



DET KONGELIGE
JUSTIS- OG BEREDSKAPSDEPARTEMENT

Lovavdelingen

Nærings- og handelsdepartementet
Postboks 8014 Dep
0030 OSLO

Deres ref.
201201839-1/FAS

Vår ref.
201202950 EO ATV/mk

Dato
30.04.2012

Vurdering av habilitet – nærings- og handelsministeren

1. INNLEDNING

Vi viser til brev 17. april 2012 fra Nærings- og handelsdepartementet, som vi gjengir i sin helhet:

«NHD forvalter på vegne av staten 100 pst av aksjene i Entra Eiendom AS. Styret har orientert departementet om at administrerende direktør fratrer sin stilling. Nåværende viseadministrerende direktør Rune Olsø blir da konstituert i stillingen som administrerende direktør. Rune Olsø er leder av Trondheim Arbeiderparti, som nærings- og handelsminister Trond Giske er medlem av. Giske gir følgende beskrivelse av sin relasjon til Olsø:

"Vi ble kjent gjennom AUF i 1989 og har kjent hverandre siden. Vi har jobbet sammen i AUF og i Arbeiderpartiet i disse årene, tettere de siste årene når Rune Olsø har vært leder i Trondheim AP. Vi har også blitt gode venner og møtes jevnlig i privat sammenheng. Vi har jevngamle døtre som også har blitt kjent."

Vi vil med dette be om Lovavdelingens vurdering av hvorvidt nærings- og handelsminister Trond Giske er å anse som habil etter forvaltningslovens regler i tilknytning til hans ansvar for å forvalte statens eierinteresser i Entra Eiendom AS for den tid Rune Olsø er administrerende direktør i selskapet.»

Henvendelsen hit er nokså generell. Vi må dermed også nøye oss med å skissere visse utgangspunkter for habilitetsvurderingen til veiledning ved den vurderingen som må skje når det dukker opp konkrete saker hvor habilitetsspørsmålet blir aktuelt.

Vi går ut fra at habilitetsspørsmålet gjelder Giskes stilling i egenskap av departementssjef, idet Nærings- og handelsdepartementet på vegne av staten forvalter statens eierskap i Entra Eiendom AS. I slike tilfeller gjelder forvaltningslovens regler om habilitet direkte for Giske, jf. forvaltningsloven § 10 første og annet punktum, idet han «utfører tjeneste eller arbeid for et forvaltningsorgan». Vi antar at dette også gjelder når statsråden selv opptrer på generalforsamling i Entra Eiendom AS, selv om generalforsamlingen er et selskapsorgan. Vi tar utgangspunkt i at det er spørsmål om statsrådets utøvelse av myndighet på generalforsamling. Vi kommer tilbake til spørsmålet om andre former for eierstyring.

Forvaltningslovens regler om habilitet kommer til anvendelse når statsråden tilrettelegger grunnlaget for eller treffer «avgjørelse» i en «forvaltningssak», jf. innledningen til forvaltningsloven § 6 første ledd. Vi kommer tilbake til disse vilkårene.

Vi kjenner ikke til noen tilfeller hvor det kan være aktuelt å anvende de absolutte inhabilitetsgrunnene i forvaltningsloven § 6 første ledd.

2. VURDERINGEN ETTER § 6 ANNET LEDD

Forutsatt at det ikke foreligger inhabilitet etter forvaltningsloven § 6 første ledd, må spørsmålet om inhabilitet i den enkelte sak vurderes etter § 6 annet ledd. Spørsmålet er om Giskes vennskap med Olsø, sett i sammenheng med den enkelte sakens omstendigheter ellers, utgjør «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til hans upartiskhet» i saken. Habilitetsvurderingen må alltid skje konkret med utgangspunkt i de to nevnte kriteriene. Vurderingen etter § 6 annet ledd må skje i lys av de hensynene som ligger bak habilitetsreglene, nemlig å «sikre korrekte avgjørelser, opprettholde tilliten til dem som fatter avgjørelsen og beskytte beslutningstakerne mot at det sås tvil om deres troverdighet», jf. Rt. 1996 s. 64 på s. 68.

Henvendelsen er begrenset til spørsmålet om utøving av *eierstyring* overfor Entra Eiendom AS. Forholdet mellom eier og selskapet selv preges i utgangspunktet av et interessefelleskap mellom staten som eneste eier av aksjene i selskapet og selskapet selv. Det er ut fra dette ikke noe generelt behov for særlig streng praktisering av habilitetsreglene i spørsmål om statsrådets eierstyring. Situasjonen er her en annen enn hvor selskapet er part i saker om tildeling av kontrakter (se i den sammenheng særlig Rt. 1998 s. 1398). Situasjonen skiller seg i utgangspunktet også fra tilfeller hvor selskapet søker om et gode fra det offentlige, se til illustrasjon vår uttalelse i brev 2. februar 2012 til Miljøverndepartementet, snr. 201109069 EO.

Ved den skjønnsmessige vurderingen etter forvaltningsloven § 6 annet ledd skal det blant annet legges vekt på om avgjørelse i den aktuelle saken kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe» for statsråden selv eller «noen som han har nær personlig tilknytning til». Disse to momentene, som må ses i sammenheng, vil ofte stå sentralt i habilitetsvurderingen.

Selv om graden av personlig tilknytning alltid må ses i sammenheng med sakens øvrige omstendigheter, har det utviklet seg visse kriterier for hvor nært et vennskap må være for at det i seg selv i utgangspunktet kan føre til en inhabilitetssituasjon etter forvaltningsloven § 6 annet ledd. Om hva som skal til, viser vi til Lovavdelingens uttalelse i brev 4. juni 2010 til Arbeidsdepartementet (snr. 201005761 EO):

«Lovens ordlyd indikerer at det bare er nære personlige forhold som fører til habilitet. Dette er også lagt til grunn i juridisk teori. I Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) s. 229 tas det som utgangspunkt at det «må kreves nokså direkte og sterkt vennskap eller motsetningsforhold» for at dette skal føre til inhabilitet. I Woxholth, Forvaltningsloven (4. utg. 2006) s. 170 heter det:

«Med hensyn til *vennskap* må det normalt antas at et vanlig godt bekjentskap og samarbeid ikke leder til inhabilitet. Men saken stiller seg annerledes der det foreligger et spesielt godt personlig vennskskapsforhold mellom tjenestemannen og en person som er involvert som søker e.l.»»

Vi må, ut fra den noe knappe beskrivelsen i brevet fra Nærings- og handelsdepartementet, bygge på at Giske relasjon til Olsø innebærer et vennskskapsforhold som i seg vil føre til at Giske som utgangspunkt blir inhabil hvis han tilrettelegger grunnlaget for eller treffer avgjørelse i en forvaltningssak hvor avgjørelsen kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe» for Olsø. Vi legger da i første rekke vekt på at Giske og Olsø etter det beskrevne ikke bare er gode venner, men også særlig at de møtes jevnlig i privat sammenheng. De har også jevngamle døtre som også har blitt kjent.

Ved inhabilitetsvurderingen videre må en skille mellom betydningen av de virkninger avgjørelser som Giske deltar i, får for selskapet Entra Eiendom AS og de virkninger avgjørelsene eventuelt kan få for Olsø personlig.

Etter vårt syn vil ikke Giske ved utøving av rollen som eier bli inhabil bare fordi avgjørelsen særskilt retter seg mot eller direkte gjelder Entra Eiendom AS (jf. partsdefinisjonen i forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav e). Det gjelder selv om han har nær personlig tilknytning til administrerende direktør i selskapet. Slike avgjørelser innebærer ikke i seg selv noen «særlig fordel, tap eller ulempe» for Olsø. Vi kan som utgangspunkt heller ikke se andre grunner til Olsøs rolle som administrerende direktør generelt er «egnet til å svekke tilliten til» statsrådets upartiskhet med sikte på de avgjørelser Giske deltar i og som har med eierstyringen av Entra Eiendom AS å gjøre. Til begrunnelse av vårt standpunkt vil vi særlig fremheve følgende:

Om en tenkte seg at Giske *selv* var «leder eller har ledende stilling, eller er medlem av styret eller bedriftsforsamling» i Entra Eiendom AS, ville han uten videre vært inhabil etter forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e ved behandling av saker i departementet, forutsatt at Entra Eiendom AS kunne regnes som «part i saken». Om hva som skal til for at selskapet skal regnes som part i saken, nøyer vi oss med å vise til

Woxholth, Forvaltningsloven med kommentarer (5. utg. 2011) s. 152. Begrunnelsen for bestemmelsen i forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e må særlig antas å være at personer med slike roller i selskapet lett vil kunne identifisere seg med selskapets standpunkter på en slik måte at vedkommende ikke som offentlig tjenestemann bør delta når det skal treffes avgjørelser der selskapet er part, se for eksempel Ot.prp. nr. 50 (2008–2009) s. 7–8. Gjennom endringene som skjedde i forvaltningsloven § 6 første ledd bokstav e ved lov 19. juni 2009 nr. 90, gjelder denne absolutte inhabilitetsgrunnen også for selskaper som fullt ut er eid av det offentlige. Dette gjelder uavhengig av om selskapet opptrer i konkurranse med andre og uavhengig av om det konkret kan bli spørsmål om håndfaste fordeler, tap eller ulemper for vedkommende som følge av de avgjørelser som treffes.

Dette identifikasjonssynspunktet står imidlertid svakere hvor det ikke er tjenestemannen selv, men personer han har nær personlig tilknytning til, som har en slik rolle i selskapet (herunder rollen som administrerende direktør). Situasjonen her, hvor det ikke er spørsmål om fordeler, tap eller ulemper for statsråden, men en venn av ham, skiller seg etter vårt syn ikke vesentlig fra en situasjon hvor vennen hadde hatt ledende stilling i for eksempel et ordinært direktorat og saken gjaldt statsrådets styring av dette. En må vurdere om det konkret foreligger «særegne forhold» som er «egnet til å svekke tilliten til» Giskes upartiskhet. Vi nevner noen momenter til veiledning.

Selv om en avgjørelse formelt er rettet mot selskapet, kan det foreligge inhabilitet hvis avgjørelsen innebærer «særlig fordel, tap eller ulempe» for Olsø. I uttrykket «særlig» ligger det en avgrensning mot fordeler, ulemper og tap som gjør seg gjeldende tilsvarende for en større eller ubestemt personkrets, jf. Ot.prp. nr. 3 (1976–77) s. 62. I praksis vil det nok først og fremst være tale om økonomiske fordeler, tap og ulemper, men habilitetsvurderingen er ikke begrenset til å omfatte slike forhold. For eksempel kan det i spesielle tilfeller bli spørsmål om personlig prestisje eller anseelse vil berøres av visse avgjørelser på en slik måte at habilitetsspørsmålet må vurderes nærmere. Det typiske eksemplet på avgjørelser som etter omstendighetene kan innebære «særlig fordel, tap eller ulempe» for Olsø, kan være ulike avgjørelser som gjelder hans ansettelsesforhold i selskapet. Det må i alle tilfeller skje en helhetsvurdering av om forholdet er egnet til å svekke tilliten til Giskes upartiskhet. At det må skje en bredere vurdering, understrekes av Frihagen, Inhabilitet etter forvaltningsloven (1985) s. 181.

Det må i den sammenheng blant annet legges vekt på hvor sterkt avgjørelsen kan innebære preg av særlig fordel tap eller ulempe nettopp for Olsø, hvor omfattende fordel, tap eller ulempe det er tale om for ham, hvor stort rom for utøvelse av skjønn det er når statsråden skal treffe avgjørelse, hvor direkte Olsøs interesse i avgjørelsen er, og hvor sterkt preget av definitiv «avgjørelse» overfor selskapet og Olsø er.

Det kan i særlige tilfeller heller ikke utelukkes at Olsø kan ha engasjert seg i slik grad eller på en slik spesiell måte i et sakskompleks hvor Giske er involvert i avgjørelsen, at det av den grunn kan foreligge inhabilitet, men det skal nok svært mye til.

Vi vil ikke utelukke at det også i andre tilfeller kan bli spørsmål om inhabilitet, men det lar seg ikke gjøre å gi noen uttømmende oppregning av mulige tilfeller.

Dersom eierstyringen innebærer at det treffes avgjørelser hvor det blir spørsmål om å rette kritikk av noen betydning mot større eller mindre deler av selskapets virksomhet, vil en måtte vurdere nøye om Giske kan være inhabil. Her kan det være behov for å praktisere habilitetsreglene strengere enn det som vil være utgangspunktet ved eierstyringen. Dette skyldes at behovet for at Giske kan opptre kritisk og uavhengig av selskapet og dets organer, og at allmennheten og særlig berørte har tillit til dette, her er sterkere enn ellers. Ved den nærmere vurderingen kan relevante momenter blant andre være sakens omfang og alvor og hvor direkte saken angår forhold som Olsø har eller har hatt et særlig ansvar for.

Ut fra den formelle fordelingen av myndighet mellom styre, daglig leder og eier i aksjeselskaper vil vi anta at det sjelden vil bli spørsmål om inhabilitet for statsråden knyttet til opptreden i generalforsamling (herunder saksforberedelse av denne formen for eierstyring).

Eierstyring utøves fra departementets side også i andre former, herunder gjennom løpende dialog og regelmessige kontaktmøter med representanter for selskapene. Vi viser til beskrivelsene i Meld. St. 13 (2010–2011) Aktivt eierskap, særlig s. 29 og s. 72. Vi antar at denne formen for styring både kan være ment og vil bli oppfattet som mer eller mindre reelt bindende, ut fra hvilke formuleringer som er brukt og andre omstendigheter. Hvis det i selskapet, typisk ved styret, er aktuelt å treffe avgjørelser som innebærer særlig fordel, tap eller ulempe for Olsø, oppstår spørsmål om statsråden kan regnes som inhabil til å medvirke til slike avgjørelser gjennom de nevnte formene for eierstyring.

Vi antar at det skal mye til før en kan si at statsråden (eventuelt underordnede i departementet) i slike tilfeller vil «treffe avgjørelse», noe som etter ordlyden i forvaltningsloven § 6 første ledd er et vilkår for inhabilitet. Det gjelder selv om en ikke legger til grunn et snevert avgjørelsesbegrep, men vurderer reelle virkninger og behov, slik Frihagen, Forvaltningsloven kommentarutgave (1985) legger til grunn på s. 81.

Derimot er det mer nærliggende å si at denne formen for styring innebærer å «tilrettelegge grunnlaget for» en avgjørelse som treffes, ved at den må oppfattes som en form for saksforberedelse. Det kan nok diskuteres om lovens forutsetning om at saksforberedelsen må gjelde «avgjørelse ... i en *forvaltningssak*» er oppfylt. Det skyldes først og fremst at avgjørelsen treffes i et selskap som i utgangspunktet ikke er en del av forvaltningen, og at selskapet som sådant heller ikke er bundet av forvaltningsrettslige regler. Vi antar likevel at habilitetsreglene må komme til anvendelse i et slikt tilfelle, ut fra de reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

Hvis statsråden i et konkret tilfelle skulle være inhabil til å tilrettelegge grunnlaget for en avgjørelse som skal treffes i selskapet, må han avstå fra enhver form for befatning med saken (med de reservasjoner som måtte følge av forvaltningsloven § 6 fjerde ledd og § 7).

Forvaltningsloven kapittel II er ikke til hinder for at statsrådets underordnede i departementet, til tross for statsrådets eventuelle inhabilitet, bidrar til forberedelsen av en avgjørelse som treffes utenfor departementet. Vi vil imidlertid ikke utelukke at andre regler kan være til hinder for en slik ordning, men har i denne omgang ikke vurdert spørsmålet.

Med hilsen



Arnulf Tverberg e. f.
lovrådgiver

Mona Kristensen

Mona Kristensen
seniorsekretær