

Uttalelser fra

Konkurranseutvalget

Februar 1978 – november 1978

Nr. 14

I behandlingen av nedenstående saker på møtet den 21.8.1978 deltok: adm.direktør Blom, direktør Halvorsen, direktør Kobro, h.r.dommer Løchen, direktør Malm, fru Sommerset og disponent Østbøll.

Klagen gjaldt spørsmålet om et samarbeide i en forskningsgruppe og hvilke restriksjoner deltagelse i en slik forskningsgruppe legger på dens enkelte medlemmer. Klagen gjaldt spørsmålet om det var opptrådt i strid med god forretnings-skikk ved å igangsette produksjon av et spylemunnstykke. Utvalget avviste klagen fra realitetsbehandling idet det ble konstatert at partenes påstander sto mot hverandre på sentrale punkter. Det ble konstatert at slik saken var fremstilt for Utvalget, var den ikke tilstrekkelig opplyst til å ta realitetsstandpunkt og ble ansett ikke egnet for behandling i Utvalget. (21.8.1978)

Sak nr. 3/1977:

Klager: Disponent Bjarne Sem, Oslo 2

Prosessfullmektig: H.r.advokat Torvald C.

Løchen, N. Vollgt. 1, Oslo 1

Innklaget: 1: Sjøkaptein Einar Gamst, Luftfartsvn. 10, Oslo 3.

2. Skipsrederiet O. Ditlev-Simonsen jr., v/skipsreder Nicolay Johansen, Haakon VII's gt. 1, Oslo 1

Prosessfullmektig: H.r.advokat Peter F. Holst, P.b. 1603, Vika, Oslo 1.

Saken er bragt inn for Utvalget ved klage av 3. mai 1977. Den er avvist fra behandling hos Forbrukerombudsmannen i brev av 10.12.1976.

Det spørsmål Utvalget i klagen er anmodet om å ta stilling til, er hvorvidt sjøkaptein Gamst og/eller Skipsrederiet O. Ditlev-Simonsen jr. har opptrådt i strid med god forretningsskikk ved å igangsette produksjonen av et spylemunnstykke og hvor de har kunnet nytte de erfaringer Bjarne Sem meddelte til forskningsgruppen "System for drift av skip" (SDS).

Det er meddelt at saken i korthet gjelder et samarbeide mellom klageren og en forskningsgruppe for rengjøring av skip der man hadde anpasset for sine behov et spylemunnstykke som opprinnelig var konstruert for betong av Bjarne Sem og markedsført av hans firma Sem Maskin. Han ble av vedkommende gruppe anmodet om at de kunne samarbeide med ham om utvikling av en mer langtrekkende stråle hvis det var mulig. Klageren gikk med på dette og stilte sin know how og erfaring til disposisjon. Det er knyttet betydelige tekniske problemer til det å frembringe en tilstrekkelig konsentrert og langtrekkende, kraftig vannstråle. Ved visse forandringer i løpet lyktes det å skape en strålelengde som langt overgikk

det som til da ble ansett som teknisk og fysisk mulig. Etter at man således var kommet til et tilfredsstillende spylemunnstykke som så ble satt i produksjon av Sem, var det en av gruppens medlemmer, sjøkaptein Einar Gamst, med støtte av rederiet O. Ditlev-Simonsen jr. som konstruerte sitt eget munnstykke på basis av inn-sikt og erfaringer høstet i forskningsgruppen. Dette munnstykke selges nå i konkurranse med Bjarne Sems produkt. Spørsmålet er så om Gamst – som medlem av forskningsgruppen – på en urimelig måte har utnyttet den know how som er betrodd gruppen av Bjarne Sem.

Klageren gjør gjeldende at saken reiser et prinsipielt spørsmål idet det er nødvendig for forskningsgrupper å få stilt til disposisjon et så vidt erfaringsmateriale som mulig. Dette forutsetter imidlertid et tillitsfullt samarbeide med de involverte næringsdrivende idet neppe noen vil antas å stille sitt erfaringsmateriale til disposisjon hvis de risikerer konkurrerende produksjon. I det foreliggende tilfelle var ikke noen konkurrent til Bjarne Sem representert i komiteen, og det var intet som advarte om at detaljkunnskap til hans produksjon ville bli brukt umiddelbart til konkurranse mot ham. Gruppen var sammensatt av representanter for brukere av produktene, og det var ikke direkte eller indirekte noen indikasjoner for at enkelte av disse ville opptre som produsenter.

Klageren gjør videre gjeldende at han ikke kan motsette seg at 3.-mann tar opp konkurrerende produksjon så lenge det ikke strider mot særskilt beskyttede immaterielle rettigheter. En 3.-mann vil også kunne nyttiggjøre seg forskningsgruppens resultater, men det faktum at man samarbeider med en slik gruppe for å tilføre den viten og know how, legger visse restriksjoner på deltagerne. Kaptein Gamst har på en forkastelig måte benyttet seg av en annen manns innsats; en innsats som er stilt til disposisjon for et bestemt formål.

Det er riktig at det kom en del reklamasjoner på de første spylemunnstykker, men dette skyldtes forsert produksjon for å imøtekomme sterke oppfordringer fra rederienes side om hurtig levering av produktet. Det er ikke kommet en eneste reklamasjon etter høsten 1974.

Konklusjonen er derfor at Sem-Jet er et fullt konkurransedyktig og tilfredsstillende produkt. Barnesykdommen fra den forserte start stilte ikke de innklagede i noen som helst nødsituasjon som skulle berettige til å gå på tvers av forpliktelser eller etiske prinsipper og uten videre starte en konkurrerende produksjon av et spyle-

munnstykke basert på de prinsipper Sem hadde utviklet og betrodd forskningsgruppen. Ved å koble Sem inn så sentralt i prosjektet, og ved faktisk å basere seg på en videreutvikling av hans munnstykke, har man også forpliktelse overfor ham. En deltager i en slik gruppe kan ikke uten videre sende ut et konkurrerende produkt som bygger på det samme forskningsresultat og de samme prinsipper, når slik konkurrerende produksjon ikke var forutsatt eller ventelig.

Det er ikke riktig at de to munnstykker baserer seg på to forskjellige prinsipper. Begge bygger på samme prinsipp for skruing av drivluften. Det er dette skruerprinsipp som er det vesentlige. Gamst har erstattet Sems skråstilte venturiedyser med skråstilte luftskovler, og uten slike ville Gamsts munnstykke savnet den nødvendige effekt. Derfor blir Gamsts munnstykke en variant av de samme prinsipper som alt er kjent fra Sem-Jet og Sems eldre betongmunnstykke.

De innklagede gjør gjeldende at partene kom i forbindelse med hverandre i januar 1974 idet SDS-prosjektet hadde invitert en rekke utstyrsleverandører for demonstrasjon av utstyr for å se om noe kunne brukes til rengjøring av lasterom ombord i skip. Det viste seg ved denne sammenkomst at Sems utstyr var uegnet til dette bruk og uinteressant i skipsøyemed idet man ikke oppnådde en brukbar rekkevidde av vannstrålen, mens denne i tillegg hadde en voldsom forstøvning som gjorde det vanskelig å se. Demonstrasjonen viste imidlertid at Sems betongrør etter omarbeidelse sannsynligvis kunne gjøres egnet til spyling av lasterom.

Kaptein Gamst anbefalte at man i første omgang skulle sette en venturiedyse i rørets utløpsparti idet man mente at utstyret på denne måte ville kunne utvikles slik at det ble egnet til skipsbruk. Etter denne forandring så man en merkbar bedring av strålen. Det ble imidlertid foretatt endringer i utløpspartiet etter kaptein Gamsts ideer som man mente ville samle strålen samt bevirke større kastelengde. Etter flere prøver oppnådde man et resultat som var tilfredsstillende. Det er således de innklagede selv som har videreutviklet og gjort utstyret mulig for bruk ombord i skip, og etter at man var nådd frem til et tilfredsstillende produkt, ble røret overlevert til Sem for produksjon.

Etter at et større antall rør var kommet i omløp, begynte en meget stor prosentvis andel å komme i retur som ubrukbare. Andre rør lekket som en sil og måtte erstattes. Sem ble herunder gjort oppmerksom på at en skjevhet i indre rørs utløpsparti ville ødelegge virkningen og gi en difus, forstøvet stråle. Videre ble presisert at Sems skråstilte dyse i dyseringen ikke hadde praktisk betydning. På dette tidspunkt var imidlertid Sem uvillig til å foreta selv små forandringer som ble anbefalt, og etterhvert vokste haugen av rør som ble returnert, fulgt av et stort antall klagebrev.

På grunn av Sems bryske avvisning av alle forslag konstruerte så Gamst et komplett strålerør som var helt ulikt Sems produkt og som heller ikke hadde den dyseringen som Sem selv påsto var den primære årsak til at røret virket. Kaptein Gamsts produkt var i sin helhet konstruert og beregnet av ham selv. Prøver med prototypen viste at dette produkt var Sem-Jet overlegent både i effekt, produktionskvalitet og anvendelighet.

Det var opprinnelig tanken at dette produkt kun skulle brukes i Ditlev Simonsens skip, men det ble etterhvert klart at produktet burde komme skipsfarten som helhet til gode. På grunn av Sems manglende samarbeidsvilje og dårlige produktionsmetode var det klart at han ikke burde overta styring og produksjon av dette utsty-

ret. Innklagede presiserer at man ikke har kopiert Sem-Jet, men konstruert et spylørør ut fra kjennskap til og lang bruk av beslektede produkter. Kaptein Gamst var hovedpersonen i utviklingen av Sems betongrør for overhode å gjøre dette brukelig ombord i skip.

Utviklingen av et nytt spylørør er basert på behovet for et godt og pålitelig produkt for rengjøring av lasterom ombord i skip. De innklagede kan med det kjennskap de har til Sem-Jet fra Utviklingsarbeider og med det arbeidet rederiet hadde ved å være behjelpelig med salg fremstøtene, ikke på noe punkt se seg i stand til å betrakte Sem-Jet som et konkurrerende produkt til det av innklagede benevnte produkt Combi-gun.

De innklagede presiserer at Sem aldri fikk oppfordringer fra rederiet til å forsere produksjonen av Sem-Jet på en slik måte at det gikk ut over kvaliteten. Faktum er at Sem ikke satset nok kapital til å få et teknisk fullverdig produkt. I realiteten hadde Sem et helt år på seg til å forbedre produktet uten at dette skjedde, mens en rekke av sprøytene kom i retur.

Det er markante forskjeller av teknisk art mellom de to sprøytetyper som det her er tale om. Disse tekniske detaljer gjengis ikke her.

De innklagede vil på det mest bestemte avvise klagerens påstand om at kaptein Gamst eller rederiet har opptrådt i strid med god forretningsskikk, eller begått noen form for tillitsbrudd.

Utvalget er forelagt følgende spørsmål til besvarelse: Har sjøkaptein Einar Gamst og/eller Ditlev Simonsen jr. opptrådt i strid med god forretningsskikk ved å igangsette produksjon av et spylemunnstykke hvor de har kunnet benytte de erfaringer Bjarne Sem meddelte til forskningsgruppen System for drift av skip?

Utvalget skal bemerke:

Klageren var opprinnelig ikke med i forskningsgruppen i motsetning til innklagede nr. 1. Han kom imidlertid med fordi man antok at hans spylemunnstykke for betong kunne tilpasses de nye behov for skip.

Utvalget er enig med klageren i at den som går inn i en slik forskningsgruppe og stiller sin know-how til disposisjon, har krav på lojalitet fra gruppens øvrige medlemmer. Disse vil ikke kunne bruke de opplysninger han har betrodd gruppen, fritt i konkurranse med ham. Dette må gjelde uansett om noe skriftlig er avtalt i betingelsene for å gå inn i forskningsgruppen.

Spørsmålet er imidlertid i hvilken utstrekning innklagede har brukt de erfaringer klageren har meddelt forskningsgruppen.

Partenes påstander står mot hverandre på sentrale punkter. Det er således uklart for Utvalget om de to sprøyter bygger på samme eller forskjellig tekniske ide eller prinsipp.

Dette spørsmål er delvis av patentrettslig karakter. Det er for Utvalget også uklart hva henholdsvis klager og innklaget har tilført prosjektet, og hvor langt en mulig etterligning har funnet sted. Saken reiser tekniske spørsmål som partene er uenige om, og som Utvalget ikke har forutsetning for å bedømme.

Saken er i det hele av en slik karakter at den best kan opplyses gjennom en rettssak med part- og vitneavhør under rettslig ansvar og med bistand av sakkyndige.

Slik saken er fremstillet for Utvalget er den ikke tilstrekkelig opplyst til å ta realitetsstandpunkt og anses ikke egnet for behandling av Utvalget. Saken blir derfor å avvise etter statuttens § 1.

Uttalelsen er enstemmig.

Klagen gjaldt spørsmålet om innklagede ved markedsføringen av et selskapsspill hadde gjort seg skyldig i etterligning av spillet og bruksanvisningen til det av klageren markedsførte spill. Hva bruksanvisningen angikk, forelå det erkjennelse for kopiering, og på det punkt ble klagerens påstand tatt til følge. Hva etterligningen forøvrig angikk, ble det konstatert at det var tilstrekkelig forskjell mellom de to spill til å si at noen etterligning eller forvekslingsfare ikke kunne sies å foreligge. (21.8.1978)

Sak nr. 2/1978:

Klager: Informa Forlag A/S, Oslo 1

Prosessfullmektig: H.r.advokat J. F. Villars-Dahl,
Karl Johansgt. 25, Oslo 1

Innklaget: Brio Scanditoy A/S, Tønsberg.

Prosessfullmektig: Advokat Ulf Underland,
Fr. Nansens pl. 9, Oslo 1.

Saken er bragt inn for Utvalget ved klage av 6.2.1978 etter at den var avvist av Forbrukerombudsmannen i brev av 21.12.1977. Klagen gjelder spørsmålet om innklagede ved markedsføring av selskapsspillet Dominans har gjort seg skyldig i etterligning av spillet og bruksanvisningen til det av klageren markedsførte spill Othello.

Klageren gjør gjeldende at Dominans er et klart plagiat av Othello. Således benytter Dominans et farvet 64 ruters brett flankert på begge spillersider av en slisse for spillebrikker. Dimensjonene på brettet er de samme som for Othello, men Dominans bruker andre farver. Bruksanvisningen for Dominans er en tildels ordrett gjengivelse av den som følger Othello, og illustrasjonene er nøyaktig de samme. Det dreier seg om en produktetterligning, og det er skjedd på en slik måte at det medfører en urimelig utnyttelse av en annens innsats idet etterligningen tildels også kan medføre forveksling. Klageren opplyser at Othello i 1971 er lansert av et japansk firma som senere har overlatt til et amerikansk firma retten til å inngå lisensavtaler over hele verden med distributører av Othello. Ved kontrakt i 1976 fikk klageren sin enlisens for Norge til Othello, og han har i 1977 lansert spillet her i landet. Det avgjørende er at man har kopiert Othellos utforming ved plassering av brettet i en spilleramme ved å la rammens spillersider ha 2 slisser for brikkene og ved å bruke samme dimensjoner på brikker, bretttruter, ved markering ved liten sirkel av hjørnene mellom rutene 2/2, 6/2, 2/6 og 6/6 osv. Dominans er imidlertid av en langt dårligere kvalitet.

Hva angår spillereglene pekes det spesielt på illustrasjonene idet innklagede har benyttet nøyaktig de samme illustrasjoner i bruksanvisningen for sitt spill, bortsett fra at disse er speilvendt.

Klageren gjør også gjeldende at det ved årsskiftet 76/77 hadde vært kontakt og forhandlinger om et samarbeide mellom klageren og innklagedes svenske moderselskap. Denne kontakt førte imidlertid ikke til noe samarbeid. Ved de forhandlinger som fant sted, er det imidlertid på det rene at Brio kjente til Othello i detalj, og at dette skjedde før Dominans ble lansert av Brio på markedet i konkurranse med Othello og i en billigutgave av denne. Det kontakthforhold som besto mellom partene, må i høy grad skjerpe kravet til innklagede når denne lanserer et spill i konkurranse med klagerens. Det styrker i høy grad formodningen om at innklagede har hatt klagerens populære spill for øye ved lanseringen av Dominans og ikke de tidligere gammeldagse spill som Klak m.v.

Klageren oppsummerer sitt syn derhen at innklagede ved å lansere et spill som Dominans har opptrådt i strid med markedsføringslovens § 1 og 9 ved at spillet i hovedtrekk til forvekselbarhet er lik klagerens spill Othello.

Selvom enkelte detaljer avviker mellom spillene, og selvom Othello og Dominans bygger på eldre spill etter samme prinsipp, er summen av likhet og helhetsvurderingen så påfallende lik Othellos at det ikke kan skyldes noen tilfeldighet.

Videre foreligger en overtredelse av markedsføringsloven fra innklagedes side ved at han har markedsført Dominans etter at Othello var blitt en verdenssuksess hvorved Dominans kan nyte godt av den goodwill og innsats som er gjort av klageren og dennes hovedmenn, og med fullt kjennskap til dette.

Endelig og under enhver omstendighet har innklagede overtrådt markedsføringsloven ved å benytte for Dominans en bruksanvisning som er et klart plagiat av den som er lansert for Othello, og som er beskyttet med Copyright av den japanske grunnlegger. Dette forhold og det faktum at Brio har søkt å registrere i eget navn varemerket Othello, viser at man ønsker å nyte godt av den goodwill som Othello ved sin verdenssuksess og reklame har klart å opparbeide også her i landet.

Utvalget er forelagt følgende spørsmål til besvarelse:

Anser Utvalget Brio Scanditoy A/S' handlemåte i strid med god forretningsskikk etter markedsføringslovens § 1, jfr. § 9.

Innklagede gjør gjeldende at innklagede er et datterselskap av det svenske Brio Scanditoy AB. Det norske selskap markedsfører således konsernets egne produkter og driver forøvrig betydelig agentur/grossist-virksomhet i spill, leketøy m.v. fra mange land. I firmaets kolleksjon inngår bl.a. spillet Dominans som produseres av det danske Brio Scanditoy A/S. Firmaet fører imidlertid også spillet Othello. Begge kom på markedet i Norge våren 1977. Othello er i likhet med Dominans et gammelt spill. Det bemerkelsesverdige med Othello er at det nå markedsføres over hele verden som noe nytt, eller som et spill som er oppfunnet av japaneren Hasegawa i 1971. Dette er imidlertid ikke riktig.

En dansk spillfabrikant produserte allerede i begynnelsen av 1930-årene det samme spill under betegnelsen Klak. Dette er nøyaktig det samme spill som Othello, bestående av 64 like brikker som er hvite på den ene side og sorte på den annen, og med et brett med 8 x 8 ruter. I slutten av 1940-årene tok den danske fabrikant igjen opp spillet i sin produksjon, men denne gang under betegnelsen Op-og-ned. Op-og-ned representerer intet nytt i forhold til Klak. Både Othello og Dominans er nye utforminger av de spill som foran er nevnt. Også andre produsenter har tatt opp produksjon og salg av spillet.

Når det gjelder den konkrete utforming av Dominans, representerer den ikke noen produktetterligning av Othello i strid med markedsføringsloven. Det er således en betydelig prisforskjell på de to produkter med henholdsvis 69 og 51 kroner, og det er også forskjell i den produksjonstekniske utforming.

Til de påståtte likhetstrekk bemerker innklagede at plasseringen av spillebrettet i en støpt plastramme eller en plate er en metode som også brukes av en rekke produsenter av ulike typer av spill. Hva angår slissene for spillebrikkene gir deres plassering på hver side av spillebrettet seg selv. At spillet utstyres med slisser eller magasin for brikker er forøvrig en fremgangsmåte som benyttes av mange spillfabrikanter for ulike typer av spill. Det er forøvrig en markert forskjell mellom Othellos

magasin som er forsynt med plastlokk, og Dominans' magasin som bare er en åpen fordypning i plastrammen. Brikkenes dimensjoner er ikke de samme for de to spill, idet Dominans' brikker er tykkere.

Det bestrides ikke at bretttrutene har samme dimensjoner. Det er også riktig at faresonene er markert på samme måte i begge spill ved en liten sirkel. Markeringen er for Dominans vedkommende dessuten forsterket ved at det er foretatt en farvelegging av spillebrettet i faresonen, markert ved en dypere blåfarge. Det bestrides at det kan foreligge den ringeste mulighet for forvekslinger mellom de to spill.

Navnene på de to spill er helt forskjellige og vekker ulike assosiasjoner. De farver som benyttes på spillet og dets pakning, herunder dekorasjonene, er helt forskjellige. De slagord som knyttes til spillene: nemlig Othellos' "A minute to learn - a lifetime to master." mens Dominans bruker "Op ned i et strategisk spill" er helt forskjellige og formatet på pakningen er forskjellig. Det er på det rene at det dreier seg om det samme spill, men innklagede stiller seg uforstående til påstanden om at en kjøper av Dominans vil kunne forveksle dette med Othello.

Det bestrides også at Dominans er av dårligere kvalitet enn Othello, men dette spørsmål er uten betydning for sakens bedømmelse etter markedsføringsloven.

Det er mellom Othello og Dominans så vesentlige ulikheter m.h.t. den tekniske utformning, og særlig med hensyn til spillenes ytre at det er utelukket at en kjøper av Dominans vil kunne tro at han kjøper Othello.

Innklagede erkjenner imidlertid at man i utformningen av bruksanvisningen for Dominans har benyttet spillereglene fra Othello som forbilde. Det er imidlertid bare levert ca. 2000 spill av Dominans her i landet med angjeldende bruksanvisning, og nye reviderte spilleregler vil bli benyttet ved fremtidige leveranser av Dominans.

Innklagede har nedlagt påstand om at det i klagen av 6.2.1978 stilte spørsmål besvares med *nei*.

Utvalget skal bemerke:

Utvalget finner det på det rene at Dominans og Othello dreier seg om det samme spill. Det synes likeledes klart at *tidligere* markedsførte spill under betegnelsen "Reversi", "Klak" eller "Op og Ned" også er det samme spill. Det dreier seg etter Utvalgets vurdering således om et gammelt spill hvor ideen ikke er original og hvor den ikke er beskyttet mot at også andre markedsfører tilsvarende spill.

Tilbake står da spørsmålet om den tekniske utforming og det ytre utstyr på de to konkurrerende spill er for like og medfører fare for forveksling. Her foreligger erkjennelse for at man ved utformningen av *bruksanvisningen* for Dominans har benyttet spillereglene for Othello som forbilde og med de samme illustrasjonene speilvendt. Selvom dette vil bli endret for fremtidige leveranser, foreligger her en overtredelse av reglene for *god forretningskikk*, jfr. markedsføringslovens § 1.

Hva den øvrige utforming angår, må det avgjørende være hvilket inntrykk de to spill utseendemessig gjør på kjøperen. Navnene er klart forskjellige og farvevalg på eskene m/utstyr likeså. Brikkenes dimensjoner er noe forskjellige og med ulike farver, henholdsvis blå/hvit og sort/hvit.

I størrelse er Othello større enn Dominans selv om selve spilleflatene er tilnærmet like. Den ene spilleflate er i grønn filt, mens den annen er i blå papp. Fordypningene for spillebrikker er intet originalt trekk og gir et forskjellig helhetsinntrykk, forsterket ved Othellos

plastlokk over sin fordypning. Ringene som i begge spill markerer faresoner, utgjør endel av selve spillet. Prisen på de to spill adskiller seg endel slik at det kjøpende publikum vil måtte registrere at det dreier seg om to forskjellige produkter. Utvalget kan således ut fra en helhetsvurdering ikke se at det foreligger noen forvekslingsfare, og det stilte spørsmål herom må bli å besvare med *nei*.

Uttalelsen er enstemmig.

Klagen gjaldt spørsmålet om innklagede ved sin markedsføring av tannkrem i et nytt vareutstyr hadde opptrådt i strid med god forretningskikk. Videre gjaldt saken spørsmålet om hvorvidt innklagede ved sin reklame hadde opptrådt i strid med god forretningskikk. Utvalget fant etter en helhetsvurdering ikke at det forelå slik likhet mellom de to produkter at forvekslingsfare kunne sies å foreligge. Utvalget fant heller ikke at innklagede ved sin reklame hadde opptrådt i strid med god forretningskikk. Selvom det kunne vært utvist større oppfinnsomhet ved valg av tekst. (21.8.1978)

Sak nr. 11/1977:

Klager: Colgate-Palmolive A/S, Glostrup.

Prosessfullmektig: Advokat Ulf Underland, Fr. Nansens pl. 9, Oslo 1

Innklaget: A/S De-No-Fa og Lilleborg Fabriker, Oslo

Prosessfullmektig: H.r.advokat Jon R. Gundersen, Tollbodgt. 27, Oslo 1.

Saken ble bragt inn for Utvalget ved klage av 1.12.1977. Den er utvidet ved tilleggsklage av 17.1. d.å.

Klagen gjelder spørsmålet om hvorvidt innklagede ved sin markedsføring av Pepsodent fluor tannkrem i et nytt vareutstyr har opptrådt i strid med god forretningskikk etter markedsføringslovens § 1.

Videre gjelder saken spørsmålet om hvorvidt innklagede også ved sin reklame for Pepsodent fluor tannkrem har opptrådt i strid med god forretningskikk etter samme bestemmelse.

Klageren fremhever at tidligere har vareutstyret for Pepsodent tannkrem vært kjennetegnet ved bruk av blå og hvit farge. Det nye vareutstyr kjennetegnes ved en rød kartong med hvite bokstaver med blå skyggelegging av bokstavene, en hvit tube med røde bokstaver og et rektangulært rødt felt med hvite bokstaver samt "en ny spearmint smak". Dette vareutstyr er både med hensyn til helhetsinntrykk som i alle vesentlige detaljer det samme som det vareutstyr som i en årrekke har vært benyttet for Colgate tannkrem. Colgate tannkremer har stor internasjonal utbredelse, og de er overalt lett kjennelige på grunn av sitt særpregede vareutstyr. Dette vareutstyr benyttes stort sett uendret i alle land. Pakningen har en lett kjennelig rød bunnfarge med hvit skrift, og tuben er hvit med røde bokstaver og et rektangulært rødt felt med hvite bokstaver. Colgate tannkrem i nevnte pakning fikk i 1960 på det norske marked "spearmint smak". Det foreligger store variasjonsmuligheter og betydelig spille-rom for fantasi ved utformningen av vareutstyret, og praksis viser at disse variasjonsmuligheter er benyttet.

Det var sommeren 1977 at pakningen for Pepsodent fluor tannkrem radikalt ble endret fra den tradisjonelle og for Pepsodent internasjonalt benyttede blå farge til den for Colgate tannkrem særpregede røde farge. Sam-

tidig ble tubens utseende forandret ved at man tok opp det for Colgates tuber særpregede element, nemlig den røde rektangulære bakgrunn for produktnavnet. Klagen gjelder det komplette vareutstyr for Pepsodent fluor tannkrem. Ved denne nye pakning har innklagede tatt i bruk alle de viktigste og mest karakteristiske elementer i Colgates pakning, tube og smak. Dette gjelder den kjente røde bunnfarve på pakningen med hvit skrift som har vært det særpregede kjennetegn for Colgates tannkrem siden 1960. Det gjelder det rektangulære felt på tuben som danner den karakteristiske ramme for produktets navn og som har vært benyttet av Colgate siden 1960. Det gjelder endelig spearmint smaken som Colgate-Palmolive tok i bruk i 1960, og Colgate hadde inntil sommeren 1977 vært den eneste tannkrem på markedet med denne smakstilsetning.

Klageren gjør gjeldende at innklagede med sin nye Pepsodent fluor tannkrem har opptrådt i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom.

Innklagede har tatt i bruk en rekke av de særlig karakteriserende trekk ved Colgates tannkrem. Klageren mener også på bakgrunn av foretatte undersøkelser at det foreligger en forvekslingsfare mellom de to konkurrerende produkter.

I klagen er følgende spørsmål stillet til Utvalget:

Har A/S De-No-Fa og Lilleborg Fabriker ved utformningen av vareutstyret for Pepsodent tannkrem med fluor opptrådt i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom?

I tilleggsklagen gjøres gjeldende at innklagede i sin reklame for Pepsodent tannkrem har tatt i bruk eller etterlignet en idé som i flere år har vært benyttet av Colgate-Palmolive i reklame for Colgate fluor tannkrem. Siden 1970 har klageren i sin reklame benyttet en idé som særlig kjennetegnes av et barn og teksten "Mor, mor han boret ikke" eller lignende tekst. Denne idé har vært benyttet ved annonser for Colgate tannkrem i en rekke land. Den har også vært benyttet i Norge i 1971, men etter pålegg av helsemyndighetene ble annonseringen stanset, og først i begynnelsen av 1977 endret myndighetene standpunkt til annonsering av denne art for fluor tannkrem, og annonseringen er nå tillatt. Myndighetenes forbud var imidlertid den eneste grunn til at Colgate-Palmolive ikke har brukt sin reklame-idé i Norge siden 1971. Den idé som klageren har benyttet i sin reklame, er en original og selvstendig fremstilling, og det er ikke kjent at den tidligere har vært benyttet av andre produsenter av tannkrem i de skandinaviske land. Først med innklagedes reklame for sin Pepsodent fluor tannkrem er idéen etterlignet av en annen produsent. I den påklagede annonse er etterlignet de to særlig karakteristiske trekk ved klagerens annonser, nemlig avbildningen av et barneansikt og teksten "Flink pike. Denne gang slipper du å bore." Et nærmere studium av innklagedes annonser viser at det her ikke bare er tale om etterligning av selve idéen, men også en rekke detaljer er hentet fra klagerens annonse.

Utvalget er forelagt følgende tillegsspørsmål:

Har A/S De-No-Fa og Lilleborg Fabriker ved sin reklame for Pepsodent fluor tannkrem i den skikkelse som er lagt frem for Konkurransetvalget, opptrådt i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom?

Innklagede hevder at det ikke foreligger noe grunnlag for å påstå at man står overfor en etterligning av vareutstyr eller produkt som skulle innebære noen utnyttelse

av klagerens innsats eller resultater. Heller ikke foreligger det mellom produktene noen forvekslingsfare av betydning. Etter en omhyggelig utprøving besluttet innklagede i midten av 1977 å gjennomføre en markant saks- endring av Pepsodent basert på spearmint. For å markere dette overfor forbrukerne – og for klart å skille mellom de to produkttyper med og uten fluor – var det naturlig samtidig å gjennomføre en tilsvarende markant endring av vareutstyret.

Klagen er basert på en uholdbar sammenligning av de to produkttyper: fluor og ikke-fluor, og disse skiller seg klart fra hverandre i forbrukernes bevissthet. Den røde fluor-varianten for Pepsodent er totalt forskjellig fra Colgates fluor-variant. På samme måte som den blå Pepsodent-variant uten fluor ligger langt fra Colgate-varianten uten fluor. Varemerkene Colgate og Pepsodent er i seg selv klart forskjellige. Skrifttypen for Pepsodent adskiller seg markert fra skrifttypen for Colgate. Pepsodent er skrevet med like store trykte bokstavtyper, mens Colgate har den karakteristiske C og forøvrig små, trykte bokstaver. Pepsodent er skrevet i perspektiv-skrift med helt blå skygge. Smakstypen "spearmint" er tydelig angitt på pakningen. På Colgates pakning er smakstypen ikke angitt. Pakningens kortsider er helt forskjellige, også her er Pepsodent skrevet med hvite bokstaver med markert blå skygge. Ved at klageren også har trukket frem en påstått likhet mellom tubene, bemerker innklagede at tannkrem omsettes i de firkantede pakninger og at noen forvekslingsfare som kan være egnet til å påvirke omsetningen, overhode ikke kan tenkes å foreligge uansett mulig innbyrdes likhet mellom tubene.

Hva angår den påståtte etterligning i reklamen, anfører innklagede at det var forbudt å benytte illustrasjoner i annonser for fluor tannkrem i Norge utover avbildning av pakninger. Den annonse for Colgate fluor som ble benyttet i 1971 i Norge, ble innrykket i åpenbar strid med gjeldende regler og ble også skarpt påtalt. Innklagede hevder at klageren rimeligvis ikke kan vinne noen enerett til bruk av et tannlegemiljø bildemessig i reklamen. Situasjonen hos tannlegen må således sies å være helt sentralt for produkter som tar sikte på å redusere forekomsten av hull i tennene.

Innklagede henviser til en serie annonser av lignende art fra forskjellige andre land. De viser at idéen med tannlegesituasjonen langt fra er en original Colgate idé, men en idé som naturlig nok har vært benyttet av forskjellige tannkremprodusenter i forskjellige land.

Innklagede oppsummerer sitt syn derhen at produkttypene er ulike – den ene med og den annen uten fluor. Varemerkene er klart forskjellige. Skrifttypene er forskjellige. Pepsodent har tydelig blå kontur, mens Colgate hverken benytter blått eller kontur. Smakstypen "spearmint" produkttypen "med fluor" er tydelig anmerket på Pepsodentpakningen, men finnes ikke hos Colgate. Og endelig: pakningenes kortsider er tilsvarende forskjellige.

Innklagede har lagt ned således påstand:

De i klagen datert 1.12.1977 og i innlegg med utvidelse av klagen datert 17.1.1978 stilte spørsmål besvares med nei.

Utvalget skal bemerke:

Klagen er basert på en sammenligning mellom Colgate vanlig tannkrem og Pepsodent tannkrem med fluor. Utvalget finner ikke en slik sammenligning helt dekkende idet man står overfor to forskjellige produkter med forskjellige egenskaper og delvis forskjellige forbrukere. Ut-

valget antar utviklingen er kommet så langt at de fleste forbrukere idag er seg denne forskjell bevisst.

Ser man så hen på den konkrete utformning av de to produkter, kan det også pekes på klare forskjeller.

De to varemerker er klart forskjellige. Skrifttypene er også forskjellige med Colgates C som et karakteristisk element. Farvevalget er i rødfargen likt, men likheten reduseres ved den blå skygge som finnes på Pepsodent. Det er imidlertid også andre tannkremprodusenter som bruker denne rødfarven og noen enerett til denne farge foreligger ikke. Ingen kan heller ha enerett til bruk av smaks-typen "Spearmint" som forøvrig bare finnes angitt på Pepsodent-pakningen.

Utvalget legger avgjørende vekt på en sammenligning av de to produkters pakning og ikke av de to tuber. En likhet mellom tubene kan i ethvert fall ikke medføre forvekslingsfare som påvirker omsetningen av de to produkter.

Utvalget kan etter en helhetsvurdering ikke finne slik

likhet mellom de to produkter at forvekslingsfare kan sies å foreligge. Det stillede spørsmål herom blir å besvare med *nei*.

Hva dernest angår den påklagede reklame med barnet og tannlegesituasjonen som hovedelement, er denne idéen ikke original. Også andre tannkremprodusenter har benyttet den, og kombinasjonen synes nærliggende i reklame for tannkrem.

Klageren har en tekst i sine annonser hvor barnet jublende roper til sin mor at det ikke ble boret. Innklagedes annonse har teksten "Flink pike, denne gangen slipper du å bore" som et utbrudd fra tannlegen. Tekstene er forskjellige, men Utvalget finner at innklagede nok kunne utvist noe større oppfinnsomhet og variasjon i valget av tekst. Utvalget finner imidlertid ikke at innklagede ved sin reklame har opptrådt i strid med god forretningskikk.

Det herom stillede spørsmål blir således å besvare med *nei*.

Uttalelsen er ensstemmig.

I behandlingen av nedenstående saker på møtet den 20.11.78 deltok: generalkonsul Bjercke, adm.direktør Blom, direktør Halvorsen, direktør Kobro, h.r.dommer Løchen, direktør Malm, direktør Martens, fru Sommerset og disponert Østbøll.

Klagen gjaldt spørsmålet om fremgangsmåten ved annonseakkvisisjon for drosjeannonser. Utvalget fant det ikke godtgjort at innklagede hadde uttalt seg slik som anført av klageren. Utvalget fant det således ikke godtgjort at innklagede hadde opptrådt i strid med god forretningskikk. (20.11.1978).

Sak nr. 9/1978:

Klager: Auto-Reklame v/Taxieier Terje Dahl, P.b. 3657 Gb., Oslo 1.

Innklaget: JOVA marketing A/S, P.b. 16, 1404 Siggerud.

Saken er bragt inn for Utvalget ved klage av 8.7. d.å. Den gjelder spørsmålet om fremgangsmåten ved annonseakkvisisjon for drosje-annonser.

Klageren anfører at firmaet i samarbeide med firmaet Scandiapress er gått igang med salg av reklame på og i taxiene i Norge. Grunnlaget for salget ligger i ca. 200 kontrakter som var skrevet med taxi-eiere i Oslo og ellers i landet. I salgsarbeidet ble det oppdaget under samtaler med to potensielle kunder at også et annet firma hadde ringt og tilbudt samme type reklame. Dette firma var innklagede, og under samtalen var det opplyst at dette firma hadde en avtale med Oslo Taxiforening om enerett på salg av reklame på og i Oslo-taxiene, og at andre firmaer som tilbød det samme, var å betrakte som pirater.

Til dette bemerker klageren at alle taxi-eiere i Norge er selvstendige næringsdrivende, og at de fritt kan inngå

avtale med hvem de vil. Oslo Taxieierforening hverken kan eller vil inngå noen avtale med JOVA marketing som binder taxi-eierne. JOVA marketing har ikke noen taxier å selge reklame til, men i et forsøk på å selge denne reklamen, er de kommet med feilaktige opplysninger i hensikt å skade salget. Klageren mener at man her står overfor utilbørlige salgsmetoder.

De firmaer som skal ha gitt disse opplysninger, er Norsk A/S Philips, Andresens Bank A/S og A/S Freia. Innklagedes fremgangsmåte har skadet klageren meget, og det å dra 200 taxieieres hederlighet i tvil, er å gå for langt. Firmaet hadde regnet med konkurranse, men skal man gå ut med noe som er helt nytt, bør man også ha rede på de faktiske forhold, før man gjør som innklagede har gjort.

Innklagede gjør gjeldende at firmaet første gang våren 1978 fikk melding om at enkelte drosjer i Oslo kjørte med reklame. Man ble interessert i å organisere denne reklamevirksomheten, og gjorde i den forbindelse en henvendelse til Oslo Taxiforening. Man fikk der opplyst at firmaet skulle sende tilbud til foreningen, men at intet var skjedd i saken. Innklagede fikk imidlertid beskjed av Oslo Taxiforening om at firmaets tilbud var velkomment, og at det skulle bli behandlet på medlemsmøte i foreningen. Som følge av denne samtalen sendte man et tilbud til Oslo Taxiforening den 7.6.1978 med et utkast til avtale. Etter møtet med Oslo Taxiforening intensiverte innklagede undersøkelsen hos annonsørene, og i den forbindelse ble det gitt opplysninger fra innklagedes

side som tydeligvis er blitt feiltolket. Som argument ble brukt at JOVA marketing A/S er det eneste firmaet som forhandler med Oslo Taxiforening om enerett til reklame på bilene. Hvis tilbudet ble akseptert av Oslo Taxiforening, ville innklagede være den eneste som kunne selge reklame til bruk på Oslos drosjer. Det har aldri vært nevnt piratvirksomhet, men kun hva foranstående er nevnt.

Etter at Oslo Taxiforening avslo tilbudet – formelt ble det utsatt – har det vært kontakt mellom partene med tanke på et samarbeide, men et slikt samarbeide er ikke kommet istand. Det er sendt tilbud til en rekke drosjeeiere i Oslo, og mange har reagert med avtaler.

Innklagede har gjort henvendelse både til Philips og Andresens Bank, og der fått bekreftet riktigheten i den fremstilling som innklagede selv har avgitt. Ingen av de nevnte firmaer har gitt uttrykk for at innklagede skal ha uttalt seg slik klageren hevder. Den påstand innklagede blir beskyldt for, er grunnløs. Argumentasjonen overfor kundene er korrekt og helt i tråd med de faktiske opplysninger firmaet satt inne med da arbeidet hos kundene pågikk.

Det er ikke stillet noe formelt spørsmål til Utvalget.

Utvalget skal bemerke:

Klageren hevder at innklagede i salgsarbeidet med taxi-eierne i Oslo har opplyst at innklagede hadde en avtale med Oslo Taxiforening om enerett på salg av reklame i Oslo-taxiene, og at andre firmaer som tilbød det samme, var å betrakte som pirater. Innklagede benekter å ha uttalt seg slik og hevder bare å ha brukt som argument at firmaet forhandlet med Oslo Taxiforening om enerett til reklame i taxiene. Dette var da korrekt, selvom tilbudet om avtale senere ble avslått av Taxiforeningen. Uttrykket piratvirksomhet ble ikke nevnt.

Utvalget finner det ikke godtgjort at innklagede har uttalt seg slik som anført av klageren. Klageren har vist til 3 firmaer som kan bevise påstanden, men det er ikke fremlagt noe materiale som bekrefter dette. Når klagerens og innklagedes påstand står mot hverandre, må den tvil som foreligger, gå ut over klageren. Utvalget finner det etter dette ikke godtgjort at innklagede har opptrådt i strid med god forretningsskikk. Uttalelsen er enstemmig.

Klagen gjaldt spørsmålet om villedende reklame for ur. Såvel annonseteksten i klage som i motklage ble funnet uheldig, men Utvalget fant ikke å ville karakterisere den som å være i strid med markedsføringsloven. (20.11.1978)

Sak nr. 6/1978:

Klager: Urmaker Oskar Pedersen, Torvalm. 13, 5000 Bergen.

Innklaget: Brødr. Bjerke, Karl Johansgt. 31, Oslo 1.
Prosessfullmektig: H.r.advokat Torvald C. Løchen N. Vollgt. 1, Oslo 1.

Saken er bragt inn for Utvalget ved klage av 10.4.1978. Saken gjelder spørsmålet om villedende reklame for ur.

Utvalget fant saken ikke som noen ren tvist mellom næringsdrivende og uttalte derfor i brev av 31.5.1978 til partene at Utvalget ikke kunne ta saken under be-

handling før den var avvist av Forbrukerombudsmanen. I brev av 10.7.d.å. uttaler Forbrukerombudsmanen at "Ut fra arten og omfanget av de forbrukerhensyn som er tilstede i saken og hensynet til en forsvarlig prioritering av sakene, har jeg ikke funnet tilstrekkelig grunnlag for å behandle saken videre etter markedsføringsloven."

Saksbehandlingen har deretter fortsatt for Konkurransutvalget.

Klageren har påklaget en annonse som sto innrykket i Aftenposten den 15.3.1978 fra innklagede. Den hadde overskriften:

"Det er vi som har Rolex."

Klageren fant denne annonseringsmåten både uriktig og misvisende, idet Rolex foruten av innklagede også forhandles av to andre forhandlere i Oslo, og dessuten er det forhandlere for Rolex i Trondheim, Bergen og Stavanger. Annonsen gir imidlertid uttrykk for at det kun er Brødr. Bjerke som forhandler Rolex hvilket ikke er tilfelle. Klageren mener således at det her foreligger en illojal avertering.

Til innklagedes anførsel om at han måtte ansees som eneste Rolex-forhandler i Oslo på angjeldende annonseringstidspunkt, så medfører ikke dette riktighet. Urene fantes også i Oslo hos Alf Lie som har forhandlet urene gjennom 10 år.

Klageren opplyser dessuten at det i høst vil bli innrykket 8 helsides Rolex-annonser hvor Alf Lie A/S og Brødr. Bjerke blir nevnt som Rolex-forhandlere under samme annonse. Annonseringen vil bli foretatt i Aftenposten.

Hva angår påtegningen på klagerens brevark om at han er eneforhandler av Rolex og Tudor-ur, opplyser klageren at han fikk en henvendelse fra det sveitsiske Rolex i 1957 med anmodning om å selge deres ur i Norge. Slik eneforhandling kom også i stand i 1958. Klageren skulle dessuten være behjelpelig med å finne andre forhandlere i andre byer i landet, og Brødr. Bjerke ble utvalgt av fabrikkens på klagerens anbefaling. Videre opplyses at etter at klageren i løpet av disse år har innarbeidet Rolex i Norge, vil fabrikkens nå ikke lenger være bundet av avtalen om eneforhandling og har underrettet klageren om at avtalen oppsies med virkning fra 31.12.1978.

Klageren understreker at det ikke på brevarket står nevnt at han er eneforhandler av Rolex i Norge, derimot står det under eneforhandler henvisning til firmaets adresse i Bergen, og det er ingen andre som har utledet dette til at bedriften er eneforhandler for Norge.

Innklagede gjør gjeldende at den påklagede annonse ikke vil bli gjentatt med overskriften "Det er vi som har Rolex". Annonsen var ment som en opplysning til publikum i Oslo om hvem som var Rolex-representant i byen, – et forhold som det hadde hersket uklarhet om. Da det således ikke er noen aktuell konflikt med tanke på fremtiden, bør saken avvises fra Konkurransutvalget. Den påklagede overskrift er korrekt nok. Det står ikke i annonsen som påstått av klageren, at det kun er Brødr. Bjerke som forhandler Rolex, og denne fortolkning kan heller ikke finnes å være nærliggende.

På annonseringstidspunktet fantes uret også hos Alf Lie, men denne hadde ikke utstilt uret, og hadde ikke kjøpt inn Rolex ur siden februar 1977. Tidligere ble uret også ført av Den Norske Urimport, men han er ikke anerkjent som forhandler og har ikke fått varer fra fabrikkens på 2–3 år.

Ut fra behovet for å statuere hvem som aktivt forhand-

ler Rolex i Oslo, var det at firmaet innrykket den nevnte annonse. Den tok først og fremst sikte på Oslos publikum, og annonseringen skjedde derfor som normalt i slike tilfelle: i Aftenposten. Man hadde derfor ingen tanke på å fremkalle inntrykket av at det ikke fantes forhandlere andre steder i landet.

Hvis Konkurransutvalget finner å ville realitetsbehandle klagen fra urmaker Pedersen, bes også følgende forhold vurdert:

På brevarket til Oskar Pedersen står anført at han er eneforhandler av Rolex og Tudor ur. Med mindre annet er presisert vil dette bli oppfattet som om han er eneforhandler – som den eneste som forhandler vedkommende vare – her i landet. Det er derfor villedende at Oskar Pedersen på sine brevark opptrer som eneforhandler av Rolex ur idet såvel innklagede som andre urmakere av fabrikken er utvalgt til å forhandle dette urmerket. Om dette forhold stilles det derfor motspørsmål.

Det eneforhandler-forhold det dreier seg om, er begrenset til å gjelde Bergen og muligens Hordaland. I Norge er det i øyeblikket 7 forhandlere inklusive sakens parter, nemlig 2 i Oslo, 2 i Stavanger, 1 i Kristiansand, 1 i Trondheim og 1 i Bergen. I Oslo har Rolex vært forhandlet av Alf Lie siden 1970, Brødr. Bjerke har ført dette uret siden mai/juni 1977. Den Norske Urimport var offisiell forhandler av Rolex før Pedersen begynte å selge Rolex og frem til 1974, men pr. idag føres ikke uret av Den Norske Urimport. På denne bakgrunn kan det ikke være korrekt av firmaet Oskar Pedersen å operere som eneforhandler på sine brevark. Uttrykket vil i mangel av andre opplysninger bli oppfattet på normal måte – nemlig som eneforhandler for Norge.

Klageren har ikke formulert noe konkret spørsmål, men mener åpenbart at den påklagede annonse er uriktig og misvisende. Innklagedes spørsmål i motklagen ansees ugrunnet.

Innklagede påstår prinsipielt klagen avvist, subsidiært at klagerens spørsmål ikke kan føre frem. Det stilles følgende spørsmål i motklagen:

”Er det villedende og i strid med markedsføringsloven § 2 når Oskar Pedersen på sine brevark anfører at han er eneforhandler av Rolex ur?”

Utvalget skal bemerke:

Utvalget finner ikke at Brødr. Bjerkes annonse ”Det er vi som har Rolex” naturlig kan forstås slik at firmaet skulle være eneforhandler for Rolex i hele Norge. Annonsen må antas å sikte til Oslo hvor forretningen ligger.

Derimot kan annonsen muligens oppfattes slik at firmaet skulle være eneforhandler for Rolex i Oslo. Selvom annonsen har fått en noe uheldig utforming, finner Utvalget ikke å kunne karakterisere den for å være i strid med god forretningsskikk.

Utvalget finner også at urmaker Pedersens anførsel på sitt brevark om at han er eneforhandler av Rolex ur, er unøyaktig, og kan virke villedende. Det er på det rene at han bare har vært eneforhandler for Bergen og Hordaland, mens uttrykket kan gi inntrykk av at han var eneforhandler for hele Norge. Selvom uttrykket på brevarket har fått en uheldig utforming, finner Utvalget ikke å kunne karakterisere det for å være i strid med markedsføringsloven.

Uttalelsen er enstemmig.

Klagen gjaldt spørsmålet om klageren i forbindelse med overtagelsen av et agentur, hadde opptrådt i strid med god forretningsskikk etter markedsføringslovens § 1. Utvalgets flertall fant ikke at innklagede var å bebreide, mens mindretallet mente at innklagede hadde opptrådt i strid med god forretningsskikk. (20.11.1978)

Sak nr. 4/1978:

Klager: Smith & Bull, Oslo

Prosessfullmektig: H.r.advokat Johan Storm Bull
v/adv.fullmektig Ebbe Gaston Larsen, N. Vollgt. 1, Oslo 1

Innklaget: Einar A. Engelstad A/S, Oslo

Prosessfullmektig: H.r.advokat Finn A. Dokseter, Ø. Slottsgt. 8, Oslo 1

Saken er bragt inn for Utvalget ved klage av 28.3 d.å.. Klagen gjelder i korthet spørsmålet om innklagede i forbindelse med overtagelsen av et Chablis-agentur har opptrådt i strid med god forretningsskikk etter markedsføringslovens § 1.

Klageren gjør gjeldende at firmaet siden 1930 har hatt agenturet for Chablis-viner fra J. Moreau & Fils, Chablis, Frankrike. I brev av 25.3.1977 hevet oppdragsgiveren agenturforholdet med virkning fra 1.7.1977. Senere ble oppsigelsen forlenget frem til 30.9.1977. Agenturet er overtatt av innklagede som i et brev av 29.9.f.å. til sine kunder bekjentgjorde overtagelsen pr. 1.10.1977.

Klageren gjør gjeldende at innklagede overhode ikke tok kontakt med klageren før overtagelsen av firmaets mangeårige agentur. Smith & Bull ble ikke gitt rimelig tid til å ivareta sine interesser, og innklagede unnlot å forvise seg om at oppdragsgiveren hadde avvirket forholdet til klageren på en skikkelig måte før avtale om overtagelse av agenturet ble inngått.

Agenturforholdet har vart i ca. 47 år, og klageren har i alle disse år vært enerepresentant i Norge og har innført husets franske viner hos ledende hoteller og restauranter her i landet og dessuten ved tollfritt salg til forskjellige rederier.

Klageren gjør også gjeldende at på det tidspunkt da innklagede overtok agenturet, skyldte hovedmannen klageren provisjon for ca. 1 1/2 år, og klagerens forslag om erstatning for opparbeidet goodwill var blitt avvist av oppdragsgiveren. På det tidspunkt da innklagede overtok agenturet var forholdet mellom den tidligere agent og oppdragsgiveren således ikke avvirket på en måte som kan sies å være tilfredsstillende.

De relativt svake salgstall for Chablis-produktene skyldes at det dreier seg om en burgunder som er en relativt kostbar vin, og som således har et begrenset marked her i landet. Imidlertid har klageren i alle år arbeidet aktivt med agenturet, og bl.a. arrangert flere besøk av norske interesserte hos den franske oppdragsgiver. Klageren tilbakeviser at det skal skyldes påvirkning fra en fransk representant at salgstallet har øket i de senere år. Kontakten med rederier var etablert før vedkommende franskmann kom inn i bildet. Klageren hevder at oppsigelsen kom fullstendig overraskende på ham, og at han på forhånd ikke var varslet om den.

Klageren kan ikke erindre at agenturets fremtid er blitt drøftet under en telefonsamtale med innklagede. Klageren kan heller ikke erkjenne at forlengelsestiden fremkom som følge av intervensjon fra innklagedes side.

Klageren gjør endelig gjeldende at det forelå en uoppgjort provisjonsregning på ialt vel 15.000 F da oppsigelsen fant sted. Klageren mener at forhandlinger om overtagelsen av agenturet må ha pågått gjennom lengre tid, og at det i oppsigelsestiden fra innklagedes side intet ble gjort for å ta kontakt med klageren og at innklagede således klart har krenket de vedtatte regler og den etablerte praksis forsåvidt angår hans plikter når han overtar et gammelt agentur.

Klageren har forelagt følgende spørsmål for Utvalget:

- Har Einar A. Engelstad A/S opptrådt i strid med god forretningsskikk næringsdrivende imellom ved å overta agenturet for J. Moreau & Fils i Norge?

Innklagede gjør gjeldende at oppsigelsen av agenturforholdet skyldtes to parallelt løpende forhold som hvert for seg og samlet gjorde fortsatt forbindelse uønsket. Det ene forhold skrev seg fra strukturelle forandringer som betinget ny samarbeidspartner på det skandinaviske marked. Et kanadisk firma, Hiram Walker, som hadde kjøpt seg inn i J. Moreau & Fils hadde sin egen oppfatning om hvordan representasjonen i Norge burde organiseres. Det annet forhold refererte seg til det svake salgresultat for Chablis i Norge idet både det kanadiske firma og oppdragsgiveren fant at tiden var inne til å etablere en ny og mer aktiv representasjon. Fra 1954 til 1975 var Vinmonopolet den eneste kunde og med meget svake omsetningstall. Klageren viste åpenbart ingen interesse for agenturet, og det var heller ingen tilfeldighet at firmaet de siste 20 år ikke hadde avlagt oppdragsgiveren et besøk.

Fra 1975–1977 er det blitt mer liv i omsetningen, men dette skyldtes en fransk representant som hadde søkt å bringe omsetningen videre fremover. Hans intervensjon viste resultater i de påfølgende par år, og uten at klageren kan tilskrives æren for dette.

Innklagede hevder med styrke at firmaet aldri hverken direkte eller indirekte har rettet noen henvendelse til oppdragsgiveren om overtagelse av agenturet enn si for å støte klageren ut. Etter å ha tilkjennegitt at klageren var en uønsket forbindelse tok J. Moreau & Fils kontakt med innklagede. At valget falt på innklagede skyldtes den kanadiske forbindelse som hadde kjøpt seg inn hos oppdragsgiveren og som innklagede tidligere hadde forbindelse med. Et vesentlig forhold er også det at disponent Engelstad ved månedsskifte februar/mars 1977 ble oppringt av direktør Wangen i Smit & Bull. Han hadde hatt en konferanse med Mr. Cannon fra J. Moreau & Fils og fått vite at huset ville skifte agent og eventuelt knytte til seg firmaet som allerede hadde det kanadiske firmaets agenturer. På forespørsel om Engelstads standpunkt fikk han til svar at han ikke visste noe sikkert, og at huset selv fikk avgjøre saken. Wangen hadde ikke noe å bemerke til dette, og den korte samtalen ble avsluttet.

Da innklagede endelig ble tilbudt agenturet, satte firmaet som betingelse at klageren måtte få en rimelig avviklingstid, et korrekt økonomisk oppgjør, og firmaet medvirket til at fristen ble forlenget fra 3 til 6 måneder.

Det har vært innklagedes klare forutsetning at klageren selvfølgelig skulle få sin provisjon av alle ordre til den anførte oppsigelsesdato. Innklagede kan bare beklage den utvikling som har funnet sted i forholdet mellom oppdragsgiver og tidligere agent, og når oppgjøret ifølge den tidligere agent ikke har funnet sted, vil innklagede gjerne søke å medvirke til at det finner sted, og eventuelt med regress til den franske oppdragsgiver.

Innklagede har fremlagt korrespondanse med den

franske oppdragsgiver som viser sterk misnøye med den tidligere agents innsats for huset. Innklagede søker også å vise at oppgjør mellom klager og den franske oppdragsgiver skal ha funnet sted etter de avtalte satser, idet differansen skyldes at klageren ikke har regnet inn den reduksjon i provisjon som fant sted i 1969, og som var godtatt av klageren. Provisjonen var tidligere 10%, men ble redusert til dels 7,5%, dels til 5%.

Innklagede søker også å dokumentere at han ikke har medvirket til oppsigelse av klageren som agent, og har også fremlagt en erklæring som viser at klageren ved månedsskifte februar/mars 1977, basert på en telefonsamtale måtte være klar over at en oppsigelse var forestående. Dette var en situasjon som ingen av partene kunne gjøre noe ved, og de var også enige om å se utviklingen an og å overlate til huset selv å avgjøre saken.

Innklagede så det som sin oppgave å medvirke til en forlengelse av oppsigelsesfristen og til at klageren fikk sitt oppgjør av J. Moreau & Fils. Uten å kjenne til mellomværende mellom klager og oppdragsgiver har innklagede erklært seg villig til å medvirke til en minnelig ordning.

Innklagede har henstilt til Konkurransetvalget å besvare benektende det av klageren stilte spørsmål.

Utvalget skal bemerke:

Utvalget har i flere saker uttalt at det ansees i strid med god forretningsskikk å overta et agentur med mindre representasjonen er ledig, og forholdet til den tidligere representant er avviklet. På den annen side har en leverandør full rett til å skifte agent, men en overtager må ikke selv ta initiativ til slike forhandlinger.

Utvalget legger til grunn at klageren fra 1930 har hatt agenturet for Norge for Chablis-viner fra J. Moreau & Fils, Frankrike. I begynnelsen av 1977 kjøpte firmaet Hiram Walker seg inn hos J. Moreau & Fils. Hiram Walker hadde innklagede som sin agent i Norge fra før. Det synes å fremgå av J. Moreau & Fils' oppsigelse av klageren 25.3.1977 at den skyldtes et ønske om å samle agenturene på én hånd. Det foreligger ikke noe for Utvalget som tyder på at innklagede selv har tatt noe initiativ for å overta agenturet fra klageren.

Spørsmålet er imidlertid om innklagede har gjort nok for å forsikre seg om at forholdet til klageren var avviklet før kontrakt ble inngått med J. Moreau & Fils. *Utvalgets flertall* finner at innklagede i den anledning burde ha tatt kontakt med klageren. Innklagede opplyser imidlertid at firmaet, da det ble tilbudt agenturet, satte som betingelse overfor J. Moreau & Fils at klageren måtte få en rimelig avviklingsfrist, et korrekt økonomisk oppgjør, og innklagede medvirket til at oppsigelsesfristen ble forlenget fra 3 til 6 måneder.

Uten at Utvalget behøver å ta standpunkt til om forlengelsen er innklagedes fortjeneste, er det på det rene at slik forlengelse ble gitt. Innklagede har også tilbudt seg å dekke direkte den provisjon klageren har krav på etter avtalen med J. Moreau & Fils.

Forutsatt at dette blir gjort, finner Utvalgets flertall ikke at innklagede kan sies å ha opptrådt i strid med god forretningsskikk ved overtagelsen av agenturet.

Utvalgets mindretall, Kobro, finner at innklagede som tidligere medlem av Agentforeningens Vingruppe burde være vel kjent med at foreningens strenge lojalitetsregler ikke bare er tomme fraser. Den plikt som den agent har, som blir tilbudt et agentur som innehas av en annen agent, til å forvise seg om at den gamle agent er informert om husets planer, og at denne har et krav på å få

rimelig tid på seg til å ivareta sine interesser, er således absolutt. Denne regel har både norske domstoler og Konkurransautvalg tilkjennegitt, og den bør kunne betraktes som rettesnor for hvorledes enhver agent bør opptre. Mindretallet anser det ikke som bevist at innklagede i denne sak har etterlevet reglene for lojal opptreden agenter imellom. I motsatt fall kan det neppe herske tvil om at klageren ville ha aksjonert overfor huset før den formelle oppsigelse forelå.

Utvalgets mindretall finner således at innklagede ved overtagelsen av agenturet for Moreau & Fils i Norge har opptrådt i strid med god forretningsskikk.

Mindretallet finner forøvrig også grunn til å påpeke og kritisere husets usympatiske og hensynsløse opptreden overfor sin gamle agent, som hadde tjent det i 47 år uten at det noensinne hadde forekommet uoverensstemmelser. Den måte som huset opptrådte på overfor den franske ambassade i Oslo, ved ubesvart å returnere ambassadens brev i saken, synes også å demonstrere ganske tydelig dets mangel på respekt for hva som i det internasjonale forretningsliv anses å være god forretningsskikk.

Klagen gjaldt spørsmålet om brudd på Norsk Standard 3400 i forbindelse med en anbudskonkurranse var i strid med god forretningsskikk. Klagen gjaldt også spørsmålet om det forelå en uriktig eller usaklig begrunnelse for forkastelse av anbud. Utvalget uttalte at innklagede burde ha utskrevet ny anbudskonkurranse. Saken ble ikke funnet egnet til nærmere behandling i Utvalget og ble avvist fra realitetsbehandling. (20.11.1978)

Sak nr. 5/1978:

Klager: Norsk Sprinkler A/S, Oslo

Prosessfullmektig: Advokat Jan-Erik Grevstad

Innklaget: A/S Raufoss Ammunisjonsfabrikker, Raufoss

Klageren har stillet følgende spørsmål:

Prinsipalt: Har A/S Raufoss Ammunisjonsfabrikker opptrådt utilbørlig etter god forretningsskikk ved

- 1) å tillate Wormald International (Scandinavia) A/S å inngi nytt anbud etter utløpet av fristen 22.6.1977, eventuelt etter anbudåpningen den 26.6.1977?
- 2) å innlate seg på omfattende forhandlinger med en av anbyderne, Wormald International (Scandinavia) A/S etter anbudfristens utløp, men før anbudskonkurransen var avgjort?
- 3) å gi uriktige, eventuelt usaklige begrunnelser for forkastelse av Norsk Sprinkler A/S' anbud?

Subsidiært: forespørres om A/S Raufoss Ammunisjonsfabrikker har opptrådt i strid med god forretningsskikk ved å forholde seg som nevnt i klagen av 14.4.1978, pkt. 1-3.

Innklagede har påstått at klagen er ubegrunnet.

Klageren har gitt følgende fremstilling og begrunnelse for klagen:

Norsk Sprinkler A/S – heretter benevnt NS – deltok i en lukket anbudskonferanse i 1977 etter innbydelse fra A/S Raufoss Ammunisjonsfabrikker – senere betegnet RA. Anbudskonkurransen gjaldt levering og montering av et automatisk brannslukningsanlegg til RA's nybyggede blandekruttanlegg.

NS mottok i april 1977 innbydelse fra RA til å inngi anbud på anlegget. NS meddelte sin interesse for å gi anbud og anmodet om å få anbudsmateriell. Slikt materiell ble oversendt klageren ved RA's brev av 29.4.77. Det fremgikk herav bl.a. at Norsk Standard 3400 "Regler om anbudskonkurranser for bygg og anlegg" skulle gjelde for konkurransen. Anbudsfristen var 1.6.1977, og anbudåpning var satt til 3.6.77. Det ble i anbudspapirene meddelt at prosjekterende konsulent for automatisk brannslukningsanlegg var Wormald International (Scandinavia) A/S, Odense, Danmark – heretter kalt Wormald. Av anbudsdokumentet gikk det frem at angitte materialer og fabrikata skulle tilbys som beskrevet, men mulige tilsvarende komponenter eventuelt skulle tilbys som alternativ. Sprinkleranlegget skulle tilfredsstillende kravene etter Fire Offices Committee (FOC). Ventilene, dyser, bæringer m.v. skulle tilfredsstillende kravene etter Factory Mutual (FM). Etter anbudsbestemmelsene skulle anbudsdatoens pris- og lønnsnivå legges til grunn med forbehold om pris- og lønnsendringer i anleggstiden. Anbudsfristen ble forlenget til 16.6., og tidspunktet for anbudåpning til 17.6., senere forlenget til henholdsvis 22. og 24.6.

NS innleverte 22.6. anbud lydende på 1.745.160 kroner inkl. MVA, basert på normale markedspriser i USA for det i anbudet spesifiserte utstyr.

Anbudåpningen fant sted den 24.6., og foruten klageren var Wormald en av anbyderne med anbudspris kr. 2.792.755. De to øvrige anbydere hadde inngitt anbud på henholdsvis ca. 1,8 og 1,9 mill. kroner inkl. MVA, men disse omtales ikke nærmere da de er uten interesse for saken.

27.6.77 anmodet RA om å få oppgitt enhetspriser fra NS. I brev av 1.8.77 ga NS RA spesifikasjon av det utstyr som var tatt med i anbudet, og i brev av 8.8. overlevert 22.8. ble oversendt anbudsskjema, spesifisert med enhetspriser. Under møtet 22.8. mellom representanter fra NS og RA opplyste RA at man ville akseptere utstyr av fabrikat Automatic som vanlig utstyr. Spesialutstyr forutsettes fra anbudsinbyderens side å være av fabrikat Grinell.

Den 28.10. bekreftet NS at de vedsto seg sitt anbud frem til 30.11.1977 under forutsetning av at materialspesifikasjonen ble fulgt som tidligere angitt.

Den 16.11.1977 opplyste innklagede pr. telefon at Wormald hadde fått anledning til å inngi nytt anbud, fordi dette firmaets opprinnelige anbud hadde vært basert på FM godkjent utstyr og ikke det tidligere FOC-materiell som anbudsinbydelsen forutsatte. Wormalds nye anbud var gitt på fastprisbasis uten prisstigningsklausul og ville av den grunn falle rimeligere enn NS' anbud av 22.6.1977, ble det opplyst. På anmodning av RA ga NS 18.11. over fjernskriver en maksimal grense for prisstigning frem til 1.2.1979 til kr. 200.000 + mva.

Den 19.12. opplyste så RA at RA hadde inngått kontrakt om levering av brannslukningsutstyr i henhold til anbudsinbydelsen av 26.4.77 med Wormald.

Den 23.12. meddelte RA så at NS' anbud ikke var kommet i betraktning fordi anbudet var uspesifisert og fordi senere spesifikasjoner hadde vist at NS' anbud ikke svarte til anbudsinbydelsens tekniske forutsetninger. Det ble videre opplyst at NS' anbud totalt sett var dyrere enn det andre. Opplysningene var ikke nærmere begrunnet.

Klageren vurderer fakta slik:

Det er erkjent av RA at firmaet har gitt Wormald adgang til å innlevere nytt anbud etter utløpet av anbudsfristen 22.6.77, og etter at anbudene var åpnet.

Dette anser klageren å være klart i strid med NS 3400 som forutsetningsvis skal regulere anbudskonkurranse, således sier pkt. 12.1. at "ikke rettidig anbud skal avvises og returneres uåpnet" og videre pkt. 13.2: "Etter anbudfristens utløp er det ikke tillatt å gjøre endringer i innlevert anbud".

Det går klart frem av den kronologiske oppstilling av utviklingen at det etter anbudsåpningen den 24.6.1977, men før kontrakt ble inngått er ført forhandlinger om alle sider av kontraktsforholdet med et fullstendig nytt anbud fra Wormald som resultat. Dette antas å være i strid med NS 3400 pkt. 13.3 som lyder:

"Etter at anbudene er åpnet og inntil anbudskonkurransen er avgjort, er det ikke tillatt å føre forhandlinger om vilkårene i anbudene eller om endringer i utførelsen av arbeidet. Byggherren kan likevel innhente nærmere opplysninger hos anbyderne for å få klarlagt tvil i anbudet såfremt uklarhetene ikke er så vesentlige at anbudene skal avvises i henhold til pkt. 12. Anbyder har dog ikke adgang til å endre pris, leveringstid eller andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet."

De regler som inneholdes i den her siterte bestemmelse, er massivt satt tilside av RA. Ikke nok med at Wormald angivelig skiftet fra FM og FOC-materiell med en åpenbart helt annen pris enn i det opprinnelige anbud, så introduseres et nytt fastprisvilkår – noe som forrykker konkurranseforholdet totalt.

Den begrunnelse RA ga for forkastelse av NS's anbud, er ikke holdbar. Det går med all ønskelig tydelighet frem av anbudet at NS tilbød det utstyr som anbudsforutsetningene gikk ut på. Det ble uttrykkelig opplyst under møtet 22.8. at RA ville akseptere Grinell for spesialutstyr og Automatic for vanlig utstyr, overensstemmende med NS' anbud.

Innklagede fremhever at det er på det rene at det er meningskilnad om forståelse av standarden og den praksis som følges. Byggherrene må imidlertid i en viss utstrekning kunne følge forskjellig praksis uten at dette kan anses som brudd på god forretningsskikk.

Innklagede oppsummerer sitt syn derhen at det ikke er riktig at RA ga Wormald tillatelse til å fremsende nytt tilbud. Det er likeledes ikke riktig at RA har forhandlet med Wormald før anbudskonkurransen var avgjort, og endelig har RA gitt en saklig korrekt begrunnelse for hvorfor NS' anbud ikke ble antatt. På den annen side erkjenner RA at etterat anbudskonkurransen var avgjort og forhandlingene med Wormald sluttført, ble NS kontakten og gitt en ny sjanse til å gjennomgå prosjektet. Dette skjedde imidlertid med Wormalds tillatelse.

Innklagede opplyser følgende om byggeprosjektet:

Ved prosjekteringen av det nye blandekruttanlegget var brannbeskyttelsesanlegget en meget viktig del. Da hensikten med sistnevnte anlegg er å beskytte mennesker og utstyr mot skade, må det virke pålitelig og momentant. Et brannbeskyttelsesanlegg av denne type er montert på blandere i USA, bl.a. hos RA's lisensgiver på blandekrutt, Rosketdyne, McGregor, Texas. Et tilsvarende anlegg er montert hos en annen produsent av samme kruttype.

RA hadde ikke selv tilstrekkelig ekspertise til å planlegge et slikt anlegg, og valgte derfor å benytte seg av et tilbud fra GFP Sprinkler A/S (senere Wormald), bl.a. fordi dette firma var et datterselskap av det amerikanske firma Grinell Fire Protection som hadde planlagt og

levert brannbeskyttelsesanlegget i McGregor og derigjennom hadde adgang til alt underlagsmateriale for slike anlegg i McGregor og andre steder.

Wormald A/S var RA's konsulent frem til og med utarbeidelsen av anbudsbeskrivelse og tegninger.

Det var imidlertid ingen kontakt mellom RA og Wormald under vurderingen av anbudene.

Der er gitt særskilte regler for automatiske brannslukningsanlegg. FM (Factory Mutual) er de regler som er fastsatt for automatiske brannslukningsanlegg i USA, mens FOC representerer tilsvarende forskrifter i Storbritannia.

FM-forskriftene er generelt betydelig strengere enn FOC. Det var på planleggingstidspunktet usikkert om hvilke krav RA's lisensgiver samt kontraktpartnere ville stille til utførelsen av brannslukningsanlegget. En fant derfor i denne fase å måtte basere dette anlegget på de samme krav som lisensgiver hadde stilt for sitt anlegg i USA. Et eget punkt herom ble inntatt i byggebeskrivelsens punkt 111 hvoretter det heter at anlegget skal utføres så det oppfyller FOC-reglene. Alle dyser, ventiler, bæringer m.v. skal være av standard som er – eller kan – godkjennes av FM. Dette betyr i realiteten at FM-kravene generelt måtte legges til grunn for anbudene, noe som medførte at prisen i anbudene måtte baseres på FM-godkjent materiell. Det ble i anbudsinnbydelsen åpnet adgang til å gi priser på alternativt utstyr. Det minste anbudsinnbyderen da måtte kunne kreve i denne forbindelse, er at anbyderen umiddelbart på byggherrens anmodning om spesifisering må kunne legge frem dokumentasjon for tekniske spesifikasjoner på det alternative utstyr han tilbyr, med oppgave over hvilke institusjoner som har godkjent utstyret.

Hva den kronologiske fremstilling av saksforløpet angår, fremhever innklagede at klagerens anbud ikke er gitt i rett tid, idet det den 22.6. ble gitt pr. telex. Ifølge NS 3400 er anbudet ikke levert i tide. Dette i motsetning til Wormalds anbud som kom i tide og var spesifisert med enhetspriser i samsvar med anbudsbeskrivelsen. Wormalds anbud var også gitt med en total fast pris som ikke skulle være gjenstand for prisstigning. Det fremheves at NS' skriftlige anbud først kom etter anbudsåpningen, og at det ikke var gitt i samsvar med anbudsinnbydelsen, da heller ikke enhetspriser var gitt.

NS' anbud inneholdt spesielt to forbehold som det var nødvendig å få nærmere oppklart:

- a) NS var ikke kjent med det spesialutstyr som innbydelsen definerte og tok derfor forbehold for det tilfelle at spesialutstyret ikke skulle virke som forutsatt av fabrikanten.
- b) Forbehold ble videre tatt om at det ikke var noen restriksjoner på dette spesialutstyr ved salg til Norge.

Innklagede har foretatt en prissammenligning, og har spesielt festet seg ved bygning 102 og 110, idet disse er de viktigste og mest kritiske deler av anleggene. Eksklusiv MVA er det en forskjell i anbudspris mellom Wormald og NS på ca. 873.000 kroner. Ser man imidlertid på sprinkleranleggene i bygningene 102 og 110, kommer man til at det her en differanse mellom de to anbydere på ca. 960.000 kroner. Ser man bort fra disse to bygninger, er der en differanse i favør av Wormald på ca. 88.000 kroner. Det er således på det rene at differansen mellom de to anbudene ligger i disse to bygningene. Denne prissammenligning førte til at RA ble meget usikker på hva som var tilbudt fra NS. Det gitte tilbud virket ikke tillitvekkende. Det forhold at Wormald hadde gitt et anbud som var vesentlig høyere, understreket denne

usikkerheten, idet det nettopp var dette firma som satt inne med de beste tekniske forutsetninger. Dette var grunnen til at RA straks anmodet NS om å oppgi enhetspriser.

Under konferansen på Raufoss den 22.8. fremkom det at NS med de restriksjoner som var tatt, hadde tatt forbehold om prisendringer som følge av innkjøpene på spesialutstyret, idet NS ikke hadde kontroll over disse utgifter. På det samme møte fikk RA overlevert den prisspesifikasjon bedriften allerede den 27.6. hadde bedt om. Under gjennomgåelsen av denne prisspesifikasjon opplyste NS at firmaet ikke hadde inkludert noe FM godkjent utstyr i anbudssummen. Dersom RA ønsket dette, ville dette komme i tillegg. RA fastholdt at ettersom forbehold ikke var tatt i anbudet på dette punkt, måtte RA forutsette at anbudet var gitt i samsvar med spesifikasjonen.

Under møtet ble enkelte punkter oppklart, men det gjensto fremdeles en rekke uklarheter.

Den 27.10.1977 tok Wormald kontakt pr. telefon med RA og ba om å få anledning til å fremsende et tilbud hvor sprinkleranlegget kun var basert på utførelse i henhold til FOC-krav. RA tilkjennega at de selvfølgelig ikke kunne nekte Wormald å fremsende tilbudet. Wormalds tilbud ble mottatt pr. telex 28.10 og senere pr. brev 31.10. Prisen lå da betydelig lavere enn det opprinnelige tilbud.

Den 3.11. var man kommet frem til det tidspunkt at en avgjørelse måtte tas. Det ble lagt vekt på følgende forhold: Saken hadde fått hastverk. Wormald hadde ikke tatt noe forbehold hverken økonomisk eller teknisk. Wormald ble vurdert å være det firma som var det beste og mest betryggende hva faglige kvalifikasjoner angikk ved levering av beskyttelsesanlegget. På tross av gjentatte purringer hadde NS ikke lagt frem et eneste dokument som fortalte noe om det utstyr de ville benytte i anlegget som alternativ til det beskrevne, og det var dessuten tatt økonomiske forbehold som medførte at NS ville presentere en tilleggspris hvis det spesifiserte utstyr skulle brukes. Til dette tidspunkt var det ikke kommet noen indikasjon på tilleggets størrelse. Avgjørelsen var derfor forholdsvis enkel å ta, og innklagede besluttet å innkalle Wormald til kontraktforhandlinger, og disse fant sted den 11.11.1977.

Det var på dette tidspunkt klart at hverken lisensgiver eller kontraktpartner ville stille krav om FM-godkjenning, og SKAFOR's regler som da forelå, var også basert på FOC-reglene. Ut fra dette ble det da klart at FOC-kravene ville være tilfredsstillende. Under forhandlingene fant Wormald å kunne redusere sin pris til 1.515.000 kroner ekskl. mva. Prisen var fast og skulle ikke være gjenstand for prisstigning. Wormald hadde fortsatt ingen tekniske forbehold.

Til sammenligning kan her nevnes at tilsvarende pris fra NS som man fikk oppgitt senere enn 18.11.1977, var 1.654.000 kroner. Den pris RA således hadde forhandlet seg frem til med Wormald, lå altså 139.000 kroner ekskl. mva lavere enn NS' pris. På dette tidspunkt fant RA det ikke riktig å undertegne avtalen straks og presiserer at dette var forårsaket av ønsket om fortsatt å gi NS – som et norsk firma – ny sjanse til å få kontrakten. Dette ble gjort kjent for Wormald som aksepterte dette. RA fikk opsjon til å undertegne avtalen frem til 1.12.77. Da Wormald godtok en slik fremgangsmåte, finner klageren det paradoksalt at nettopp NS som fikk den nye sjansen, har klaget over saksbehandlingen.

Innklagede presiserer at det forhold at en av anbyderne på eget initiativ sender et nytt tilbud etter at anbudsfris-

ten er utløpt, ikke representerer noe brudd på NS 3400 fra RA's side. Kontraktforhandlinger med en annen anbyder ble først innledet etterat to av anbyderne hadde trukket seg, og NS ikke hadde fremskaffet nødvendig teknisk underlag for sitt anbud. Hva angår begrunnelsen for ikke å godta klagerens anbud, vises til den foran gitte begrunnelse i brev av 23.12.1977. Innklagede finner således klagen ubegrunnet.

Klageren har i sitt sluttinnlegg presisert at NS' anbud er basert på anbudsdocumentene. Innklagedes opplysning om at man i realiteten skulle ha FM-godkjenning av alle komponenter, har ikke forankring i dette. Når det således i tilsvaret er opplyst at Wormalds opprinnelige anbud utelukkende var basert på FM-godkjente komponenter, har Wormald tilbudt noe som lå utenfor anbudets forutsetninger.

Til innklagedes anførsel om at anbudet var for sent fremsatt, bemerker klageren at RA's innsigelse må anses som et rent påskudd som ikke er saklig forankret. Dette fremgår av de bemerkninger som innklagede har gitt i tilsvaret.

Når Wormald i sitt anbud har gitt fast pris, er dette igjen et tegn på at innklagede har gått utenfor anbudsinnbydelsens forutsetninger.

Hva angår NS's forbehold forsåvidt angår spesialutstyret, gjelder dette i realiteten prosjektrisikoen. Det eneste som kunne garantere dette utstyrets virkningsgrad, var Wormald som hadde prosjektert anlegget for byggherren, og som hadde spesifisert komponentene som Wormald selv var eneleverandør av. Det annet forbehold var at det ikke var noen restriksjoner på dette utstyret ved salg til Norge. Hvis NS skulle være henvist til å kjøpe dette utstyret gjennom Wormald, ville dette firmaet ha en monopolstilling som ville kunne føre til at prisene på disse produkter ville bli skrudd opp overfor NS. Hvis prissammenligningen førte til at RA ble usikker i vurderingen av anbudene, burde man tatt konsekvensen av at Wormald notorisk hadde gått utenfor anbudets forutsetninger.

RA har mottatt alle de oppgaver og spesifikasjoner man har bedt om. Det har ikke vært tilkjennegitt noen innvending mot den informasjon som ble gitt av NS før etterat tvist mellom partene var et faktum.

RA's opplysning om at NS under møtet 22.8. skulle ha gitt uttrykk for at firmaet ikke hadde inkludert noe FM-godkjent utstyr i anbudssummen, avvises av klageren som fritt oppspinn. Det fremgår helt klart av anbudsdocumentene hvilke forutsetninger anbudet er levert inn på, forsåvidt angår FOC/FM-spesifikasjonene. RA har ingen forankring i sin anførsel om at tilfredsstillende opplysninger ikke er gitt av NS.

RA's anførsel om at man ikke kan nekte Wormald å fremsette tilbudet, synes å bygge på at RA overhodet ikke har satt seg inn i de regler som NS 3400 inneholder, og som etter anbudsinnbyderens krav skulle legges til grunn for anbudskonkurransen, idet såvel standardens pkt. 12.1 som pkt. 13.2 gir klar beskjed om hvorledes situasjonen skulle vært behandlet.

Wormalds nye anbud skulle overhode ikke vært med i anbudskonkurransen. Det opprinnelige anbud lå mer enn 800.000 kroner høyere enn NS'. Det går videre frem av tilsvaret at RA har endret forutsetningene for anbudet ved å stryke alle krav til FM-godkjenning. Den riktige konsekvens for RA å trekke ville vært å forkaste samtlige anbud og invitere til ny anbudskonkurranse. Isteden valgte RA å spille ut anbyderne mot hverandre med det siktepunkt å presse prisene.

Innklagede fremhever i sitt sluttinnlegg at det fra RA's side ikke har vært hevdet at alle komponenter skulle tilfredsstillende FM-kravene. Det er heller ikke riktig at Wormalds anbud utelukkende var basert på FM-godkjente komponenter, idet Wormalds anbud var i samsvar med anbudsbeskrivelsen som var utarbeidet av samme firma. Det er på det rene at Wormalds anbud var inngitt med total fast pris, og RA er ute av stand til å forstå at dette kan bebreides RA.

Når man i ettetid vurderer utviklingen i denne saken, er det klart at RA ser forhold som bedriften kunne ha behandlet anderledes. Sannsynligvis strakte RA seg alt for langt når det gjaldt forholdet til NS idet det allerede i august forelå reelle brudd på NS 3400 fra NS' side. En burde også på et nokså tidlig tidspunkt ha stilt bestemte tidskrav til NS for avklaring av de økonomiske og tekniske spørsmål. Dersom NS ikke hadde overholdt disse tidsfristene, skulle anbudet blitt avvist.

Den situasjon RA ultimo oktober befant seg i, var at den hadde to anbydere, NS og Wormald, oppklaringsdrøftelser hadde vært ført med NS i over 4 måneder. Til tross for dette var følgende spørsmål uoppløst:

- tekniske uklarheter
- størrelsen på pristillegget for Grinellutstyr.

Når det gjaldt Wormalds anbud, hadde det ikke vært nødvendig med oppklarende drøftelser.

Det var Wormald selv som tok initiativ til fremleggelsen av det nye anbud basert på FOC-materiell. Det presiseres at grunnlaget for RA's avgjørelse, og de forhandlinger med Wormald som da ble ført, var anbudet fra Wormald av 22.6.1977.

Det var i særdeleshet NS's forhold forsåvidt angikk prosjektrisikoen og prisforbeholdet som var utslagsgivende for RA. Det er mulig at den strengt formelt riktige konsekvens av utviklingen ville vært å forkaste samtlige anbud for sprinkleranlegget, og deretter gå ut i ny anbudskonkurranse basert på FOC-krav. Hvis imidlertid RA hadde forkastet samtlige anbud og deretter gått ut med ny anbudsinnbydelse, måtte en realistisk ha vurdert at en tidligst kunne ha hatt en underskrevet kontrakt 1.3.1978. Dette ville medført en forsinkelse på 3 måneder i forhold til kontraktingåelsen med Wormald. Dette forhold ville ha medført konsekvenser for de øvrige i entreprisen, både når det gjaldt fremdrift og økonomi. I tillegg til de merkostnader dette ville medføre, kunne RA ikke holde de tidsfrister som de hadde forpliktet seg til.

Det burde imidlertid ikke være slik at selger kan bryte bestemmelser og tilpasse seg praktiseringen av NS 3400 etter egen vurdering, mens kjøper må følge standardkontrakten. Det ville være urimelig om RA på grunn av at man hadde søkt å gjennomføre hele prosjektet basert på NS 3400, måtte godta de ovennevnte konsekvenser ved å utsende ny anbudsinnbydelse. Det må aksepteres at det kan foreligge slike omstendigheter at også kjøper må ha en viss frihet.

Da RA den 3.11.1977 besluttet å innkalle Wormald til kontraktforhandlinger, innebar dette at Wormald i forhold til NS 3400 var den seirende anbyder.

Det må etter innklagedes oppfatning være tillatt å forhandle om pris samt utførelsen etter at anbudskonkurransen er avgjort, og det er nettopp dette RA har gjort.

Det er også symptomatisk for klagerens holdning at firmaet ikke på noe tidspunkt ga uttrykk for misnøye med RA's behandlingsmåte. Tvertimot aksepterte de fremgangsmåten ved å gi et pristilbud.

Innklagede presiserer at denne saken ikke gjelder

hvorvidt RA eller klageren har rett i sin fortolkning av NS 3400 og praksis vedrørende standarden, men hvorvidt RA har opptrådt utilbørlig og i strid med god forretningsskikk. Eventuelle feil fra RA's side med hensyn til forståelsen av NS 3400 og den praksis som følges, er ikke tilstrekkelig til å fastslå at RA har opptrådt utilbørlig og i strid med god forretningsskikk.

Utvalget har i brev av 20.9. d.å. til partene reist spørsmål om deres holdning til eventuell avvisning av saken.

Brevet har følgende ordlyd:

”Ovennevnte sak gjelder i det vesentlige spørsmål om forståelse av NS 3400 og den praksis som følges ved anbudskonkurranser. Slike spørsmål er tidligere ikke forelagt Utvalget. Sakens konkurranserettslige sider synes underordnet en vurdering av den kontraktrettslige og entrepriserettslige karakter. Slike spørsmål ligger utenfor Utvalgets mandat. Det synes derfor naturlig å reise spørsmål overfor partene om deres holdning til en mulig avvisning av saken under henvisning til statuttens § 1.

Under henvisning hertil gis De frist til 27.d.m. med å kommentere avvisningsspørsmålet.”

Klageren er uenig i at det er grunnlag for å avvise saken fra behandling i Utvalget. Den gjelder ikke primært forståelsen av NS 3400 eller den praksis som følges i henhold til nevnte standard. Saken gjelder spørsmålet om et klart og erkjent brudd på de antatte regler skal oppfattes som værende i strid med god forretningsskikk eller ikke. Tvistespørsmålet synes å ligge innenfor Utvalgets kompetanseområde.

Klageren finner det forøvrig uriktig å avvise saken på det nåværende stadium hvis man overhodet finner avvisningsgrunnlaget tvilsomt. Saken er gjennom lang tid nøyte forberedt. Dersom avvisning hadde vært aktuell, burde dette spørsmål vært reist umiddelbart etter innleveringen av klagen.

Innklagede fastholder at saken i virkeligheten gjelder fortolkning av NS 3400 og hvilken praksis som følges ved anvendelse av standarden.

Det er uenighet mellom partene om hvorledes standarden skal fortolkes og også om hvilken praksis som følges. De konkurranserettslige sider ved saken er underordnet sakens kontraktrettslige og entrepriserettslige karakter slik Utvalget har fremhevet.

RA stiller seg uforstående til klagerens påstand om at det foreligger et erkjent brudd på reglene. Slik erkjennelse er ikke kommet fra RA's side. Innklagede avviser at Wormald skal ha fått noen preferansestilling. RA har gått ut fra at standardens bestemmelse ikke kunne være til hinder for å gi klageren en ny sjanse så lenge Wormald som eneste gjenværende anbyder og vinner av anbudskonkurransen samtykker heri.

RA har intet å bemerke til at Utvalget avviser saken i henhold til statuttens § 1, 3. ledd.

Slik saken nå står, synes avvisning naturlig fordi saken ikke egner seg til behandling i Utvalget. Klagerens anførsel om at avvisningsspørsmålet skulle vært reist umiddelbart etter innlevering av klagen, savner grunnlag. Innklagede er således enig i at Utvalget av eget tiltak må ha anledning til å reise spørsmål om avvisning og å avvise en sak på et hvilket som helst tidspunkt.

Utvalget skal bemerke:

Klageren har gjort gjeldende at avvisningsspørsmålet – hvis det først skulle tas opp – burde vært tatt opp umiddelbart etter innlevering av klagen. Utvalget er ikke enig i dette da det i denne sak var all grunn til å avvente partenes sluttinnlegg før spørsmålet om avvisning ble reist.

Når det gjelder sakens materielle side, vil Utvalget understreke at det er i strid med god forretningsskikk om innbyderen etter anbudsfristens utløp, og før anbudskonkurransen er avgjort, innhenter eller tar imot og benytter seg av reviderte anbud med endringer i pris og i andre forutsetninger som har betydning for konkurranseforholdet mellom anbyderne. RA burde derfor ha utskrevet ny anbudskonkurranse når det etter utløpet av anbudsfristen ble aktuelt for bedriften å bruke et rimeligere utstyr enn forutsatt i anbudsinnbydelsen, og når bedriften til slutt ønsket å få et fastprisanbud.

Utvalget finner det også meget uheldig at det firma, som etter oppdrag fra innbyderen hadde planlagt og detaljert spesifisert det tekniske utstyr i anbudsinnby-

delsen, også selv inngir anbud. Et slikt opplegg synes å stille anbyderne ulikt.

Forøvrig finner Utvalget ikke å kunne undergi den konkrete sak noen nærmere konkurranserettslig bedømmelse. De faktiske forhold i saken er på flere viktige punkter så uklare og dårlig opplyst at det i tilfelle ville vært nødvendig med innhenting av parts- og vitneforklaringer, fremlegging av dokumenter m.v. Dette kan imidlertid best skje ved vanlig rettergang.

Videre har begge parter foretatt og til dels også stilltiende akseptert flere brudd på NS 3400 som forutsetningsvis skulle gjelde for anbudskonkurransen. Det er derfor grunn til å anta at forholdet mellom partene har fått et mer kontrakt- og entrepriserettslig preg.

Saken anses etter dette ikke egnet til nærmere behandling i Utvalget. Utover det som går frem av det foranstående finner Utvalget å måtte avvise saken fra realitetsbehandling.

Uttalelsen er enstemmig.