikke er omfattet av offentleglova.

Det avgjørende spørsmålet i saken var om BKK AS som et morselskap i et integrert energikonsern «hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private», jf. offentleglova § 2 første ledd annet punktum. Lagmannsretten tar det rettslige utgangspunktet at en konsernstruktur ikke er til hinder for at konsernspissen kan være unntatt offentleglovas virkeområde. Lagmannsretten la til grunn at BKK AS i stor og avgjørende utstrekning tar del i datterselskapenes operasjonelle virksomhet og derfor var i direkte konkurranse med private.

AdeB bistod BKK AS i saken for Gulating lagmannsrett. Dommen er ikke rettskraftig.

9. september 2021

SAKENS BAKGRUNN

NRK begjærte i januar 2020 innsyn hos morselskapet BKK AS, og flere datterselskaper i BKK-konsernet. BKK AS avsto innsynsbegjæringen for morselskapets vedkommende. I klagesaken kom Fylkesmannen i Vestland til at BKK AS var omfattet av offentleglovas virkeområde. BKK AS brakte Fylkesmannens vedtak inn for Bergen tingrett med påstand om at det var ugyldig. Tingretten avsa 23. november 2020 dom for at Fylkesmannens vedtak var gyldig. BKK AS anket til Gulating lagmannsrett, som nå har gitt BKK AS fullt medhold. Staten var motpart i saken, fordi rettssaken gjaldt gyldigheten av et forvaltningsvedtak.

BKK AS og staten var uenige om bevisbedømmelsen, nærmere bestemt om konsernspissen drev eierstyring eller direkte konkurranseutsatt næringsvirksomhet. Partene var også uenige om utgangspunktet for anvendelsen av lovens formulering «direkte konkurranse».

BKK Nett AS, som driver nettvirksomheten, var ikke en del av saken. Det at offentleglova gjelder for nettselskapet har vært klart lenge, og aldri bestridt.

LAGMANNSRETTENS VURDERING

Etter å ha blitt seg presentert dokumentbevis samt hørt parts- og vitneforklaringer fra ansatte i BKK-konsernet, kom lagmannsretten til at BKK AS driver omfattende operasjonell virksomhet. Dette begrunnet lagmannsretten med at morselskapet BKK AS skaffer all ekstern finansiering til konsernets mange aktiviteter og at morselskapet er involvert i mye av den daglige virksomheten i datterselskapene. Lagmannsretten trekker frem at morselskapet BKK AS - gjennom konsernledergruppen - i stor og avgjørende utstrekning tar del i datterselskapenes markedsmessige og strategiske arbeide både operasjonelt og finansielt. Morselskapet treffer investeringsbeslutninger og ivaretar fellesfunksjoner som skatt, lønn, regnskap, felles HMS-arbeid og leveranse av IT-tjenester internt. Videre legger lagmannsretten til grunn at BKK AS driver en aktiv innovasjons- og utviklingsaktivitet for utvikling av nye konsepter innenfor «det grønne skiftet» og morgendagens energimarked. Lagmannsretten vektlegger også at det er morselskapet som har regien på alle fusjoner og oppkjøp. I dommen har lagmannsretten oppsummert bevisvurderingen på følgende måte:

«Oppsummert finner lagmannsretten det bevist at den konkurranse BKK-konsernet (nettvirksomheten unntatt) driver overfor det private næringsliv – det gjelder både etablert virksomhet og fremtidige satsningsområder - ikke kan sees eller vurderes uavhengig av BKK som morselskap.»
(dommen s. 10-11)

For sitt rettslige utgangspunkt påpeker lagmannsretten fraværet av relevant rettspraksis før retten etter en gjennomgang av lovens forarbeider konkluderer med at en konsernstruktur ikke er til hinder for at konsernspissen kan være unntatt offentleglovas virkeområde. Som begrunnelse peker retten på at offentleglovas formålsbestemmelse tar sikte på å legge til rette for offentlighet og innsyn i tradisjonell forvaltningsvirksomhet. Det var et sentralt element i eierskapspolitikken til Bondevik I-regjeringen at det skulle skilles mellom forvaltningsvirksomhet og forretningsvirksomhet, og at offentlig forretningsvirksomhet skulle kunne drives mest mulig likt tilsvarende privat virksomhet, uten den konkurranseulempen offentlighet og innsyn vil være. Lagmannsretten mener uttalelser i Ot.prp. nr.102 (2004-2005) gir grunnlag for den slutning at konsernstrukturen som sådan ikke er til hinder for at offentlig eid virksomhet som er i direkte konkurranse med private, kan unntas offentleglovas virkeområde.

Med dette faktiske og rettslige utgangspunktet går lagmannsretten videre og foretar en konkret helhetsvurdering, og konkluderer slik:

«BKK har utover sitt offentlige eierskap ingen markedsmessige fordeler i forhold til sine konkurrenter. Lagmannsretten kan ikke se at vilkåret «direkte» oppstiller et formalistisk krav om at BKK må stå som direkte kontraktspart overfor kunder for å falle inn under unntaksbestemmelsen. Det sentrale for lagmannsretten er at BKK er en aktiv operasjonell deltaker i hele konsernets virksomhet.

Samlet vurdert, og med vekt på lovens formål og de uttalelser fra lovforarbeidene som er omtalt over, er lagmannsretten etter dette av den oppfatning at den drift som foregår i BKK faller inn under unntaksbestemmelsen [...] i offl. § 2, første ledd annet punktum og at offentleglova ikke gjelder for BKK.» (dommen s. 14)

Konklusjonen fra en enstemmig lagmannsrett var at Fylkesmannens vedtak var ugyldig så langt vedtaket legger til grunn at BKK AS omfattes av offentleglova. BKK AS vant frem med sin anke og ble tilkjent fulle sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.