

Myhre & Co Advokatfirma AS  
Robert Myhre  
Rådhusgt. 9a  
0151 Oslo

Deres ref.:

Vår ref.: 2008/880  
MAB INHS 547

Dato: 14.11.2008

## **Media Plus AS og Frantz Annonse-service AS - konkurranseloven § 12 jf. § 10 og § 11 - avslag på anmodningen om å gripe inn mot Cicero Annonsebyrå AS**

### **1. Innledning**

Konkurransetilsynet viser til Deres brev av 6. oktober 2008 med anmodning om å gripe inn mot misbruk av dominerende stilling fra Cicero Annonsebyrå AS ("Cicero"), subsidiært mot en mulig konkurransebegrensende avtale mellom Cicero og Fylkeskommunene Nord ("FNK"). Det vises videre til telefonmøte 30. oktober 2008 der klagen ble utdypet ytterligere.

### **2. Konkurransetilsynets saksbehandling**

Konkurransetilsynet har som nevnt over gjennomført telefonkonferanse med klagerne for å få utdypet klagen. Tilsynet har videre innhentet informasjon fra Nordland Fylkeskommune vedrørende anbudskonkurransen om levering av rådgivningstjenester til FNK. Konkurransetilsynet har således mottatt Cicero sitt tilbud på annonseformidling til FNK av 1. august, klagen til Nordland Fylkeskommune av fra Media Plus AS og Frantz Annonse-service av 18. september og brev fra Nordland Fylkeskommune om avlysning av konkurransen av 24. september.

På bakgrunn av henvendelsen har tilsynet vurdert om atferden til Cicero er i strid med konkurranseloven § 11. Videre har tilsynet gitt veiledning knyttet til om en eventuell avtale om annonserådgivning mellom Cicero og FNK kan være i strid med konkurranseloven § 10.

### **3. Klagernes anførsler**

Mediebyråselskapene Media Plus AS (heretter "Media Plus") og Frantz Annonse-service AS (heretter "Frantz") påklager tilbudspraksis fra konkurrerende virksomhet, Cicero. Det gjøres prinsipielt gjeldende at Cicero har en dominerende stilling i markedet for rådgivning knyttet til stilling-ledig annonser for offentlig sektor og at Cicero misbruker denne stillingen i strid med konkurranseloven § 11. Det anførte misbruket oppgis å være ledd i en generell strategi fra Ciceros side om å presse konkurrentene ut av markedet.

Det relevante produktmarkedet oppgis å være markedet for rådgivning knyttet til stilling-ledig annonser for offentlig sektor. Geografisk er markedet i følge klagerne avgrenset til de nordlige og midtre delene av Norge, med en mulig utstrekning så lang sør som Møre og Romsdal fylke. Årsaken til den geografiske avgrensingen er i følge klagerne at rådgiverne må ha lokalkunnskap for

å ha reelle muligheter til å vinne anbudskonkurransene. I følge klagerne benyttes det i de offentlige anbudskonkurransene et tildelingskriterium kalt "service/oppfølging" som i realiteten fungerer slik at tilbydere uten lokalkunnskap vanskelig kan vinne frem. I all hovedsak er det de regionale helseforetakene og fylkeskommunene som er etterspørere etter denne typen tjenester. De to klagerne konkurrerer i dette markedet med Cicero og et mindre firma kalt OAE Mediebyrå. Gitt at markedet avgrenses regionalt, hevder klagerne at Cicero har en markedsandel på mellom 50 og 60 %. Andelen blir enda høyere dersom Cicero til slutt tildeles kontrakten som omhandles i nærværende sak.

I klagen er misbruket konkretisert i forhold til en offentlig anbudskonkurranse utlyst av FNK vedrørende innkjøp av tjenester knyttet til annonseformidling, lay-out, mv for tidsrommet 1. september 2001 – 31. august 2011. I følge klagerne tilbød Cicero så lave priser at det var grunn til å anta at Cicero måtte tape penger på rådgivningskontrakten isolert sett. Klagerne kjenner ikke Ciceros tilbudspriser, og forholdet mellom pris og kostnader er derfor ikke ytterligere konkretisert.

Videre anfører klager at Cicero opptrådte i strid med konkurranseloven § 11 første ledd, herunder § 11 andre ledd bokstav d ved å koble tilbudet om annonserådgivning med påfølgende annonsering på Ciceros egen nettportal [www.jobbnorge.no](http://www.jobbnorge.no). Den ulovlige koblingen besto i følge klager i at tilbudet fra Cicero også omfattet tilbud om annonsering på [www.jobbnorge.no](http://www.jobbnorge.no), eventuelt at Cicero gjennom sin rådgivning kanaliserte annonsering inn på egen nettportal, og dermed hentet inn igjen tapet fra rådgivningskontrakten isolert sett her.

Virkningen av misbruket er i alle tilfelle at det på grunn av Ciceros lave anbudspriser ikke blir mulig for konkurrentene som ikke har tilgang på tilsvarende nettportaler som Cicero, å konkurrere om kontrakter på rådgivning knyttet til stilling-ledig annonser. Cicero vil på denne måten overta hele markedet.

Resultatet av den konkrete anbudskonkurransen var at Cicero ble tildelt kontrakten. Tildelingen ble imidlertid påklaget etter regelverket om offentlige anskaffelser. Tildelingsbeslutningen ble opphevet, og ny konkurranse ble iverksatt. Klagerne forventer at Cicero kan bli tildelt kontrakt på ny.

Subsidiært gjøres det derfor gjeldende at en eventuell avtale mellom FNK og Cicero etter ny anbudskonkurranse om rådgivning for FNK vil være strid med konkurranseloven § 10 første ledd, herunder § 10 første ledd bokstav e. Den konkurransebegrensende virkningen av en eventuell avtale anføres å være den samme som anført ovenfor i tilknytning til § 11.

#### **4. Vurdering etter konkurranseloven § 11**

Konkurranseloven § 11 forbyr dominerende foretak å utnytte sin markedsrett på en utilbørlig måte. Bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalens artikkel 54 og EF-traktatens artikkel 82. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranseloven § 11.

Konkurransetilsynet er forpliktet til å vurdere om EØS artikkel 53 og 54 også kommer til anvendelse når det vurderes om konkurranseloven § 10 og § 11 skal anvendes, jf EØS konkurranseloven § 7 første ledd. For at EØS-avtalen artikkel 53 og 54 skal komme til anvendelse må samhandelen mellom EØS-statene kunne påvirkes i en ikke ubetydelig grad. På tross av en teoretisk mulighet for at også tilbydere fra andre EØS land kan delta i de offentlige anbudskonkurransene det her er tale om, synes denne muligheten i praksis ikke å bli benyttet. Det fremstår da ikke som sannsynlig at vilkåret om at samhandelen må kunne påvirkes er oppfylt, og tilsynet anvender derfor ikke EØS avtalens artikkel 53 og 54 her.

Forbudet i konkurranseloven § 11 oppstiller to vilkår som begge må være oppfylt for at det skal kunne konstateres overtredelse av bestemmelsen. For det første må foretaket inneha en dominerende stilling. Dernest må foretakets atferd utgjøre en utilbørlig utnyttelse.

Begrepet ”dominerende stilling” relaterer seg til den markedsrett et foretak har. Et foretak har en dominerende stilling når det er i stand til i betydelig grad å opptre uavhengig av sine konkurrenter, kunder, og sluttbrukere i det relevante markedet.<sup>1</sup> I vurderingen av om et foretak i betydelig grad er i stand til å opptre uavhengig, vil særlig foretakets markedsandel være av sentral betydning. Det følger av rettspraksis at dersom foretaket har en markedsandel på nærmere 50 % eller mer foreligger det en presumsjon for at det er dominerende.<sup>2</sup>

For å beregne Cicero sin markedsandel og fastlegge om Cicero besitter en dominerende stilling må det avgrenses et relevant marked. Det relevante marked har en produktdimensjon og en geografisk dimensjon.

Konkurransetilsynet legger til grunn at det relevante produktmarked er markedet for medierådgivning relatert til stilling ledig annonser til offentlig sektor. Produktmarkedet er avgrenset konkret og forholdsvis snevert i saken, på bakgrunn av at dette er en type rådgivning som etterspørres særskilt, og i hovedsak gjennom offentlige anbudskonkurranser som definerer produktene som etterspørres.

Markedets geografiske utstrekning fastlegges med utgangspunkt i det området der de berørte foretakene tilbyr medierådgivning, og hvor konkurransevilkårene er tilstrekkelig ensartet. Det relevante geografiske område kan holdes atskilt fra tilgrensende områder, særlig fordi konkurransevilkårene der er merkbart forskjellig.

Media Plus og Frantz hevder at det relevante marked må avgrenses regionalt til Nord-Norge. Nord-Norge omfatter etter klagerens oppfatning fylkene Finnmark, Nordland, Troms, Nord- og Sør-Trøndelag og eventuelt Møre- og Romsdal. Markedets geografiske avgrensning begrunnes særlig med at regional kjennskap er viktig i markedet for medierådgivning, særlig som følge av kunnskap om regionaviser og lokalaviser.

I denne saken har Cicero en markedsandel på 26 % dersom det relevante marked avgrenses nasjonalt, og en markedsandel på mellom 50 % og 60 % dersom markedet avgrenses regionalt. Markedet er beregnet på grunnlag av Ciceros omsetning i 2007, sett i forhold til totalmarkedet regionalt og nasjonalt.<sup>3</sup>

Etter Konkurransetilsynets oppfatning foreligger det flere forhold som taler for at markedet er større enn regionalt. Et sentralt hensyn under anskaffelsesregelverket er å forhindre diskriminering til fordel for lokale leverandører, og konkurransegrunnlagene skal så langt det er mulig utformes slik at dette ikke skjer. Da anbudskonkurranser med kontraktsverdier på det nivå det her er tale om blir kunngjort i hele EØS-området er det potensielt en mulighet for at leverandører også utenfor Norge kan inngi tilbud. Erfaringsmessig har det i følge klagerne likevel vist seg at det ikke har skjedd for denne konkrete tjenesten.

Konkurransetilsynet antar at regional kjennskap ved formidling av medierådgivning kan være en fordel, men finner det sannsynlig at også mediebyråer som er lokalisert andre steder i landet uten større anstrengelser kan gjøre seg kjent med potensielle annonseringssteder i regionen for stilling-ledig annonser. Dette illustreres også av at Media Plus, som har hovedsete i Oslo, deltok i anbudskonkurransen om levering av annonserådgivning til Fylkeskommunene Nord, sammen med Cicero og Frantz. De tre leverandørene ble rangert likt på samtlige tildelingskriterier, foruten pris.

<sup>1</sup> Se EF-domstolens avgjørelse i sak 27/76, *United Brands Company mot Kommisjonen*, premiss 65

<sup>2</sup> Se EF-domstolens avgjørelse i sak 62/86, *AKZO Chemie mot Kommisjonen*, premiss 60

<sup>3</sup> Konkurransetilsynet har lagt til grunn beregningen av markedsandeler som foretatt av Media Plus og Frantz.

Det kan ut fra kommentarene på evalueringsskjemaet ("fyller kravene") spørres om tildelingskriteriene "miljø" og "service/oppfølging" i realiteten har blitt benyttet som utvelgelseskriterier, men dette får neppe betydning her. Poenget er fortsatt at hovedskillet synes å ha gått på pris – ikke på de andre kriteriene.

Dette tyder på at også leverandører lokalisert utenfor regionen kan konkurrere på like vilkår med lokale leverandører.

Konkurransetilsynet viser videre til at det ikke foreligger noen rettslige eller praktiske hindringer for at de involverte foretak kan levere tilbud om annonserådgivning til foretak over hele landet. Konkurransetilsynet kan ikke se at medieveiledning, annonseproduksjon, formidling av annonser eller annet arbeid innen annonserådgivning forutsetter lokal tilstedeværelse eller nærhet til oppdragsgiver.

På denne bakgrunn er det sannsynlig at konkurransevilkårene i markedet for medierådgivning ikke er merkbart forskjellig i Nord-Norge og i resten av Norge. Konkurransetilsynet antar således at markedet for medierådgivning relatert til stilling ledig annonser til offentlig sektor i alle fall er nasjonalt.

I samsvar med opplysninger gitt av klagerne i telefonmøte 30. oktober 2008 legger Konkurransetilsynet til grunn at Cicero har en markedsandel på 26 % i et nasjonalt marked. Det fremstår da ikke som sannsynlig at Cicero skulle ha en dominerende stilling i det relevante marked, og Konkurransetilsynet finner ikke grunn til å prioritere ytterligere ressurser til å utrede øvrige problemstillinger knyttet til § 11.

## **5. Veiledning om anførselene knyttet til konkurranse-loven § 10**

Media Plus og Frantz anfører at en eventuell avtale om annonserådgivning mellom Cicero og FNK etter avsluttet anbudskonkurranse vil være i strid med forbudet mot konkurransebegrensende avtaler i konkurranse-loven § 10, herunder særlig § 10 bokstav e.

Problemstillingen er foreløpig hypotetisk, men siden tilsynet forventer at forholdet kan bli påklaget om Cicero blir tildelt kontrakten, ønsker tilsynet likevel å gi følgende veiledning:

Konkurranse-loven § 10 forbyr uavhengige foretak å samarbeide på en måte som har til formål eller virkning å begrense konkurransen i et marked. Bestemmelsen tilsvarende EØS-avtalen artikkel 53 og EF-traktaten artikkel 81. Praksis knyttet til tolkningen av disse bestemmelsene vil således være relevant ved anvendelsen av konkurranse-loven § 10.

EF-domstolen har slått fast at artikkel 82 rammer både horisontale og vertikale avtaler,<sup>4</sup> og det tilsvarende gjelder etter konkurranse-loven § 10. En vertikal avtale mellom Cicero som tilbyder av annonserådgivingstjenester og FNK som etterspørter kan dermed i prinsippet rammes av bestemmelsen.

Bestemmelsen i § 10 bokstav e rammer såkalte koblingssalg, der kunden ikke får kjøpt varen A uten samtidig å kjøpe produkt B. Avtaler mellom tilbydere om kun å selge produkt A sammen med produkt B omfattes av bokstav e. Det er mer tvilsomt om en individuell avtale om koblingssalg mellom en tilbyder og en etterspørter, som i dette tilfellet, rammes av [§ 10](#).

Konkurransetilsynet har innhentet Cicero sitt anbud til FNK av 1. august 2008. Tilbudet på annonserådgivning er ikke betinget av at FNK også må annonsere på Ciceros internettportal, jobbnorge.no. Dermed synes det uansett her ikke å være tale om noe koblingssalg som kan rammes av § 10, bokstav e.

---

<sup>4</sup> Se EF-domstolens avgjørelse i forende saker 56 og 58/64, *Consten og Grundig mot Kommisjonen*



Det er da ut fra den informasjon tilsynet har mottatt i saken vanskelig å se at en eventuell kontrakt mellom Cicero og innkjøper vil være i strid med konkurranseloven § 10.

## 6. Oppsummering

Konkurransetilsynet har ikke funnet det sannsynlig at det påklagede forhold vil være i strid med konkurranseloven § 11. Tilsynet finner derfor ikke grunn til å prioritere ressurser til ytterligere undersøkelser i saken.

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.

Konkurransetilsynet har også gitt veiledning knyttet til konkurranseloven § 10. Det er ut fra den foreliggende informasjon ikke grunn til å tro at en eventuell avtale som beskrevet, vil være i strid med konkurranseloven § 10.

Vi gjør for øvrig oppmerksom på at foretak som mener seg rammet av en overtredelse av konkurranseloven §§ 10 og 11 selv kan forfølge saken ved å reise sak for domstolene. Man er således ikke avhengig av at Konkurransetilsynet skal involvere seg i saken og eventuelt gripe inn for å kunne beskytte seg mot en overtredelse.

Med hilsen

Henrik Magnus Lande (e.f.)  
*seksjonsleder*

Inger Helene Sætre  
*førstekonsulent*

Mottakere:

Myhre & Co Advokatfirma AS    Rådhusgt. 9a    0151    Oslo