



Fylkesmannen i Hordaland

Saksbehandler, innvalgstelefon
Hugo Morken, 55572023

Vår dato
21 MAI 2010
Deres dato
8.1.2010

Vår referanse
10/125 326.1
Deres referanse

Bergen Kino AS
Pb. 6153 Postterminalen
5892 Bergen

Klagesak etter offentleglova – Bergen Kino AS

Fylkesmannen viser til ekspedisjon mottatt her den 11.1.2010.

Saken gjelder klage over avvisningsvedtak.

Bergens Tidende ved Lars Holger Ursin har fremmet krav om innsyn i søkerliste til stilling som administrerende direktør ved Bergen Kino AS (heretter: Bergen Kino), samt krav om innsyn i postjournal.

Bergen Kino har avvist kravet under henvisning til at offentleglova (heretter: offl.) ikke gjelder for Bergen Kino, jf. bestemmelsen i offl. § 2 første ledd andre punktum.

Avvisningsvedtaket er påklaget av Bergens Tidende ved klage av 28.12.2009.

Bergen Kino har ikke funnet grunn til å ta klagen til følge. Saken er derfor oversendt til Fylkesmannen i Hordaland for endelig klagebehandling, jf. forskrift til offl. av 17.10.2008 nr. 1119 § 11 tredje ledd.

Etter at Fylkesmannen mottok klagesaken har det vært slik korrespondanse som partene er kjent med. Vi viser til denne.

Klager har i det vesentligste anført:

Bergen Kino er et selvstendig rettssubjekt som faller inn under offl.s virkeområde etter offl. § 2. Unntaksbestemmelsen i § 2 første ledd andre punktum får ikke anvendelse. Det er et vilkår etter denne bestemmelsen at hovedvirksomheten er konkurranseutsatt. Bergen Kinos hovedvirksomhet er å vise film. Det er derfor bare konkurranse innen filmfremvisning som kan være relevant. At selskapet selger godterier og lignende i konkurranse med andre kiosker i kommunen berører ikke saken. Det berører heller ikke saken at Bergen Kino er i underholdningsbransjen og i konkurranse med andre som driver i samme bransje. En slik tolkning vil innebære en utvanning av lovens krav.

Bergen Kinos hovedvirksomhet er å vise film, og her har selskapet faktisk monopol. I Bergen er det ingen andre som konkurrerer med Bergen Kino om fast, regelmessig filmfremvisning. Unntaksbestemmelsen krever også at konkurranse skal skje i samme marked. Om en tar med

regionen rundt Bergen er det kun tilbud om bygdekino i nærliggende områder, et tilbud som ikke kan sammenliknes med tilbudet som gis i Bergen.

Bergen Kinos hovedvirksomhet er derfor ikke utsatt for reell konkurranse i samme marked. Alle vilkårene må være oppfylt. Virksomheten må derfor vurderes under ett. Om ikke hovedvirksomheten er konkurranseutsatt, vil hele virksomheten være omfattet av loven.

Bergen Kinos merknader til klagen:

Bergen Kino mener de omfattes av unntaksbestemmelsen i offl. § 2 første ledd andre punktum. Unntaket er motivert ut fra at man skal behandle konkurranseutsatt næringsliv likt. Bergen Kino driver næring, noe selskapets formål, organisering og aktivitet viser. Driften drives uten offentlig støtte på nøyaktig de samme vilkår som enhver annen privat næringsdrivende. Bergen Kino mener de i realiteten driver i direkte konkurranse med private aktører. De utformer sitt tilbud til publikum, og setter sine priser, i en situasjon som er preget av konkurranse med flere kulturtilbud. De driver både i konkurranse med DVD-markedet og med markedet for konserter, revy, teater m.v. Det er en løpende og reell konkurranse mellom alle disse aktørene, og det er dette markedet Bergen Kino forholder seg til i den daglige drift av kjernevirksomheten. Kinomarkedet blir et for snevert sammenligningsgrunnlag for å fange opp realiteten i Bergen Kinos konkurransesituasjon. Med den markedsavgrensning Bergen Kino har foretatt finnes det utvilsomt at de oppfylder vilkårene for unntak fra offl.s anvendelsesområde. Da Bergen Kino er utsatt for konkurranse i det som er kjernevirksomheten, må det anses at Bergen Kino driver i konkurranse med andre innen ”nokontunde samme produkt eller teneste”, jf. Justisdepartementets veileder til loven.

Om man legger til grunn at det er kinomarkedet som er det relevante markedet, mener Bergen Kino likevel at konkurransesituasjonen tilsier at vilkårene i offl. § 2 første ledd andre punktum er oppfylt. Det vises til at Bergen Kino konkurrerer med Cinemateket USF sine nesten daglige forestillinger, Bergen Filmklubb, og med de mange kinoene i omegnskommunene til Bergen. Det vises videre til at selskapet Auxano NUF har fått konsesjon for etablering av privat kino i tidligere Forum kino, samt at det er en løpende interesse fra flere kinoaktører for å etablere et privat kinotilbud i Bergen.

Fylkesmannens vurdering:

Hovedspørsmålet i saken er om offl. gjelder for Bergen Kino.

Offl. definerer i § 2 hvilke virksomheter som faller inn under lovens anvendelsesområde. Aktuelt i det foreliggende tilfellet er § 2 første ledd, som lyder slik:

”Lova gjeld for

- a) staten, fylkeskommunane og kommunane,*
- b) andre rettssubjekt i saker der dei gjer enkeltvedtak eller utferdar forskrift,*
- c) 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, og*
- d) 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.*

Bokstavane c og d gjeld ikkje rettssubjekt som hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med og på same vilkår som private. For verksemder som etter offentleg oppkjøp eller liknande kjem inn under bokstavane c eller d, gjeld lova frå og med fjerde månadsskiftet etter den månaden da vilkåra vart oppfylte.”

Bergen Kino er fullt ut eid av Bergen kommune, og det synes ikke å være bestridt frå Bergen Kinos side at selskapet derved faller inn under bestemmelsen i offl. § 2 første ledd bokstav c. Det som derimot er omstridt er hvorvidt § 2 første ledd andre punktum kommer til anvendelse. Dersom Bergen Kino oppfyller vilkårene etter denne bestemmelsen får offl. likevel ikke anvendelse for selskapet.

Det synes ikke å være omstridt mellom partene at Bergen Kino hovedsakelig driver næringsvirksomhet. Videre legger vi til grunn at Bergen Kino ikke mottar noen form for subsidier eller annen støtte som tilsier at eventuell konkurranse ikke skjer på like vilkår.

Det avgjørende spørsmålet blir om Bergen Kino ”hovudsakleg driv næring i direkte konkurranse med ... private”.

I forarbeidene til bestemmelsen, Ot. prp. nr. 102 (2004-2005) side 116, er det uttalt følgende om hvordan lovens vilkår skal forstås:

”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 Sandefford 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.”

Bergen Kino har for det første anført at de er i konkurranse med flere private aktører i underholdningsbransjen, som DVD-markedet, og markedet for konserter, revy, teater, m.v.

Fylkesmannen vil vise til at det etter bestemmelsen er et krav at virksomheten må være utsatt for en direkte konkurranse. Videre følger det av de ovenfor siterte forarbeidene at vilkåret skal tolkes nokså strengt. Relevant konkurranse vil kun foreligge dersom virksomheten er utsatt for konkurranse innenfor sitt hovedmarked. Det er altså ikke slik at enhver konkurranse som virksomheten er utsatt for skal tas hensyn til. Som Justisdepartementets lovavdeling har fremholdt i ”Rettleiar til offentleglova” side 19 må den konkurransen virksomheten er utsatt for dreie seg om noenlunde samme produkt eller tjeneste. Videre må de aktuelle produktene eller tjenestene tilbys på noenlunde samme måte.

Fylkesmannen finner ikke at Bergen Kino er i en slik direkte konkurranse med de nevnte underholdningstilbud som offl. § 2 første ledd andre punktum krever. Den konkurransen Bergen Kino påberoper seg fra disse underholdningstilbudene gjelder ikke noenlunde samme produkter eller tjenester. Produktene eller tjenestene tilbys også på ulike måter.

Videre har Bergen Kino anført at selskapet også innenfor kinomarkedet er utsatt for konkurranse. Det vises til bygdekinoene i Askøy, Lindås, Os, Nordstrøno, Manger og Glesnes. Videre vises det til filmtilbudet fra Bergen filmklubb og Cinemateket USF. Endelig vises det til at det private foretaket Auxano NUF den 2.12.2009 fikk konsesjon fra Bergen kommune til kinodrift ved Forum Scene.

I forhold til de bygdekinoene som Bergen Kino har vist til reiser klager spørsmål ved hva som geografisk sett kan regnes for Bergen Kinos marked. Videre reises det spørsmål ved om bygdekinoene kan regnes som private i denne sammenheng all den tid de drives av Film og Kino som er en medlemsorganisasjon for norske kommuner.

Fylkesmannen finner ikke grunn til å gå nærmere inn på disse spørsmålene da vi uansett finner at den konkurransen de påberopte bygdekinoene utgjør for Bergen Kino er så beskjeden at den ikke kan tillegges noen avgjørende betydning. Vi viser til det begrensede antallet forestillinger de aktuelle bygdekinoene har sammenlignet med Bergen Kino, samt de begrensede publikumstall. Om en sammenholder de publikumstall som Bergen Kino har oppgitt for de aktuelle bygdekinoene for 2009 med Bergen Kinos eget publikumstall, slik dette fremkommer i årsberetningen for 2008, utgjør disse i underkant av 0,7%.

Når det gjelder Bergen filmklubb og Cinemateket USF vil vi, som også Bergen Kino peker på, vise til at disse viser filmer innen smalere genre enn dem som normalt vises på de kommersielle kinoer. Selv om Bergen Kino fremholder at også de viser filmer for det "smalere" markedet legger vi til grunn at dette ikke utgjør hovedmarkedet for Bergen Kino.

Hva gjelder Auxano NUF kan ikke Fylkesmannen se at selskapet foreløpig har startet opp noen kinovirksomhet. På dette grunnlag kan vi derfor ikke se at Bergen Kino pr. i dag er utsatt for noen direkte konkurranse fra dette selskapet. Det avgjørende må være den aktuelle konkurransesituasjonen Bergen Kino står overfor, og ikke om det er mulig for private aktører å etablere seg i markedet.


Etter dette finner ikke Fylkesmannen at den konkurransen som Bergen Kino har påberopt seg innen kinomarkedet i Bergensregionen, verken hver for seg eller samlet, utgjør noen reell konkurranse for Bergen Kino. Bergen Kino fremstår pr. i dag som mer eller mindre enerådende innen sitt hovedmarked.

Fylkesmannen finner derfor ikke at Bergen Kino hovedsakelig driver næringsvirksomhet i konkurranse med private. Vilkårene i unntaksbestemmelsen i offl. § 2 første ledd andre punktum er derfor ikke oppfylt. Ettersom Bergen Kino dermed omfattes av offl.s anvendelsesområde kan ikke selskapet avvise å ta stilling til Bergens Tidendes begjæring om dokumentinnsyn, men må behandle denne. Bergen Kinos avvisningsvedtak blir derfor å oppheve.

Vedtak: Bergen Kinos avvisningsvedtak oppheves.

Fylkesmannens vedtak kan ikke påklages, jf. fvl. § 28 tredje ledd.

Med hilsen


Svein Bjerkeng e.f.
underdirektør


Hugo Morken
rådgiver

Kopi:

Bergens Tidende v/Lars Holger Ursin, pb. 7240, 7240 Bergen

Advokatfirmaet Steenstrup Stordrange DA v/advokat Richard Monclair Bolstad, postboks
1150 Sentrum, 5811 Bergen

