



GULATING LAGMANNSRETT

DOM

Avsagt: 06.09.2021

Saksnr.: 21-012831ASD-GULA/AVD2

Dommere:

Lagdommer
Lagdommer
Ekstraordinær
lagdommer

Knut Harald Braathen
Grethe Strandborg
Rannveig Sjøvoll

Ankende part

Bkk AS

Advokat Berit Svensli
Solseth
Advokat Håvard
Kristoffer Sandnes

Ankemotpart

Kommunal og
Moderniseringsdepartemen
tet

Advokat Asgeir Nygård

DOM

Saken gjelder gyldigheten av vedtak truffet av Fylkesmannen i Vestland 18. mars 2020.

Spørsmålet er om BKK AS omfattes av offentleglova (offl.) eller om lovens unntaksbestemmelse for selskap som hovedsakelig driver næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private, får anvendelse, jf. offl. § 2, første ledd annet pkt.

Bakgrunn for saken var at NRK Nyhetsdivisjonen den 30. januar 2020 begjærte innsyn hos BKK AS – som er morselskap i konsern – og flere datterselskaper i konsernet.

Det gjengis fra vedtaket det punkt som er tvistegjenstand i saken her:

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

BKK AS, med Energi Norge som (den gang) partshjelper, brakte vedtaket inn for Bergen tingrett som 23. november 2020 avsa dom med slik 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.

BKK AS (BKK) har rettidig anket dommen til lagmannsretten. Det er gjort gjeldende at det foreligger feil ved både tingrettens bevisvurdering og lovanvendelse.

Staten ved Kommunal- og Moderniseringsdepartementet (Staten) har gitt tilsvaret. Det er gjort gjeldende at Bergen tingretts dom er korrekt både med tanke på bevis- og rettsanvendelse.

Ankeforhandling ble holdt i lagmannsrettens lokaler i Bergen 26. og 27. august 2020. Som prosessfullmektig for BKK møtte advokat Sandnes med advokat Solseth som rettslig medhjelper. For BKK møtte Runde Indrøy som partsrepresentant med fullmakt. For Staten møtte som prosessfullmektig Regjeringsadvokaten v/advokat Nygård. For Staten fulgte Ove Midtbø forhandlingen.

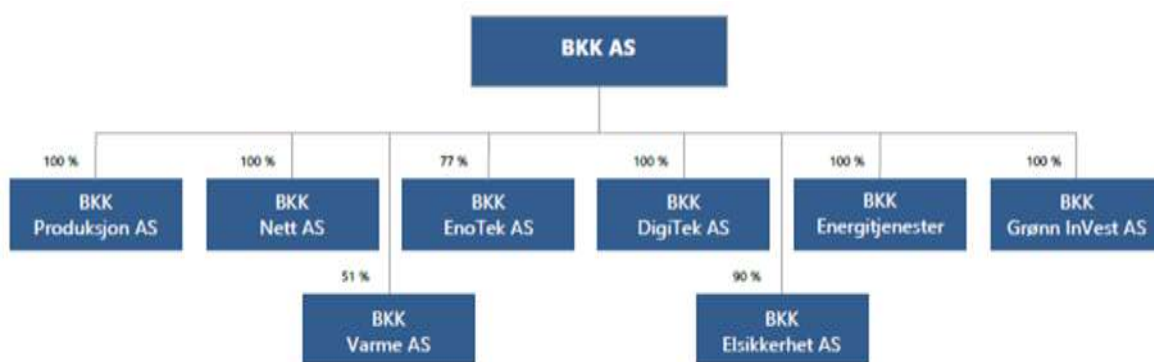
Rune Indrøy ga partsforklaring og det ble i tillegg hørt fire vitner. Midtbø ga ikke forklaring. Det ble ellers foretatt slik dokumentasjon som følger av elektronisk faktisk utdrag vedlagt rettsboken.

Sakens bakgrunn:

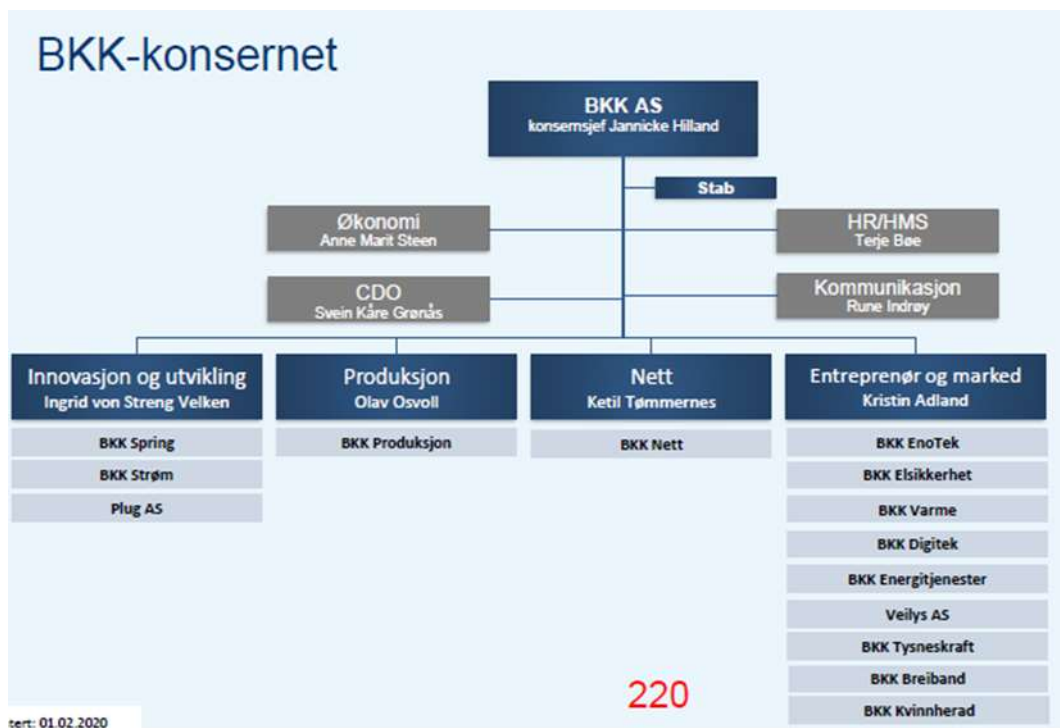
Tingrettens oppsummering av sakens bakgrunn (dommen s 1-3) er i utgangspunktet ikke bestridt av partene og legges til grunn av lagmannsretten. Tingretten beskriver sakens bakgrunn slik:

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 strømnnett.

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 Grønn InVest.

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 avslo 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 Varmer 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 skjeme 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»

Sitat slutt.

Ankende parts påstandsgrunnlag for lagmannsretten:

Oppsummert anføres at tingretten tar feil både hva angår bevisbedømmelse og rettanvendelse og at det resultatet tingretten kommer til derfor er feil.

Bevisbedømmelsen:

Tingretten tar feil faktisk utgangspunkt når det på side 29 i dommen legges til grunn at BKK først og fremst er eier som «i det vesentlige utøver suveren, intern eieraktivitet og mottar utbytte fra andre selskapers konkurranseutsatte virksomhet». Dette er en medvirkende årsak til at rettens konklusjon om at BKK ikke «hovudsakleg» driver næringsvirksomhet i «direkte konkurranse» med private blir feil.

Hva som etter offl. § 2 første ledd utgjør «direkte konkurranse», beror på en konkret vurdering. BKK-konsernet er en vertikalt integrert virksomhet etter energiloven § 1-3 tredje ledd, der energilovens krav til selskapsmessig skille (energiloven § 4-6) og

funksjonelt skille (energiloven § 4-7) er oppfylt. BKK-konsernet utgjør én verdikjede, med tett operativ integrasjon mellom BKK og alle andre datterselskaper enn BKK Nett AS. Virksomheten i BKK som konsernspiss, er en absolutt forutsetning for datterselskapenes produksjon og konkurranseevne. Konsernet er operasjonelt fullintegrert hvor juridisk organisering er uten betydning for den strategiske, taktiske og operasjonelle styringen.

Vitneførsel og nye dokumentbevis for lagmannsretten vil gi en innføring i den strategiske begrunnelsen for BKK-konsernets organisering, og BKKs ca. 190 ansattes direkte deltakelse i virksomheten til datterselskapene som ikke er omfattet av offentleglova.

Rettsanvendelsen:

Tingrettens rettsanvendelse er feil når den konkluderer med at morselskapet i et vertikalt integrert kraftkonsern, organisert for å møte konkurransen i et marked bestående av mange kommersielle aktører i hele verdikjeden, ikke er i «direkte konkurranse» med private. Tingretten tar utgangspunkt i en feilaktig og for snever forståelse av hva som utgjør «direkte konkurranse». Tingretten synes å legge til grunn at med mindre BKK står som kontraktspart med kunde og/eller produserer varen/tjenesten selv, så kan ikke BKK stå i et direkte konkurranseforhold. Dette er feil rettslig utgangspunkt. I totalvurderingen ignorerer tingretten en rekke sentrale konkurranseparametre som er helt avgjørende for konsernets konkurransekraft.

For sitt rettslige utgangspunkt unnlater Bergen tingrett å legge vekt på relevante uttalelser i lovens forarbeider. Forarbeidene viser til at Telenor ASA ikke vil bli omfattet av loven på grunn av unntaket for selskaper som driver i direkte konkurranse med private. Telenor ASA og konsernets organisering har mangt til felles med BKK og BKK-konsernet. Tilsvarende gjelder uttalelser i forbindelse med vedtakelsen av offentligforskrifta om Statkraft SF. Bergen tingretts desavuering av forarbeidene til lov og forskrift er feil rettskildebruk.

Tingrettens drøftelse av betydningen av formålet med unntaksbestemmelsen i offl. § 2 første ledd, for tolkningen av begrepet «direkte konkurranse», er svak. BKK er uenig med tingretten når den konkluderer med at «de overordnede formålsbetraktningene fra lov og forarbeider samlet sett [ikke] trekker i en bestemt retning ved tolkningen».

Tingrettens gjennomgang av forvaltningspraksis som rettskilde er ubalansert, og kilden synes generelt å være tillagt for stor vekt når tingretten konkluderer.

Det er uklart hvilken terskel tingretten tar utgangspunkt i for vurderingen av hvor stor andel av BKKs virksomhet som er utsatt for direkte konkurranse jf. lovtekstens bruk av ordet «hovudsakleg». En språklig forståelse av ordet er at mer enn halvparten av virksomheten må være utsatt for «direkte konkurranse». Her synes tingretten å trå feil ved at forarbeidsuttalelser knyttet til «direkte konkurranse» trekkes til inntekt for at ordet «hovudsakleg» gir anvisning på noe klart mer enn halvparten.

Feilen får betydning for Bergen tingretts konklusjon fordi tingretten, som påpekt over, tar feil utgangspunkt med hensyn til hva som utgjør «direkte konkurranse».

BKK mener den delen av selskapets virksomhet som utsettes for «direkte konkurranse», er den hovedsakelige og denne utgjør 80-90 % av virksomheten selskapet faktisk driver med.

Ankende parts påstand:

1. Fylkesmannen i Vestland sitt vedtak av 18. mars 2020 er ugyldig så langt vedtaket legger til grunn at BKK AS er omfattet av offentleglova sitt virkeområde.
2. Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet dømmes til å erstatte BKK AS sine sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Ankemotpartens påstandsgrunnlag for lagmannsretten:

Staten anfører at Bergen tingretts dom er korrekt, både hva angår bevisbedømmelse, rettsanvendelse og resultat.

Sakens tvistepunkt er om BKK AS omfattes av virkeområdet til offentleglova, jf. lovens § 2. Det er ikke omstridt at BKK AS faller inn under § 2 første ledd bokstav c. I § 2 første ledd andre punktum er det gjort unntak for «rettssubjekt som hovedsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private».

Fylkesmannen i Vestland og tingretten har lagt til grunn at unntaket ikke kommer til anvendelse og at BKK AS dermed er omfattet av offentleglova etter hovedregelen i § 2 første ledd bokstav c. Staten slutter seg til tingrettens dom både i resultat og begrunnelse.

Vurderingen av om unntaket i offentleglova § 2 første ledd andre setning kommer til anvendelse, må gjøres med utgangspunkt i det enkelte «rettssubjekt» sin virksomhet. I et konsern som består av flere aksjeselskaper, er det virksomheten i hvert enkelt aksjeselskap, og ikke konsernets samlede virksomhet, som må vurderes for å avgjøre om det kan gjøres unntak fra lovens hovedregel.

Som morselskap i konsernet står BKK AS for overordnet styring og ledelse av konsernets samlede virksomhet. I tillegg leverer BKK AS konserntjenester til datterselskapene og tilknyttede selskaper. BKK AS ivaretar ved dette konsernets behov for fellestjenester knyttet til blant annet eiendom, IT, regnskap, fakturering, innkjøp, organisasjon og finans. Konsernet omfatter både datterselskaper som driver konkurranseutsatt virksomhet og datterselskap som ikke gjør det (f.eks. nettvirksomhet).

Det er imidlertid datterselskapene, og ikke BKK AS, som selger konsernets produkter og tjenester i markedet.

I den konkrete vurderingen av om BKK AS «hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private», vil staten vise til at den delen av virksomheten som består i å yte konserninterne tjenester til datterselskapene, ikke ytes i direkte konkurranse med private. Når det gjelder styringen og ledelsen av datterselskapene, er en del av denne aktiviteten rettet mot datterselskaper som ikke driver i konkurranse med private aktører (32 % av datterselskapenes driftsinntekter i 2018). Det antas at partene er enige om at denne delen av virksomheten uansett ikke drives i konkurranse med private aktører.

Når det videre gjelder BKK AS sin styring og ledelse av datterselskaper som driver konkurranseutsatt virksomhet, er heller ikke dette etter statens syn en aktivitet som omfattes av unntaksbestemmelsen i offentleglova. Unntaket forutsetter at det foreligger direkte konkurranse basert på et snevert konkurransebegrep. Det følger av uttalelser i forarbeidene at unntaket skal tolkes nokså strengt. Det er BKK AS sine datterselskaper som selger produkter og tjenester i markedet og som således er utsatt for direkte konkurranse fra private. Den konkurransen som BKK AS er utsatt for gjennom sin eierposisjon og styring og ledelse av konsernets virksomhet, er avledet av datterselskapenes virksomhet og ingen slik direkte konkurranse som unntaket forutsetter.

Staten er enig med tingretten i at i den grad BKK AS leverer tjenester til eksterne/uavhengige selskaper på markedsmessige vilkår, samt driver aktivitet knyttet til oppkjøp av selskaper, er dette aktivitet som i utgangspunktet skjer i direkte konkurranse med private. Da dette bare utgjør en liten andel av BKK AS sin samlede virksomhet, driver BKK AS ikke «hovudsakleg» næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private, og unntaket i offentleglova kommer da ikke til anvendelse.

Staten vil også presisere at offentlig eide selskaper som er omfattet av offentleglova, ikke vil være pliktig til å gi innsyn i alle dokumenter som angår selskapets næringsmessige virksomhet. Det er blant annet gitt egne bestemmelser om taushetsplikt for næringsopplysninger som det vil være av «konkurransemessig betydning å hemmeligholde» i forvaltningsloven § 13 første ledd nr.2. Offentleglova § 13 første ledd gir hjemmel for å unnta slike opplysninger fra innsyn. Det er i tillegg en forskriftshjemmel i offentleglova § 2 tredje ledd som gir adgang til å fastsette nærmere regler for rettssubjekter som BKK AS dersom det anses nødvendig av bl.a. hensynet til virksomhetens art og konkurransesituasjonen.

For øvrig viser staten til tingrettens grundige dom som staten slutter seg til.

Som det fremgår over, gir unntaksregelen i offentleglova § 2 første ledd andre punktum anvisning på en utpreget konkret vurdering av konkurransesituasjonen til det enkelte rettssubjekt.

Som påpekt i Lovavdelingens brev 1. juli 2014 (14/3004) innebærer dette vurderingstemaet at forskjeller i oppgavetilfang og organisering kan medføre at resultatet blir ulikt for to ellers relativt like selskap. Oslo tingrett har på bakgrunn av en slik konkret vurdering i en dom 26. februar 2021 konkludert med at unntaket kom til anvendelse for TrønderEnergi AS. Dommen ble etter en helhetsvurdering ikke anket. Det ble blant annet lagt vekt på at det gjennom vår sak, som allerede var anket inn til lagmannsretten, ville komme en rettsavklaring fra høyere rettsinstans.

Etter statens syn har Oslo tingretts dom svært begrenset overføringsverdi til vår sak, både på grunn av den generelle rettskildemessige betydningen av én tingrettsdom og uansett fordi faktum er ulikt på vesentlige punkter. Til det siste vil staten blant annet peke på at TrønderEnergi AS kun hadde 2 ansatte og ingen egen organisasjon, at selskapet ikke leverte konserninterne tjenester til øvrige konsernselskaper slik BKK gjør og at TrønderEnergi-konsernet drev utelukkende kommersiell virksomhet i konkurranse med private, i motsetning til BKK-konsernet der 32 % av datterselskapenes driftsinntekter i 2018 var i datterselskaper som ikke driver i konkurranse med private aktører.

Ankemotpartens påstand:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Kommunal og moderniseringsdepartementet tilkjennes sakskostnader for lagmannsretten.

Lagmannsretten skal bemerke:

Lagmannsretten har i saken full prøvelsesrett i forhold til Fylkesmannens vedtak. Det er de faktiske og rettslige forhold på vedtakstidspunktet som skal ligge til grunn også for lagmannsrettens prøving. Det er ikke omstridt mellom partene at BKK grunnet sine eiere i utgangpunktet faller inn under offl. § 2, første ledd, litra c). Den sentrale problemstilling saken reiser er om BKK er unntatt offl. virkeområde etter unntaksbestemmelsen i lovens § 2. første ledd annet punktum som lyder:

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

Før retten går nærmere inn på tolkningen av unntaksbestemmelsen er det etter bevisførselen for lagmannsretten behov for å redegjøre noe nærmere for BKK og den virksomhet selskapet driver.

Gjennom dokumentbevis, partsforklaring og vitnebevis legger lagmannsretten til grunn at BKK driver omfattende operasjonell virksomhet overfor sine datterselskaper og går nærmere inn på dette nedenfor.

Lagmannsretten vil her særlig fremheve at det er BKK som skaffer alle eksternt finansiering til konsernets mange aktiviteter (herunder ved å oppta obligasjonslån notert på Oslo Børs). Lagmannsretten legger videre til grunn at BKK er omfattende involvert i en rekke av datterselskapenes daglige virksomhet blant annet i forbindelse med direkte finansiering (både i forbindelse med kapitalisering av datterselskapene, men også ved enhver investering av en viss størrelse i forbindelse med drift), skatt, lønn og regnskap, samt felles HMS – arbeid (som lagmannsretten finner omfattende) og andre spørsmål som for eksempel valg av forretningssted (kontorlokaler). BKK forestår også leveranse av IT-tjenester internt og til selskapet Fjordkraft – selv om den sistnevnte aktiviteten er under nedarbeidelse.

Videre er det for lagmannsretten ført bevis for at BKK har en svært aktiv innovasjons- og utviklingsaktivitet med tanke på å stadig utvikle nye konsepter innenfor «det grønne skiftet» - eller energimarkedet. Denne innovasjons- og utviklingsaktiviteten er, slik lagmannsretten ser det, i stor grad konkurranseutsatt sett i forhold til det private næringsliv.

Det er også BKK som i den forbindelse forestår hele konsernets aktivitet i forhold til fusjoner og oppkjøp.

Videre finner lagmannsretten etter bevisførselen at BKK gjennom sin konsernledergruppe i stor og avgjørende utstrekning tar direkte del i datterselskapene markedsmessige og strategiske arbeid- både operasjonelt og finansielt. Lagmannsretten vil her særlig vise til den omfattende bruk av Konsernledermøter som finner sted en gang i uken og som behandler så mange saker (som også gjelder datterselskapene) at varigheten som regel strekker seg over en arbeidsdag.

Direkte i tilknytning til avsnittet over vil lagmannsretten også fremheve at BKKs fullmakts-matrise viser at datterselskapene utover den aktivitet som foregår i henhold til Konsernledermøtene må forholde seg til BKK ved alle investeringsbeslutninger av nevneverdig betydning. Datterselskapene har begrenset finansiell partsautonomi.

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. Dette standpunktet utdypes nærmere nedenfor under drøftelsen av subsumsjonen.

Lagmannsretten tar videre som ubestridt utgangspunkt at det – i forhold til det private næringsliv – av flere årsaker er konkurransetyngende (eller en konkurranseulempe) å være underlagt offl. Foranlediget av statens prosedyre vil lagmannsretten bemerke at med det som utgangspunkt, kan det ikke påvirke tolkningen av om et rettssubjekt er eller ikke er omfattet av loven, at loven har en rekke unntak fra hovedregelen om innsynsrett.

Etter dette går lagmannsretten over til å se på anvendelsen av unntaksbestemmelsen i offl. § 2, første ledd, annet pkt. som gjengitt over, og om denne kommer til anvendelse på BKK.

Partene er for lagmannsretten enige om at BKK Nett AS er omfattet av offl. Videre er det enighet om at ingen av de øvrige datterselskaper i konsernet er omfattet av offl. Datterselskapene er unntatt i henhold til offl. § 2 første ledd annet pkt. Det er også enighet om at hvert rettssubjekt skal vurderes selvstendig – ikke konsernet som helhet. Det er også enighet om at BKK driver «næring» i offl. forstand og at denne drives «på like vilkår som private».

Uenigheten for lagmannsretten gjelder både bevisbedømmelse og rettsanvendelse knyttet til om vilkårene i offl. § 2, første ledd annet pkt. «hovudsaklig» driver næring «i direkte konkurranse med» er oppfylt.

Innledningsvis bemerker retten at det så langt det er opplyst under ankeforhandlingen ikke foreligger Høyesterettspraksis som trekker opp retningslinjer for anvendelsesområdet for bestemmelsen. Det er sparsomt med underrettspraksis, og det foreligger heller ikke fast og ensartet forvaltningspraksis som lagmannsretten mener kan ha rettskildemessig vekt.

Lagmannsretten tar da utgangspunkt i offentleglovens formål og legger til grunn at ved vedtakelse av ny offentleglov ble lovens virkeområde i utgangspunktet utvidet.

Formålsparagrafen i loven lyder i § 1:

Formålet med lova er å leggje til rette for at offentleg verksemd er open og gjennomsiiktig, for slik å styrkje informasjons- og ytringsfridommen, den demokratiske deltakinga, rettstryggleiken for den enkelte, tilliten til det offentlege og kontrollen frå ålmenta. Lova skal òg leggje til rette for vidarebruk av offentleg informasjon.

Lagmannsretten vil peke på at formålsparagrafen fokuserer på «offentleg verksemd». Det er nærliggende å tolke formålsbestemmelsen slik at den sikter mot tradisjonell forvaltningsvirksomhet (med den myndighetsutøvelse det innebærer), og bare i mer

begrenset utstrekning tar sikte på å begrense konkurranseutsatt kommersiell virksomhet basert på offentlig eierskap. Det kan likevel tenkes tilfelle hvor de tradisjonelle begrunnelser for offentlighet vil veie tyngre enn hensynet til fri konkurranse.

Ved avgrensingen synes lovgiver klar over at en rekke offentlige eiere driver alminnelig næringsvirksomhet i direkte konkurranse med det private næringsliv, og det fremkommer etter lagmannsrettens vurdering av lovens forarbeider at lovgiver så behovet for at slik næringsvirksomhet måtte ha mulighet for like vilkår som det private næringsliv i den forbindelse. Det var derfor behov for en unntaksbestemmelse – dog avhengig av at en del vilkår var oppfylt for at unntaket skulle få anvendelse.

Lagmannsretten finner det for den videre drøftelse hensiktsmessig å referere en del sentrale forarbeidsuttalelser i tilknytning til begrunnelsen for unntaksbestemmelsen i offl. § 1, første ledd, annet pkt.

I ot.prp. nr. 102 «2004-2005) på s 116 heter det:

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 utvalsfleirtalet 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 unnatekne. Etter departementet sitt forslag skal det ikkje skje noka slik vurdering av dei enkelte delane av verksemda, men det avgjerande er om verksemda sedd 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. 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. At verksemda må vere utsett for direkte konkurranse frå private, skal tolkast slik at konkurranse frå andre verksemder 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.

Sjølvs om eit sjølvstendig rettssubjekt hovudsakleg driv næringsverksemd i direkte konkurranse med private, vil verksemda jamvel vere omfatta av lova når verksemda ikkje blir driven på same vilkår som private. Noko slikt vilkår var ikkje med i utvalsfleirtalet sitt forslag. Dette vilkåret inneber at lova vil gjelde for rettssubjekt som det offentlege har gitt fordelar, f.eks. i form av subsidiar, eller på andre måtar har sikra rettssubjektet inntekter som konkurrentane ikkje har, sjølv om verksemda er utsett for konkurranse frå private. I røynda er dette vilkåret berre ei presisering av konkurransevilkåret fordi ein kan sjå det slik at det ikkje ligg føre nokon verkeleg konkurranse mellom aktørar som ikkje opererer på same vilkår. Dersom ei verksemd uavhengig av konkurranse i hovudsak er sikra inntekter gjennom subsidiar eller andre fordelar som er fastsette av det offentlege, vil heller ikkje grunnane som vanlegvis tilseier at konkurranseelementet bør føre til at ei verksemd haldast utanom lova, gjere seg gjeldande.

At offentlig eid virksomhet skal ha mulighet for å drive konkurranse på samme vilkår som private konkurrenter finner lagmannsretten ikke tvilsomt. BKK har ingen konkurransefortrinn hjemlet i offentlig myndighet.

I lovforarbeidene er det, slik lagmannsretten vurderer det, uttalelser som ikke kan leses annerledes enn at den konkrete konsernstruktur ikke skal tillegges en for «formalistisk», men en funksjonell vurdering når anvendelse av unntaksbestemmelsen i offl. § 2, første ledd annet pkt skal vurderes – med det aksepterte utgangspunkt at det ikke er konsernet som sådan, men det enkelte selskap som er gjenstand for vurdering.

Her viser lagmannsretten til Ot. Prp. Nr. 102 (2004-2005) s. 35:

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 offentlig forretningsverksemd skal kunne drivast mest mogleg likt tilsvarende privat verksemd. For å ivareta dette er det nødvendig å halde offentlig 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

Slik saken er opplyst for lagmannsretten er Statoil ASA et utpreget operasjonelt selskap, mens Telenor ASA på den annen side er et mer utpreget tradisjonelt holding-selskap. I LG-2019-137886-2 («Telenor-dommen») gis innenfor konkurranserettens område en nærmere redegjørelse for Telenor ASA, Telenor-konsernet og en del av Telenor ASA sine datterselskaper og den virksomhet som drives i disse.

Med disse utgangspunkter er spørsmålet for lagmannsretten om BKK – som konsernspiss – driver en virksomhet hvor unntak i henhold til offl. § 2, første ledd annet punktum ikke er tilstrekkelig begrunnet.

Lagmannsretten viser i så henseende til den bevisvurdering det er redegjort for over.

Når BKK så aktivt, operasjonelt og innovativt arbeider for å bidra til det «grønne skiftet» - både med tanke på aktiv involvering og styring med den virksomhet datterselskapene allerede driver, men også med tanke på å innovere, utvikle, kapitalisere og realisere nye prosjekter og satsningsområder taler dette med tyngde for at BKK driver konkurranse direkte mot private aktører.

Dertil kommer at BKK forestår all finansiering til sine datterselskaper, og derved skaffer disse gunstigere finansieringsvilkår enn om hvert datterselskap skulle sørget for dette for eget vedkommende. Videre er BKK sentral og aktiv i forbindelse med fusjoner og oppkjøp. BKK involverer seg også i hele verdikjedens HMS-arbeid, konsernverdier på det etiske plan og tar direkte (gjennom sin aktive konsern-ledelse) del i en rekke beslutninger for det enkelte datterselskap.

Etter lagmannsrettens syn kan man ikke isolere tolkningen av konkurranse-begrepet til bare å gjelde selve salget av varer og tjenester i et konkurrerende marked.

Ved vurderingen av hva som er direkte konkurranse i lovens forstand må det foretas en bredere helhetsvurdering.

Lagmannsretten mener samtlige av de momenter som er listet opp i avsnittene over inngår som elementer i de produkter og tjenester konsernet til slutt tilbyr i markedet i direkte konkurranse med private tilbydere og innovatører.

Lagmannsretten kan for sitt vedkommende ikke se at BKK isolert vurdert, og bortsett fra nett-virksomheten, driver annen virksomhet enn konkurrerende i det samlede energi-markedet – både slik det er i dag og slik man forventer at det vil utvikle seg. Denne vurderingen er også i overenstemmelse med BKK sitt vedtektsfestede formål:

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.

Uten at det har betydning for lagmannsrettens konklusjon skal det bemerkes at de offentligrettslige hensyn som bærer formålsbestemmelsen i offl. § 1 ikke passer for BKKs virksomhet. Utgangspunktet om at hvert rettssubjekt skal vurderes for seg, endrer ikke lagmannsrettens syn på dette. Lagmannsrettens vurdering er at BKK – også isolert sett – hovedsakelig driver i direkte konkurranse med private aktører innenfor energimarkedet.

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 offentliglova ikke gjelder for BKK.

Lagmannsretten finner etter dette at Fylkesmannens vedtak er ugyldig så langt det er påstått.

Anken fører etter dette frem.

Sakskostnader

Anken har i sin helhet ført frem og BKK skal etter tvisteloven § 20-2 (1) tilkjennes full erstatning for sine sakskostnader fra staten. Lagmannsretten har vurdert anvendelse av unntaksbestemmelsene i tvisteloven § 20-2 (3), men finner ikke grunn til å anvende disse. Ingen av partene har påberopt seg unntaksbestemmelsene på subsidiært grunnlag.

BKK leverte ved ankeforhandlingens avslutning sakskostnadsoppgave i overensstemmelse med lovens krav og har innen rettens frist inngitt supplerende krav relatert til reise, opphold mv. Staten har ikke hatt innsigelser mot sakskostnadsoppgaven eller elementer i den. Det er krevet 378 200 kroner i salær og 7 266 kroner til dekning av utgifter – begge beløp eks mva. BKK har fradragsrett for mva. Lagmannsretten finner kostnadene nødvendige og i overensstemmelse med tvisteloven § 20-5 (1) første og annet punktum. Til sammen tilkjennes 385 466 kroner – i tillegg kommer rettsgebyr for lagmannsretten.

BKK har også krevet at lagmannsretten tilkjenner sakskostnader for tingretten. Ved vurderingen av kostnadskrav for førsteinstansen bygger lagmannsretten på regelen i tvisteloven § 20-9 (2). For førsteinstansen krevet BKK 245 887,50 kroner i salær og (samlet) 11 658 kroner til dekning av utgifter – begge beløp eks mva. Det fremgår av salæroppgaven for tingretten at 5/6 av salær og utgifter refererte seg til BKK og 1/6 til Energi Norge. Lagmannsretten gjør derfor en reduksjon på 1/6 i det totale beløp som tilkjennes. Til sammen tilkjennes sakskostnader for tingretten med 214 621 kroner.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1.

Fylkesmannen i Vestland sitt vedtak av 18. mars 2020 er ugyldig så langt vedtaket legger til grunn at BKK AS er omfattet av offentleglova sitt virkeområde.

2.

Staten v/Kommunal- og moderniseringsdepartementet dømmes til å erstatte BKK AS sine sakskostnader for tingretten med 214 621 – tohundreogfjortentusensekshundreogtjueen – kroner og for lagmannsretten med 385 466 – trehundreogåttifemtusenfirehundreogseksstiseks – kroner. I tillegg kommer rettsgebyret for lagmannsretten.

Knut Harald Braathen

Grethe Strandborg

Rannveig Sjøvoll

Dokument i samsvar med undertegnet original:

Linda M. Moen

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 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 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 skønnsutøvelsen 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.