

THOMMESSEN

NOTAT

Til Energibedriftenes landsforening v/Snorre Lamark

Fra Advokatfirmaet Thommessen v/Gunnar Martinsen og Andreas Nordby

Dato 5. november 2008

Ansvarlig advokat Gunnar Martinsen

NY OFFENTLIGHETSLOV – KONSEKVENSER FOR NETTSELSKAPENE, EBL M FL

1 INNLEDNING

Lov 19. mai 2006 nr 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentlighetsloven) vil når den trer i kraft, avløse reglene i lov 19. juni 1970 nr. 69 om offentlighet i forvaltningen. Offentlighetsloven er vedtatt satt i kraft 1. januar 2009. Ved kongelig resolusjon 17. oktober 2008 ble det med hjemmel i offentlighetsloven § 2 andre og fjerde ledd mv. fastsatt forskrifter til loven (offentlighetsforskriften).

Vi er av Energibedriftenes landsforening ("EBL") bedt om å gjennomgå den nye offentlighetsloven og offentlighetsforskriften, herunder gjennomgå hvilke konsekvenser de nye reglene vil ha for nettselskapene og hvilke tiltak som må iverksettes som følge av disse.

2 OPPSUMMERING

2.1 Hovedpunkter i loven

Den nye offentlighetsloven vil blant annet innebære følgende:

- Nettselskaper hvor det offentlige kontrollerer mer enn 50 % av stemmene i det øverste organet (generalforsamlingen), vil være omfattet av loven (se pkt 3.1 og 3.2).
- EBL vil etter vår vurdering ikke være omfattet av den nye offentlighetsloven (se pkt 5).
- Kraftprodusenter, omsettere og vertikalt integrerte selskaper som hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet (mer enn 50 % av omsetningen), vil *ikke* være omfattet av loven (se pkt 3.3).
- Brukseierforeninger vil (antakelig) *ikke* være omfattet av offentlighetsloven (se pkt 6).
- Forretningshemmeligheter og interne dokumenter kan unntas fra offentlighet, men unntaksmuligheten er mer begrenset enn etter dagens regler (se pkt 9).
- Nettselskaper mv som omfattes av loven, får *ikke* plikt til å gi innsyn i dokumenter som ble utarbeidet før loven trådte i kraft (se pkt 11).

THOMMESSEN

2.2 Praktiske konsekvenser – anbefalinger

Dersom lovforslaget vedtas, vil alle enheter som omfattes av offentlighetsloven måtte foreta følgende:

- Alle enheter har plikt til å føre journal over inngående og utgående dokumenter (se pkt 12).
- Alle forespørsler om innsyn må behandles og besvares i løpet av fem dager (se pkt 10.1).
- Alle avslag må besvares skriftlig med presis henvisning til relevant unntaksbestemmelse. Avslagsbrevet må videre opplyse om klageadgang og klagefrist (se pkt 10.2).
- Enheter som er omfattet, har plikt til å gi nærmere begrunnelse for avslaget dersom dette kreves. Nærmere begrunnelse kan kreves i løpet av de tre første ukene etter avslaget. Omfattede enheter må besvare forespørsel om nærmere begrunnelse senest innen ti arbeidsdager (se pkt 10.2).
- Selv om man har adgang til å unnta et dokument eller en opplysning, skal det likevel vurderes om innsyn bør gis (se pkt 8).

Vi har følgende anbefalinger med hensyn til hvordan nettselskaper og andre som omfattes av den nye offentlighetsloven, bør forholde seg ved lovendring:

- Det bør utarbeides rutiner for behandling av forespørsler om innsyn, utpeking av ansvarlig mv.
- Det bør utarbeides veiledere/retningslinjer for hvilke dokumenter som kan og skal unntas fra offentlighet.
- Dokumenter som ikke skal offentliggjøres, bør stemples eller merkes på annen måte.
- Det bør utarbeide standarder/maler til bruk ved avslag på anmodning om innsyn.

3 HVEM HAR PLIKT TIL Å GI INNSYN?

3.1 Innsynsrett på grunn av offentlig eierskap (offentlig kontroll)

Etter offentlighetsloven § 2 første ledd bokstav c kommer loven til anvendelse for:

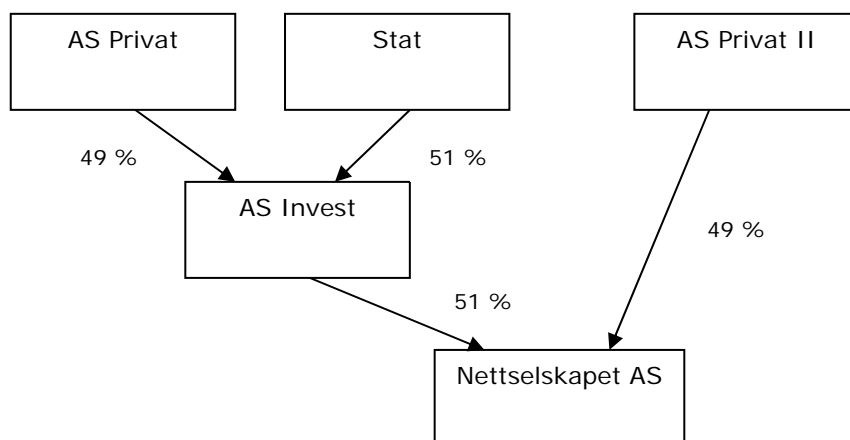
"sjølvstendige rettssubjekt der stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene i det øvste organet i rettssubjektet"

Etter denne bestemmelsen foreligger det i utgangspunktet plikt til å gi innsyn for virksomheter der stat, fylkeskommune eller kommune (enten sammen eller hver for seg) direkte eller indirekte har eierandel som gir mer enn halvparten av stemmene i det øverste organet (eksempelvis generalforsamlingen i aksjeselskaper).

Det offentlige kan ha stemmer i det øverste organet (eksempelvis generalforsamlingen) enten gjennom *direkte* eierskap, eller indirekte gjennom dominerende eierandel i annet foretak som har eierandel med stemmerett i foretaket. Dette eksempelet vil illustrere dette:

THOMMESSSEN

Fig I



I dette tilfellet er staten dominerende eier i AS Invest (51 % eierandel). Gjennom AS Invest's 51 % eierandel i Nettselskapet AS har staten indirekte " *ein eigardel som gir meir enn halvparten av røystene*" i Nettselskapet AS. Konsekvensen blir dermed at Nettselskapet AS blir underlagt reglene i offentlighetsloven. Slik vi forstår bestemmelsen, er det avgjørende for om plikt til å gi innsyn foreligger hvorvidt det offentlige *kontrollerer* mer enn halvparten av *stemmene* i det øverste organet i foretaket. Etter vår vurdering må dette følge av uttalelser i forarbeidene hvor departementet i forbindelse med gjennomgangen av bestemmelsene i § 2 første ledd bokstav c og d, begrunner innsynsretten med at det offentlige i disse tilfellene vil ha mulighet " *til å øve bestemmande innverknad på drifta i rettsobjektet.*"¹

Dersom staten i eksempelet ovenfor *kun* hadde eid 49 % av AS Invest, ville ikke staten kunne sies indirekte å ha en eierandel som ga bestemmande innflytelse over Nettselskapet AS. I så fall ville det vært AS Privat som var dominerende eier i AS Invest og som dermed bestemte hvordan det skulle stemmes i generalforsamlingen i Nettselskapet AS.

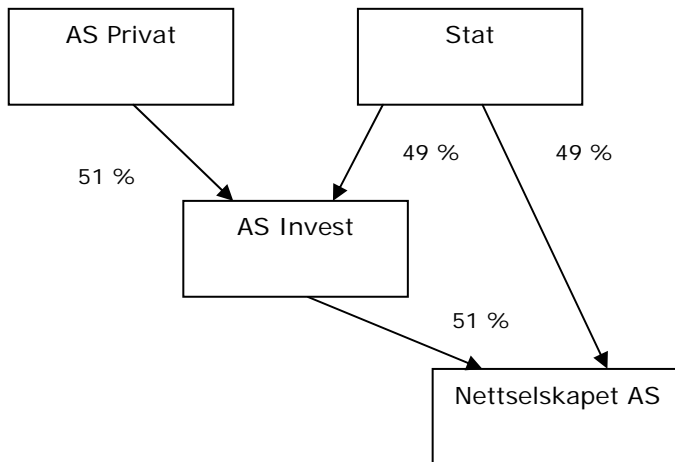
Det avgjørende er med andre ord *ikke* hvor stor eierandel det offentlige har etter en matematisk beregning. I tilfellet ovenfor (fig I) eier staten etter en ren matematisk vurdering ikke mer enn ca 26 % av Nettselskapet AS (staten eier 51 % av 51 % av Nettselskapet AS).

Dette medfører videre at vilkårene for innsyn ikke vil være oppfylt i følgende tilfelle (fig II) – hvor staten etter en matematisk vurdering eier ca 74 % av nettselskapet:

¹ Ot prp nr 102 (2004-2005) side 35.

THOMMESSEN

Fig II



Vi påpeker at dersom en aksjonæravtale eller lignende medfører at det offentlige – på tross av en i utgangspunktet kontrollerende eierandel (direkte eller indirekte) – likevel ikke har flertall av stemmene i generalforsamlingen, er vi av den oppfatning at selskapet ikke vil ha plikt til å gi innsyn.

Ved avslag på en anmodning om innsyn har enheter som er omfattet av loven, en plikt til å begrunne avslaget. Her oppstår det imidlertid en særlig problemstilling i tilknytning til at aksjonæravtaler ofte er konfidensielle og at selskapet derfor ikke kan opplyse den som krever innsyn, om hvorfor vedkommende ikke har krav på det uten å bryte den konfidensialitetsforpliktelsen som følger av aksjonæravtalen. Dersom en aksjonæravtale medfører at det offentlige ikke har flertall av stemmene i generalforsamlingen, er man imidlertid *utenfor* den nye offentlighetslovens anvendelsesområde, og dette må etter vår vurdering innebære at heller ikke offentlighetslovens regler om plikt til å begrunne et avslag kan anses for å gjelde.

Konklusjonen er dermed at det ikke stilles særlige krav til begrunnelse dersom årsaken til avslaget er at man *ikke* er omfattet av loven. Dette innebærer at man ikke har *plikt* til å opplyse om eksistensen av og innholdet i konfidensielle aksjonæravtaler som medfører at det offentlige ikke har flertall av stemmerettene i generalforsamlingen på tross av sin eierandel.

Selskapene må imidlertid være forberedt på at avslag på anmodninger om innsyn i selskaper hvor det offentlige har en dominerende eierandel, men hvor aksjonæravtaler (som blir holdt hemmelig) gjør at man likevel er utenfor lovens anvendelsesområde, vil kunne bli utsatt for kritikk fra media eller andre som ønsker innsyn. Selskapene bør derfor tilstrebe å begrunne avslag så godt det lar seg gjøre uten å komme i strid med konfidensialitetsbestemmelser i aksjonæravtaler eller lignende.

3.2 Innsynsrett ved bestemmende innflytelse på annen måte

Innsynsrett kan etter offentlighetsloven også foreligge *uten* at det offentlige har en *eierandel* som gir flertall av stemmeretter i det øverste organet. Det følger av offentlighetsloven § 2 første ledd at loven også kommer også til anvendelse for:

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

THOMMESSEN

Bestemmelsen har betydning for *foreninger* og *stiftelser* mv hvor det ikke er noen eier, men er også aktuell for rettssubjekter med eier.

I mange tilfeller vil det være forskjell mellom hvor mange *personer* som har stemmerett i det øverste organet i et rettssubjekt og hvor mange *stemmer* den enkelte person har. Eksempelvis vil en person som eier 51 % av et selskap hvor det totalt er 100 aksjonærer, bare utgjøre 1 % av *medlemmene* med stemmerett i generalforsamlingen, men han vil derimot likevel ha flertall av *stemmene* i det øverste organet. Også enkelte foreninger mv har ordninger hvor medlemmene i det øverste organet i foreningen har ulikt antall stemmer.

Et tolkningsspørsmål i tilknytning til § 2 bokstav d er om det er flertallet av *antall personer* som har rett til å møte opp og stemme, eller flertallet av *antall stemmer* som er det avgjørende i forhold til hvorvidt innsynsrett foreligger. Ordlyden taler for at det er antall personer som er avgjørende, men på bakgrunn av klare uttalelser i forarbeidene om at det er det offentlige *bestemmende innflytelse* som begrunner innsynsrett, er vår konklusjon at det avgjørende må være hvorvidt det offentlige *direkte* eller *indirekte* kan utpeke representanter som ved avstemninger har flertall av *stemmene* i det øverste organet i et rettssubjekt.

Dersom det offentlige direkte eller indirekte kan utpeke medlemmer i det øverste organet i et rettssubjekt som har flertall av stemmene, vil dermed rettssubjektet i utgangspunktet være omfattet av offentlighetsloven.

Et praktisk viktig tilfelle er at § 2 første ledd bokstav d medfører at det kan foreligge innsynsrett dersom aksjonæravtaler innebærer at det offentlige har flertall av stemmene i generalforsamlingen uten direkte eller indirekte å ha et tilsvarende flertall av aksjene.

3.3 Unntak for enheter som hovedsakelig driver konkurranseutsatt virksomhet

Loven gjelder *ikke* for offentlig kontrollerte enheter som "*hovedsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private*", jf § 2 annet ledd. Dette innebærer at kraftprodusenter, kraftomsettere og vertikalt integrerte selskaper hvor mer enn 50 % av virksomheten må sies å være konkurranseutsatt næringsvirksomhet, ikke er omfattet av loven.

I offentlighetsforskriften § 1 første ledd bokstav g er det uttrykkelig slått fast at loven ikke gjelder for Statkraft SF. Det følger av foredraget til den kongelige resolusjonen s. 17 at bestemmelsen er tatt inn av informasjonshensyn, idet den samme løsningen ville fulgt direkte av lovens regler om virksomhet som driver i konkurranse med private. Departementet sier ikke noe om hvilke parametre det skal ses hen til ved vurdering av om et selskap *hovedsakelig* driver konkurranseutsatt virksomhet. Etter vår vurdering må det imidlertid her være nærliggende å se hen til selskapets omsetning. Dersom mer enn 50 % av omsetningen skriver seg fra konkurranseutsatt virksomhet (for eksempel kraftproduksjon eller kraftomsetning), antar vi at selskapet ikke vil være omfattet av offentlighetsloven.

3.4 Unntak for selvstendige rettssubjekter uten fast ansatte

Etter offentlighetsforskriften § 1 annet ledd bokstav a skal loven ikke gjelde for "*selvstendige rettssubjekt utan fast tilsette i administrativ stilling*". Bakgrunnen for regelen er at det ikke vil være praktisk mulig for rettssubjekter uten fast ansatte å praktisere loven fra dag til dag. I foredraget til den kongelige resolusjonen er det på s. 64 sagt følgende om hvilke rettssubjekter som vil omfattes av denne unntaksbestemmelsen:

THOMMESSEN

”Rettssubjekt som berre har eit styre eller liknande organ, men ingen fast tilsette, ville falle utanom lova etter denne føresegna. For selskap som heller ikkje har eit styre, t.d. eit ansvarleg selskap med berre deltakarar, gjeld tilsvarande. Dette vil også gjelde der meir daglege gjeremål blir utført av sjølvstendige oppdragstakarar, t.d. ein advokat, som ikkje er tilsett hos rettssubjektet. Også sjølvstendige rettssubjekt som berre har fast tilsette i periodar av året vil falle utanom. Har rettssubjektet berre ein deltidstilsett vil det måtte vurderast konkret, ut frå storleika på stillings-delen og kor ofte vedkommande arbeider, om selskapet er omfatta av lova. I kravet om at det må dreie seg om fast tilsette i administrativ stilling ligg det at eit selskap med ein eller fleire fast tilsette, men der ingen av disse har administrative stillingar, til dømes eit selskap som berre har ein fast tilsett gartner eller vaktmeister, ikkje vil vere omfatta av lova. Bakgrunnen for dette er at ei praktisk etterleving av offentleglova krev administrativt personale som kan følgje ho opp i det daglege.

Unntaket vil muligens være praktisk for enkelte mindre nettselskaper.

3.5 Delvis unntak for Statnett SF

Offentlighetsforskriften § 1 tredje ledd gir regler om at visse typer dokumenter hos enkelte særskilte virksomheter ikke omfattes av loven. Det følger av bestemmelsens bokstav k at loven ikke gjelder:

”dokument hos Statnett SF som kan påverke prisane på kraftmarknaden, inntil opplysningane som går fram av dokumenta er offentleggjorde gjennom formelle kanalar, og dokument hos Statnett SF knytte til internasjonale samarbeidsforhold og kommersielle prosjekt som Statnett SF tek del i”.

Statnett er dermed i utgangspunktet underlagt loven, men da slik at det gjøres unntak for visse dokumenter. I fordraget til den kongelige resolusjonen s. 70-71 er det blant annet nevnt at informasjon om overføringskapasitet, informasjon fra utenlandske nettselskaper som gjelder forsyningssikkerheten, dokumenter som knytter seg til konkrete kommersielle samarbeidsprosjekt med andre aktører på kraftmarkedet og dokumenter som gjelder utøvelse av Statnetts eierrolle i Nord Pool ASA, vil være omfattet av dette unntaket.

4 SÆRLIG OM KONSERNER

Innen kraftsektoren er det ikke uvanlig at selskaper er organisert i ulike konsernmodeller. Ofte vil et slikt konsern bestå av et morselskap (et holdingselskap) og to eller flere datterselskaper, hvorav ett typisk vil drive monopolvirksomhet (nett drift) mens ett typisk vil drive konkurranseutsatt virksomhet (kraftproduksjon eller kraftomsetning).

Utgangspunktet er klart nok at hvert enkelt selskap må vurderes separat i forhold til offentlighetslovens regler. Et datterselskap som ikke driver konkurranseutsatt virksomhet, vil dermed være omfattet av lovens regler, mens et datterselskap som driver konkurranseutsatt virksomhet vil falle utenfor lovens anvendelsesområde.

Man må på tilsvarende måte vurdere morselskapet stilling separat. Ofte vil imidlertid ikke morselskapet drive noen egen virksomhet, men snarere fungere som et holdingselskap som ivaretar enkelte konsernfunksjoner. Hvordan slike holdingselskaper skal vurderes etter offentlighetslovens regler, er etter det vi kan se ikke kommentert i forarbeidene til loven, og det er heller ikke sagt noe særskilt om dette i foredraget til den kongelige resolusjonen som ligger til grunn for

THOMMESSEN

offentlighetsforskriften. Vurderingen må imidlertid her skje ut fra lovens kriterium om selskapet – det vil si morselskapet – *"hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private"*, jf pkt 3.3 ovenfor. Det må imidlertid i denne vurderingen formentlig være korrekt å ta hensyn til konsernets omsetning, det vil si at morselskaper i konserner der mer en 50 % av omsetningen stammer fra konkurranseutsatt virksomhet, ikke vil være omfattet av offentlighetslovens regler. Løsningen er imidlertid noe usikker.

5 SÆRLIG OM EBL

5.1 Indirekte offentlig kontroll?

EBL er en forening bestående av ulike bedrifter innen norsk kraftbransje. Med unntak for et fåtall kommunale/fylkeskommunale everk, er verken staten eller kommuner/fylkeskommuner direkte medlemmer av EBL.

Ved vurdering av om EBL som et utgangspunkt vil være omfattet av den nye offentlighetsloven, er det første spørsmålet hvorvidt stat, fylkeskommune(r) eller kommune(r) indirekte har *"rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettsobjektet"*, jf § 2 første ledd bokstav d.

EBL praktiserer et system hvor de ulike medlemmene har ulikt stemmeantall i generalforsamlingen. Det avgjørende for om enheter med regler om veide stemmeretter/ulikt stemmeantall omfattes av offentlighetsloven, er etter vår vurdering om det offentlige direkte eller indirekte har rett til å velge medlemmer som stemmer for mer enn halvparten av stemmerettene i det øverste organet (her generalforsamlingen i EBL).

Vi kjenner ikke stemmetallet til de enkelte medlemmene i EBL og har heller ikke oversikt over i hvilken utstrekning de enkelte medlemsbedriftene er offentlig kontrollert slik at det offentlige velger hvem som skal stemme for bedriften i EBLs generalforsamling.

Sett i lys av at det vesentligste av produksjonskapasiteten i Norge og store deler av overføringsnettene er offentlig eid,² og tatt i betraktning at EBL omfatter selskaper som står for 99 % av den norske produksjonsvirksomheten og 92 % av nettkundene i Norge,³ vil vi *anta* at EBL indirekte er offentlig kontrollert i en slik grad at foreningen i utgangspunktet vil være omfattet av den nye offentlighetsloven, jf § 2 første ledd bokstav d.

5.2 Unntak for konkurranseutsatt næringsvirksomhet

Selv om et organ er offentlig kontrollert, gjelder som nevnt ikke den nye offentlighetsloven for enheter som *"hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private"*, jf § 2 annet ledd. Det kan argumenteres for at EBL er omfattet av dette unntaket, fordi det i en viss utstrekning finnes virksomheter – andre organisasjoner – som driver tilsvarende virksomhet. Løsningen er imidlertid usikker, idet det neppe er naturlig å se det slik at EBL (eller de øvrige organisasjonene) driver næringsvirksomhet.

5.3 Unntak etter offentlighetsforskriften

Det følger av offentlighetsloven § 2 tredje ledd at det kan gis forskrifter om at loven ikke skal gjelde for enheter som omfattes av § 2 første ledd bokstav c og d dersom dette er nødvendig av hensyn til *"arten av verksemda, konkurransesituasjonen eller andre særlege tilhøve"*.

² Jf Fakta 2005 Energi- og vassdragsvirksomheten i Norge.

³ Jf ebl.no.

THOMMESSEN

Offentlighetsforskriften § 1 annet ledd bokstav b bestemmer derfor at loven ikke gjelder for *“sjølvstendige rettssubjekt som utelukkande har til oppgåve å vareta medlemmene sine interesser som arbeidsgivar eller liknande (interesseorganisasjonar)”*. I foredraget til den kongelige resolusjonen er det på s. 64 sagt følgende om denne bestemmelsen:

“Føresegna tek sikte på interesseorganisasjonar som t.d. KS - Kommunesektorens interesse- og arbeidsgiverorganisasjon og LVK – Landssamanslutninga av vasskraftkommunar, der stat, fylkeskommune eller kommune har eit fleirtal av røystene i det øvste organet i organisasjonen.”

Etter vårt syn er det mye som taler for at EBL – på grunn av sin funksjon som interesseorganisasjon – vil være unntatt fra lovens virkeområde som følge av denne unntaksbestemmelsen i offentlighetsforskriften.

For at unntaket skal komme til anvendelse er det imidlertid et krav om at det selvstедige rettssubjektet *“utelukkende”* fungerer som interesseorganisasjon. Ut fra de eksempler som er nevnt på organisasjoner som omfattes av unntaket, kan man imidlertid neppe forstå dette så strengt som at organisasjonen ikke også kan drive en rekke mer *“tilknyttede”* aktiviteter – typisk knyttet til undervisning og rådgivning.

5.4 Konklusjon

Som det fremgår av det vi har sagt ovenfor, kan det anføres to ulike grunnlag til støtte for at EBL er unntatt fra offentlighetsloven. Det synes imidlertid som om de to grunnlagene gjensidig utelukker hverandre, idet det er vanskelig å si at EBL både driver næringsvirksomhet i konkurranse med andre (pkt 5.2) og samtidig er en interesseorganisasjon som utelukkende skal ivareta medlemmenes interesser (pkt 5.3).

Etter vårt syn er det på bakgrunn av det foreliggende rettskildematerialet mest nærliggende og forsvarlig å begrunne unntaket med at EBL er en interesseorganisasjon. Etter vårt syn er det også – slik unntaket er begrunnet i fordraget til den kongelige resolusjonen – temmelig klart at EBL vil være omfattet av dette unntaket, det vil si at loven ikke kommer til anvendelse for EBLs virksomhet.

6 SÆRLIG OM BRUKSEIERFORENINGER

Brukseierforeninger som for eksempel Glommens og Laagens Brukseierforening (*“GLB”*) er å regne som selvstедige rettssubjekter.

I de fleste tilfeller vil brukseierforeninger oppfylle vilkåret om at *“stat, fylkeskommune eller kommune direkte eller indirekte har rett til å velje meir enn halvparten av medlemmene med røysterett i det øvste organet i rettssubjektet”*, jf offentlighetsloven § 2 første ledd bokstav d.

Det avgjørende ved vurderingen av om brukseierforeninger (som oppfyller ovennevnte vilkår) er omfattet av offentlighetsloven, er hvorvidt brukseierforeninger kan sies å være enheter som *“hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på samme vilkår som private”*, jf offentlighetsloven § 2 annet ledd.

Brukseierforeninger er interesseorganisasjoner for vannkraftprodusenter i et vassdrag, hjemlet i vassdragsreguleringsloven av 1917. Den viktigste oppgaven til en slik brukseierforening er å samordne bruken av vannressursene i vassdraget og på den måten tilrettelegge for kraftproduksjon mv.

THOMMESSEN

Brukseierforeninger selger (i utgangspunktet) ikke *selv* varer eller tjenester på et marked med konkurranse. Dette taler for at brukseierforeninger må anses for å være omfattet av offentlighetsloven. I samme retning trekker det forhold at dersom det er flere enn en rettighetshaver i vassdraget, så gis det i utgangspunktet ikke konsesjon med mindre det opprettes en brukseierforening, jf vassdragsreguleringsloven § 9. Brukseierforeningen vil på denne måte ha et monopol på å utøve sin virksomhet.

Imidlertid må en brukseierforening sies å utføre deler av den ordinære kraftproduksjonsvirksomheten *på vegne av* kraftselskapene. Vassdragsreguleringsloven definerer en brukseierforening som en "*forening til utbedring og utnyttelse av vassdraget i industrielt øiemed*", jf § 9. Dersom det ikke hadde vært mer enn en rettighetshaver i vassdraget, ville det ikke vært opprettet noen brukseierforening. Kraftselskapet ville da *selv* ha utført den virksomheten som brukseierforeningen utfører som en *integreert del* av den konkurranseutsatte kraftproduksjonsvirksomheten.

Dette tilsier etter vår vurdering at brukseierforeninger *ikke* kan sies å være omfattet av forslaget til ny offentlighetslov. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at konklusjonen ikke er åpenbar idet ordlyden også åpner for den motsatte konklusjon.

7 HOS HVEM KAN DET KREVES INNSYN? SÆRLIG OM FORHOLDET MELLOM OFFENTLIGE EIER OG SELVSTENDIGE RETTSSUBJEKTER

Det følger av offentlighetsloven § 3 annet ledd at alle kan kreve innsyn hos "*vedkommande organ*".

Dette innebærer at det kan kreves innsyn hos ethvert organ som er omfattet av loven og som har dokumentet hos seg. Det kan altså kreves innsyn både hos et organ som har sendt dokumentet og hos et organ som har mottatt dokumentet. Dersom et organ har mottatt dokumentet i kopi, vil også dette organet ha plikt til å behandle et eventuelt krav om innsyn.

Som det fremgår av det som er sagt ovenfor, særlig under punkt 3.3 og punkt 6, vil en del selvstendige rettssubjekter som er underlagt offentlig kontroll og innflytelse, likevel ikke omfattes av loven fordi de driver konkurranseutsatt virksomhet. Derimot vil "eierne" til disse selvstendige rettssubjektene – staten, fylkeskommunene og kommunen – fullt ut være underlagt offentlighetslovens regler. Det vil si at dokumenter som utveksles mellom selskapene og deres eiere, vil være underlagt offentlighetslovens regler hos eierne, forutsatt at ingen av unntaksreglene i loven kommer til anvendelse.

I tilfeller der det kommer en "innsynsbegjæring" til et selskap som ikke omfattes av loven, vil det naturlig nok ikke være noen plikt til etterkomme denne. Dersom begjæringen imidlertid gjelder et dokument som også befinner seg hos eieren/eierne, bør selskapet i det miste vurdere å henvise den som krever innsyn, videre til rett offentlig organ.

8 OMFANG AV INNSYNSRETTE – MEROFFENTLIGHET

Utgangspunktet er at *enhver* har rett til innsyn i saksdokumenter, journaler og lignende registre hos virksomheter som er omfattet av offentlighetsloven, jf offentlighetsloven § 3.

Med saksdokumenter siktes det til dokumenter som er kommet inn til eller lagt frem for et foretak eller dokumenter som virksomheten selv har opprettet og som gjelder foretakets virksomhet, jf § 4.

THOMMESSEN

Man har også rett til å kreve innsyn i sammenstillinger fra databaser, jf § 9. Innsynsretten omfatter dermed i utgangspunktet det aller meste av virksomhetens skriftlige og elektroniske materiale.

Dokumenter og opplysninger som man har fått innsyn i, "*kan brukast til kva formål som helst dersom ikkje anna lovgivning eller retten til ein tredjeperson er til hinder for det*", jf § 7.

I de tilfeller hvor man ikke har *plikt* til å gi innsyn, er man likevel forpliktet til å vurdere om helt eller delvis innsyn likevel skal gis (meroffentlighet), jf § 11. Det skal i slike tilfeller foretas en interesseavveining mellom hensynet til offentlig innsyn og behovet for unntak.

9 UNNTAK FRA INNSYNSRETTE

Kapittel tre i offentlighetsloven angir unntak fra innsynsretten. Vi vil her gjennomgå de unntaksbestemmelser som vil kunne være aktuelle for nettselskapene. Enkelte av unntakene gir rett til å unnta *opplysninger* fra offentlighet, mens andre unntak gir rett til å unndra hele *dokumentet* fra offentlighet.

Følgende unntaksbestemmelser vil kunne gi rett til å unnta *dokumenter* fra offentlighet:

I. Unntak for dokumenter som er utarbeidet for intern saksforberedelse (§ 14)

Enheter som er omfattet av offentlighetsloven, har ikke plikt til å gi innsyn i dokumenter som enheten selv har utarbeidet til sin interne saksforberedelse. Unntaket for interne dokumenter gjelder imidlertid ikke absolutt. Unntaket gjelder ikke for dokument som inneholder den endelige avgjørelsen i en sak og heller ikke generelle retningslinjer om saksbehandling. Selvstendige rettssubjekter som eies av stat eller kommune, regnes ikke som underordnet det offentlige organet de har tilknytning til, se Ot prp nr 102 (2004-2005) s. 133.

II. Unntak for dokumenter som er innhentet utenfra for intern saksforberedelse (§ 15)

Dokumenter til intern saksforberedelse som er innhentet fra underordnede organer (eksempelvis datterselskaper), kan unntas dersom dette er nødvendig for å sikre en forsvarlig avgjørelsesprosess.

Når det gjelder dokumenter som er innhentet fra *eksterne rådgiver* – eksempelvis advokater, konsulenter etc – har man *kun* anledning til å unnta fra offentlighet den del av dokumentet som inneholder råd og vurderinger om hvordan man bør stille seg i en sak. Unntaket gjelder videre *kun* for dokumenter som virksomheten *selv* har fått innhentet til bruk i den interne saksforberedelsen. Dersom det er rådgiveren som *på eget initiativ* har oversendt et dokument, gjelder dermed ikke unntaksmuligheten.

Endelig oppstilles det som et krav at dokumenter som er innhentet fra eksterne rådgivere, bare kan unntas fra offentligheten dersom dette er *nødvendig* av hensyn til å kunne ivareta sine interesser i saken på en forsvarlig måte.

III. Unntak for dokumenter i anledning rettssaker (§ 18)

Dokumenter som er utarbeidet eller mottatt som part i en rettssak for norske domstoler er unntatt offentlighet, jf ofl § 18. Her skal man imidlertid være oppmerksom på at tvisteloven kapittel 14 har regler om offentlighet og innsyn. Disse reglene vil i noen grad kunne gi

THOMMESSEN

allmennhetene innsyn i slike saksdokumenter, se særlig tvisteloven § 14-2 som blant annet gir rett til innsyn i sakskostnadsoppgaver og sluttinnlegg.

I tillegg vil følgende bestemmelser kunne gi nettselskaper rett til å unnta *opplysninger* (deler av dokumenter) fra offentlighet:

I. Unntak for opplysninger som er underlagt taushetsplikt (§ 13)

Et foretak som er omfattet av offentlighetsloven, har ikke plikt til å gi innsyn i *opplysninger* som er underlagt taushetsplikt. Etter forvaltningsloven § 13 første ledd har ansatte i forvaltningsorgan taushetsplikt om:

" 1) noens personlige forhold, eller

2) tekniske innretninger og fremgangsmåter samt drifts- eller forretningsforhold som det vil være av konkurransemessig betydning å hemmeligholde av hensyn til den som opplysningen angår."

Offentlighetsloven gir disse reglene anvendelse også for selvstendige rettssubjekter som er underlagt offentlighetsloven. Dette innebærer at ansatte i for eksempel et nettselskap som er underlagt offentlighetsloven, ikke har plikt til å gi innsyn i opplysninger om personlige forhold eller tekniske innretninger og andre forretningshemmeligheter som det vil være av konkurransemessige hensyn å holde hemmelig. Et nettselskap vil verken ha plikt til å gi innsyn i *egne* forretningshemmeligheter eller i *andres* dersom nettselskapet har slike opplysninger.

II. Unntak for opplysninger av hensyn til økonomi-, lønns- og personalforvaltning (§ 23)

Opplysninger som det av hensyn til en forsvarlig gjennomføring av økonomi-, lønns- eller personalforvaltning er nødvendig å hemmeligholde, kan unntas fra offentlighet, jf offentlighetsloven § 23.

I forhold til bestemmelser som kun gir rett til å unnta opplysninger (og ikke selve dokumentet), vil vi peke på at det *likevel* vil være adgang til å unnta hele dokumentet dersom den gjenstående del av dokumentet ville gi et klart misvisende bilde av innholdet, dersom det ville være urimelig arbeidskrevende for organet å skille ut hva som kan unntas eller dersom de unntatte opplysningene utgjør den vesentligste delen av dokumentet, jf offentlighetsloven § 12.

10 PRAKTISK GJENNOMFØRING – HÅNDTERING AV FORESPØRSEL OM INNSYN

10.1 Innsyn

I den nye offentlighetsloven oppstilles det en del regler om hvordan forespørsler om innsyn skal håndteres og på hvilken måte innsyn skal gis. Utgangspunktet er at en forespørsel om innsyn skal avgjøres uten ugrunnet opphold, jf § 29. Dersom den som har begjært innsyn ikke har fått svar i løpet av fem arbeidsdager etter at kravet ble mottatt, regnes dette som et avslag som kan påklages, jf offentlighetsloven § 32 annet ledd (se pkt 6.3). Det oppstilles videre et forbud mot forskjellsbehandling med hensyn til tilgang til informasjon mv, jf § 6.

Utgangspunktet er videre at den som ber om innsyn kan kreve papirkopi eller elektronisk kopi, jf § 30. Hovedregelen er at slike kopier skal gis gratis. I offentlighetsforskriften § 4 er det imidlertid fastsatt nærmere regler om dette. Dersom kopiene eller utskriftene overstiger hundre sider i en sak,

THOMMESSEN

kan det kreves betaling med en kroner pr. side utover de hundre første. Forskriften har videre regler om betaling der innsynet gjelder dokumenter med atypisk format, høykvalitetskopier mv.

10.2 Avslag på anmodning om innsyn

Offentlighetsloven kapittel fire oppstiller bestemte regler om hvordan man må gå frem ved avslag på anmodninger om innsyn. Uavhengig av om forespørselen om innsyn har vært skriftlig eller muntlig, skal avslaget gis skriftlig og det må i avslaget angis presist med henvisning til paragraf, ledd, bokstav og nummer hvilken bestemmelse som begrunner unntak fra offentlighet, jf offentlighetsloven § 31.

Det må i avslaget gis opplysninger om klageadgang og hvilken klagefrist som gjelder, samt at det må opplyses om at nærmere begrunnelse for avslaget kan kreves innen tre uker. Dersom nærmere begrunnelse kreves, skal dette gis snarest mulig og senest innen ti arbeidsdager.

På bakgrunn av de krav som stilles til et avslag, vil det kunne være hensiktsmessig å ha utarbeidet enkelte standardformularer til bruk ved avslag på begjæringer om innsyn.

10.3 Klageadgang

Avslag på anmodning om innsyn kan påklages til overordnet organ, jf § 32. Bestemmelsen om klageadgang gjelder i utgangspunktet for alle, herunder også selskaper mv. Selskaper og andre selvstendige rettssubjekter har imidlertid ikke noe overordnet organ i vanlig forstand som kan tjene som klageinstans. I offentlighetsforskriften § 11 er det derfor fastsatt regler om hvem som er klageinstans i slike tilfeller. De nærmere reglene er nokså detaljerte:

- Dersom et statlig organ utøver eierskap til et selvstendig rettssubjekt (offentlighetsloven § 2 første ledd bokstav c) eller står for utvelgingen av medlemmer til det øverste organet i et selvstendig rettssubjekt (offentlighetsloven § 2 første ledd bokstav d) er det statlige organet selv klageinstans.
- Dersom en kommune eller en fylkeskommune på tilsvarende måte kontrollerer et selvstendig organ, er Fylkesmannen i det aktuelle fylket klageinstans.
- Tilsvarende gjelder der flere kommuner i samme fylket har slik kontroll sammen eller der en eller flere kommuner sammen med en fylkeskommune har slik kontroll.

Forskriften tar også høyde for den situasjonen at kommunene er lokalisert i forskjellige fylker:

- Dersom det er flere kommuner som utøver kontrollen, men disse hører til forskjellige fylker, skal klagen gå til fylkesmannen i det fylket som et flertall av kommunene tilhører
- Dersom flere kommuner utøver kontrollen sammen med en fylkeskommune, skal imidlertid klagen alltid gå til fylkesmannen i dette fylket.
- Dersom det ikke finnes et flertall blant kommunene eller dersom det er tale om flere fylkeskommuner som utøver kontroll i fellesskap, må de aktuelle fylkesmennene seg imellom bli enige om hvem som skal være klageinstans.

11 IKKE RETT TIL INNSYN I ELDRE DOKUMENTER (DOKUMENTER UTARBEIDET FØR LOVEN TRÅDTE I KRAFT)

Loven oppstiller overgangsregler for selskaper og andre selvstendige rettssubjekt som omfattes av loven. For å redusere administrasjon mv, gjelder plikten til å gi innsyn og journalplikten bare for "dokument som er komme inn til eller oppretta av rettssubjektet etter at lova her tek til å gjelde", jf offentlighetsloven § 33.

THOMMESSEN

12 PLIKT TIL JOURNALFØRING

Offentlighetsloven oppstiller plikt for alle enheter som er underlagt loven, til å føre journal i samsvar med reglene i arkivloven med forskrifter, jf offentlighetsloven § 10. Det nærmere innholdet i reglene om journalføring følger av arkivforskriften kapittel II B. Alle inngående og utgående saksdokumenter som er gjenstand for saksbehandling og har verdi som dokumentasjon, skal registreres, jf arkivforskriften § 2-6. Organinterne dokumenter kan registreres dersom dette anses hensiktsmessig. Det kan videre gis forskrift om at elektroniske journaler skal gjøres allment tilgjengelig på internett, jf offentlighetsloven § 10. Slike regler er gitt i offentlighetsforskriften § 6, men reglene gjelder ikke for den typen organer som dette notatet gjelder.

* * *