

# FRANCHISE: KAN FRANCHISEGIVER OG FRANCHISETAKER I SAMME KJEDE SAMARBEIDE OM TILBUD I OFFENTLIGE ANBUDESKONKURRANSER?



**Christina  
Tømmerdal  
Wang**

advokat i Advokatfirmaet CLP DA. Hovedfokus på prosedyre og tvisteløsning, særlig innen arbeidsrett og generell kontraktsrett



**Kjetil Vågen**

advokat/partner i Advokatfirmaet CLP DA. Hovedfokus i sin virksomhet på retail/varehandel og franchise

- Franchisegeber og franchisetakere i samme kjede skal konkurranserettslig behandles som de er konkurrenter.
- Dersom franchisegeber inngir tilbud i offentlige anbudsprosesser på vegne av hele kjeden hvor også franchisetakere i kjeden er inkludert, vil dette kunne være i strid med konkurranseretten. Slike tilbud kan anses å være ulovlig prissamarbeid som kan resulterer i store bøter.
- I **El Proffen-saken** ila Konkurransetilsynet høsten 2017 over 18 millioner kroner i gebyr til seks aktører i elektrobransjen for ulovlig informasjonsutveksling og åpent samarbeid i en anbudskonkurranse. Konkurranseskjemennda kom nylig til at det forelå en overtredelse av konkurranseloven, men nemnda satte ned det totale gebyret til 4,7 millioner kroner.
- Konkurransetilsynet, domstolene og nå senest Konkurranseskjemennda, har de siste årene slått hardt ned på samarbeid i forbindelse med inngivelse av felles tilbud i anbudskonkurranse. Er det i det hele tatt rom for å samarbeide med en annen bedrift om å inngi tilbud?

## Hva menes med kjedesamarbeid?

Forbudet mot konkurransebegrensende avtaler gjelder bare mellom uavhengige foretak. Det er altså ikke forbudt for selskaper i samme konsern å samarbeide. Samtidig er det mange kjeder som består av både heleide og deleide datterselskaper, i tillegg til uavhengige franchisetakere. I de tilfeller hvor franchisegeber inkluderer franchisetakere i tilbud/anbudsprosesser kan dette være i strid med konkurranseretten.

## Kjedesamarbeid kan føre til bøter i millionklassen – El Proffen-saken

I El Proffen-saken ila Konkurransetilsynet høsten 2017 over 18 millioner kroner i gebyr til seks aktører i elektrobransjen for ulovlig informasjonsutveksling og åpent samarbeid i en anbudskonkurranse. Vedtaket kom i kjølvannet av Høyesteretts prinsipielle avgjørelse fra 2017 i Ski/Follo-taxisaken, som også gjaldt åpent samarbeid om å inngi felles tilbud i anbudskonkurranse.

Konkurransetilsynet mente i El Proffen-saken at elektrikerbedriftene som var medlemmer i El Proffen-kjeden var å anse som konkurrenter, og samarbeidet var ulovlig etter konkurranseloven § 10. Også tilretteleggeren for samarbeidet, elektrikerkjedens selskap EP Contracting, ble ansett for å ha deltatt i overtredelsen. EP Contracting utførte ikke elektrikertjenester selv, men tilrettela for utveksling av konkurransesensitiv informasjon, herunder deling av bl.a. informasjon om kapasitet og priser mellom de fem medlemsbedriftene.

Konkurransetilsynets vedtak ble i mars 2018 klaget inn til Konkurranseskjemennda, som fattet vedtak 31. august 2018. Konkurranseskjemennda kom også til at samarbeidet utgjorde en ulovlig overtredelse av konkurranseloven § 10. Nemnda fant etter en svært konkret vurdering av de faktiske omstendighetene, at alle medlemsbedriftene hver for seg hadde reell mulighet til å oppfylle kontrakten individuelt, og dermed var de konkurrenter. Nemnda fant videre at foretakene hadde opptrådt uaktsomt. Medlemsbedriftene burde ha søkt å avklare med oppdragsgiver de uklarhetene som forelå i tilbudsinnbydelsen, og som lå til grunn for at de mente de ikke hver for seg kunne oppfylle kravene til bl.a. kapasitet. Konkurranseskjemennda kom også med en uttalelse det er verdt å merke seg om aktsomhetsnormen i en slik situasjon: På grunn av det individuelle ansvaret for å overholde konkurran-

sereglene, vil det i en slik situasjon ikke være i samsvar med kravet til forsvarlig adferd å støtte seg til de vurderinger som gjøres av et kjedekontor, en bransjeorganisasjon, eller oppdragsgivers representant.

Ved utmåling av overtredelsesgebyret la nemnda likevel vekt på at overtredelsen i dette tilfellet ikke kunne karakteriseres som særlig grov, blant annet på grunn av at samarbeidet skjedde åpent. Nemnda reduserte derfor gebyrene fra over 18 millioner kroner til 4,7 millioner kroner totalt.

Nemndas vedtak kan ankes direkte til Gulating lagmannsrett innen tre måneder etter vedtaksdato, og siste ord er dermed antakelig ikke sagt enda.

Merk at verken El Proffen og Ski/Follo Taxi gjaldt avtaler mellom konkurrentene om hvem som skulle inngi tilbud, eller fiktiv fordeling av anbudene. Slikt samarbeid vil etter både norsk rett og EU-domstolens praksis utgjøre markedsdeling og prissamarbeid, som er strengt ulovlig.

### Når kan man inngi felles tilbud?

Hovedregelen er klar: Aktører som anses som faktiske eller potensielle konkurrenter kan ikke samarbeide om å inngi felles tilbud. Begrunnelsen er at hver aktør skal fastsette sin markedsadferd på selvstendig grunnlag. Det viktigste spørsmålet er derfor om aktørene må anses som konkurrenter i relasjon til det enkelte prosjektet. Det må alltid gjøres en konkret vurdering.

I praksis vil det være konkurransegrunnlagets utforming som avgjør om det er lovlig å inngi felles tilbud. Dette understrekes på nytt av El Proffen-saken. Les derfor konkurransegrunnlaget nøye, og søk å avklar eventuelle uklarheter med oppdragsgiver eller ved deltakelse i tilbudskonferanser. Husk at konkurransegrunnlaget skal tolkes objektivt. De spørsmål man deretter må stille seg er:

Faktiske konkurrenter	i) Kan begge /alle aktørene hver for seg oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget og dermed levere tilbud alene? I så fall vil samarbeid om å inngi felles tilbud være ulovlig.
Potensielle konkurrenter	ii) Kan bare én av aktørene oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget? I så fall må det gjøres en nærmere vurdering av om samarbeid i det hele tatt – og i så fall mellom hvem – vil være lovlig.
Ikke konkurrenter	iii) Kan ingen av aktørene hver for seg oppfylle kravene i konkurransegrunnlaget? I så fall vil samarbeid være lovlig.

### Hva er risikoen?

Ved overtredelse risikerer man bøter på opptil 10 % av konsernets omsetning. I tillegg risikerer man utestenging fra offentlige anbudskonkurranser etter anskaffelsesregelverket og omdømmetap.

### Hva bør man gjøre?

Adgangen for konkurrenter til å samarbeide er i realiteten svært begrenset. Både franchise-takere i kjeder og tilretteleggere for samarbeid i kjeder som gjerne er franchisegiver, må utvise stor varsomhet og være ekstra oppmerksomme ved informasjonsutveksling og samarbeid i anbudskonkurranser.

Det kan være gode grunner til at foretak i kjeder/franchiser ønsker å inngi felles tilbud. I slike tilfeller må man alltid foreta en konkret vurdering før man eventuelt innleder seg på samarbeid. Vi anbefaler å innhente juridisk ekspertise tidlig til å bistå i slike vurderinger. Sørg også for å ha interne retningslinjer, og dokumenter vurderinger knyttet til hva man ikke klarer å oppfylle i konkurransegrunnlaget (og hvorfor), for eksempel kapasitet, påkrevde ressurser, økonomisk risiko, kvalitetskrav mv. Dokumenter også de effektivitetsgevinster man mener å oppnå ved samarbeidet.

Husk at man uansett kun kan dele informasjon som er strengt nødvendig for tilbudsinngivelsen, og helst så lite som overhodet mulig. Sørg også for å gi en begrunnelse i tilbudet for hvorfor man har valgt å inngi et felles tilbud. Felles tilbud kan imidlertid også være avvisningsgrunn i anbudsprosessen.