

Roger's Entertainment
Roger Skar
Box 282 Sentrum
7801 Namsos

Deres ref.:

Vår ref.: 2006/1112 - 2
MAB MARY 549.6

Saksbeh.: Malin Rygg

Dato: 24.10.2006

■ Avgjørelse A2006-58 - Roger's Entertainment - konkurranseloven § 12 jf. §§ 10 og 11 - avslag på anmodning om å gripe inn mot tivolibransjen

Konkurransetilsynet viser til Deres e-post av 21. april 2006, samt etterfølgende kontakt i saken.

Sakens bakgrunn

Klager er en av to enkeltmannsforetak som sammen driver levering av familieunderholdning til små og store arrangementer, samt utleie og salg av utstyr som hoppeslott m.v. Det er anført i ovennevnte e-post at tivoliene i Norge handler i strid med forbudsbestemmelsene i konkurranseloven¹ ved at de ved sin opptreden sørger for at Roger's Entertainment stenges ute fra markedet for tilbud av underholdning og/eller aktiviteter til messer, markedsdager og lignende. Det hevdes at tivoliene setter som vilkår for avtale med arrangøren at det ikke leies inn hoppeslott eller andre lignende aktiviteter for barn på samme arrangement. Vilkåret blir etter det opplyste enten satt direkte i kontrakten, eller formidlet muntlig til arrangøren. Det hevdes at dette innebærer en vesentlig begrensning av konkurransen, fordi Roger's Entertainment dermed ikke får levert sine tjenester til dette markedet.

På bakgrunn av Deres klage har tilsynet foretatt en vurdering av om det anførte forhold er i strid med forbudsbestemmelsene i §§ 10 og 11 i konkurranseloven. I forbindelse med saksbehandlingen har Konkurransetilsynet tatt kontakt med ulike markedsdag- og messearrangører, en messeformidlingstjeneste, ulike tivoli, samt Norsk Cirkus- og Tivoliforening. Som det fremgår av drøftelsen nedenfor er det neppe grunnlag for å konstatere at vilkårene i § 10 eller § 11 er oppfylt i denne saken.

Utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling

Konkurranseloven § 11 nedlegger forbud mot et dominerende foretaks utilbørlige utnyttelse av sin stilling. Bestemmelsen tilsvarer EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av § 11.

Forbudet i § 11 retter seg mot foretak og oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt for at det skal kunne konstateres en overtredelse.

¹ Lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

For det første må foretaket inneha en dominerende stilling. Dernest må foretakets atferd utgjøre en utilbørlig utnyttelse. Det er med andre ord ikke forbudt i seg selv å inneha en dominerende stilling, men dominerende foretak har et spesielt ansvar for at dets atferd ikke begrenser konkurransen.

I den foreliggende sak består den påståtte konkurranseskadelige handlingen i at tivoliene skal ha satt vilkår i sine avtaler med arrangørene som fører til at andre aktivitetstilbydere blir utestengt fra de enkelte markedsdags- og messearrangement. For at handlingen skal rammes av konkurranseloven § 11 er det imidlertid som nevnt et vilkår at tivoliene har en dominerende stilling.

Ved vurderingen av om et foretak er dominerende må det foretas en avgrensning av det relevante marked. Det relevante produktmarked har både en produktmessig og en geografisk dimensjon. Avgrensningen av det relevante produktmarkedet foretas ut fra en vurdering av hvorvidt etterspørerne vurderer et sett produkter til å dekke samme behov basert på produktenes egenskaper, bruksområde og pris. Jo bedre substitutt et produkt er til produktet partene tilbyr, desto større er sannsynligheten for at dette produktet inngår i det relevante produktmarkedet.

Tivolier tilbyr arrangører av messer og markedsdager et underholdningstilbud til gjestene på messen eller markedsdagen. Et kjennetegn ved tivolier er at de har mange ulike attraksjoner. Disse kan være ulike ferdighetstester hvor publikum kan vinne premier, karusseller, mindre berg- og dalbaner, pariserhjul eller lignende hvor det er opplevelsen av å sitte på som er det viktige. Et tivoli har aktiviteter for barn og voksne, men hovedvekten er aktiviteter for barn og ungdom.

I tillegg finnes aktører som har andre tilbud som oppblåsbare hoppeslott, underholdning med klovn, ulike sceneshow og annet. Disse aktørene kaller seg ikke tivoli. De har normalt et mer begrenset utvalg av tilbud til arrangører av messer og markedsdager. I tillegg leverer de ofte sine tjenester til arrangement som team-building, utdrikkingslag, karneval og lignende. Formålet er imidlertid i hovedsak det samme som tivoli. Produktene skal gi de besøkende på messer og markedsdager opplevelser og underholding, og produktene er spesielt rettet mot barn og ungdom.

Tivoliene har en veldig forskjellig prissetting i forhold til andre leverandører av underholding og/eller aktiviteter. Basert på produktenes egenskaper og bruksområde er tilsynet imidlertid likevel av den oppfatning at aktører som Roger's Entertainment mest sannsynlig er i det samme relevante marked som tivoli.

Markedet avgrenses dermed til markedet for tilbud av underholding og/eller aktiviteter til messer, markedsdager og lignende.

Det relevante geografiske markedet omfatter det geografiske området hvor etterspørerne i det relevante produktmarkedet foretar sine innkjøp. Etterspørerne er i hovedsak arrangører lokalisert i Norge, og det er både norske og enkelte svenske aktører som tilbyr tivoli til norske arrangører. Tivolier reiser over hele Norge, selv om enkelte større tivolier har flere grupper som har hver sine reiseruter. Markedet avgrenses dermed til minst Norge.

I den foreliggende sak er det opplyst at det er minst fem tivoli som tilbyr sine tjenester til arrangører i Norge. I tillegg kommer som nevnt over andre tilbydere av underholdning og/eller aktiviteter.

Det vil i de fleste tilfeller ikke være tale om at et foretak har dominerende stilling hvis det aktuelle foretaket har en markedsandel på under 40 %. På bakgrunn av markedsavgrensningen over er det lite trolig at det er noen aktør som har over 40 % av det aktuelle markedet, og det antas at det neppe er noen aktør som har en dominerende stilling.

På bakgrunn av det ovennevnte er det lite sannsynlig at § 11 er overtrådt i denne saken.

Konkurransbegrensende samarbeid

Konkurranseloven § 10 forbyr samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen merkbart. Bestemmelsen har samme innhold som EØS-avtalen artikkel 53 og EF-trakten artikkel 81. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av § 10.

For at forbudet i § 10 skal anses for å være overtrådt må det for det første foreligge en eller annen form for avtale eller samarbeid mellom to eller flere uavhengige foretak. Dernest må samarbeidet ha konkurransebegrensende formål eller virkning. I tillegg må konkurransen påvirkes merkbart. Merkbarkriteriet fremgår ikke direkte av lovens ordlyd, men har blitt innfortolket i praksis.²

I klagen er det redegjort for at tivoliene setter en såkalt eneklausul i sine kontrakter med markedsdags- og messearrangørene og anført at dette innebærer en ulovlig konkurransevriding. Det bemerkes i denne forbindelse at det ikke gjelder en alminnelig kontraheringsplikt etter norsk rett. Det følger av dette at arrangørene normalt selv kan bestemme hvilke aktiviteter de vil leie inn til sine arrangementer. Konkurransetilsynet vil derfor ikke kunne gripe inn mot ekskluderende samarbeid kun med den begrunnelse at samarbeidet virker urimelig overfor andre aktører. Spørsmålet er om samarbeidet virker begrensende på konkurransen i markedet.

For at det skal kunne konstateres et brudd på § 10 i denne saken må det derfor kunne legges til grunn at det foreligger en avtale eller et samarbeid mellom to eller flere tivoli, to eller flere arrangører eller mellom tivoli og arrangør som har til formål eller virkning å begrense konkurransen.

Slik saken fremstår, foreligger det neppe holdepunkter for å si at aktørene i markedet har inngått slike konkurransebegrensende avtaler eller har inngått i et slikt samarbeid. Det er et svært stort antall arrangører, og det foreligger ingen holdepunkter i saken som tilsier at disse samarbeider i sin kontakt med tivoliene. Selv om det er relativt få tivolier er det lite som tyder på at de har samordnet sine avtaler eller sin opptreden overfor arrangørene. Konkurransetilsynet finner derfor ikke holdepunkter for at det er inngått avtaler eller samarbeid horisontalt i det aktuelle markedet som har til formål å begrense konkurransen. Spørsmålet blir således om det kan foreligge vertikale restriksjoner mellom arrangører og tivolier som har til formål å begrense konkurransen.

Konkurransetilsynets foreløpige undersøkelser tyder på at arrangørene er en sterk forhandlingspart og at de er med på å sette sine vilkår i avtalen med tivoliene. Noen har en eneklausul med tivoliene, mens andre ikke har det. Etter de tilbakemeldinger Konkurransetilsynet synes størrelsen på arrangementet å være avgjørende for om tivoliet blir eneste underholder på det aktuelle arrangement eller ikke. Dette taler for at eventuelle vertikale restriksjoner i avtalene mellom arrangører og tivoli har andre formål enn å begrense konkurransen. Det må således vurderes om avtalene har en konkurransebegrensende virkning.

For at det skal kunne legges til grunn at en avtale har til virkning å begrense konkurransen er det ikke nok at det kan påvises en konkurransebegrensende effekt. Som nevnt over er det et tilleggsvilkår etter loven at konkurransen begrenses merkbart. De undersøkelser Konkurransetilsynet har foretatt peker i retning av at de avtaler som blir inngått utelukkende gjelder for ett arrangement i en begrenset tidsperiode – sjelden lenger enn 3 til 5 år. Mange arrangører inngår avtaler for ett år av gangen. Samtlige aktører konkurrerer på like vilkår når nye kontrakter skal inngås. Det er et meget stort antall arrangement hvert år, og tilbakemeldingene fra aktørene i markedet er at det er stor konkurranse om å få kontrakt med de ulike arrangører.

Konkurransetilsynets vurdering er at selv om avtalene i noen tilfeller inneholder eneklausuler, har denne praksisen neppe noen merkbar virkning på konkurransen i det relevante markedet som helhet,

² Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) på side 225.



og tilsynet kan derfor vanskelig kan se at konkurransen er merkbart begrenset i strid med forbudet i § 10.

Konklusjon

Som det fremgår av redegjørelsen over innebærer det innklagede forhold neppe brudd på verken konkurranseloven § 10 eller § 11. På denne bakgrunn er det ikke grunnlag for å prioritere ressurser til ytterligere undersøkelser i saken, og den blir derfor avsluttet fra tilsynets side.

Avgjørelsen kan påklages, jf. konkurranseloven § 12 tredje ledd. Fristen for å klage er tre uker. En eventuell klage stiles til Fornyings- og administrasjonsdepartementet, men sendes Konkurransetilsynet. Forøvrig vises til vedlagte skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak".

Avslutningsvis nevnes også at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av forbudene i konkurranseloven §§ 10 eller 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for de alminnelige domstoler. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken og gripe inn for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Magnus Gabrielsen
seniorrådgiver

Malin Rygg
rådgiver

Vedlegg:

Skjema "Melding om rett til å klage over forvaltningsvedtak"