

Franchising ur ett konkurrensperspektiv

Är regleringen för franchising tillräcklig eller finns det risk för
snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden?

Johanna Olofsson

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH12

HT15

Handledare

Jörgen Hettne



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehåll

FÖRKORTNINGAR	4
SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
1 INLEDNING	1
1.1 Ämne och bakgrundsbeskrivning	1
1.2 Syfte och frågeställning	3
1.3 Metod	4
1.3.1 Val av metod	4
1.3.2 Rättskälleläran	4
1.3.3 EU-rättslig metod	5
1.3.4 Intervju som komplement	7
1.4 Disposition och material	8
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Termologi	10
2 UTREDNING AV RÄTTSLÄGET - EU:s definition av franchiseavtal och dess inverkan på nationell rätt	12
2.1 Relevant rätt	12
2.2 Närmare om europeisk konkurrenslagstiftning	12
2.3 Franchisings historik	16
2.4 Definition av franchising	17
2.5 Vertikala avtal och Kommissionens förordning 330/2010	19
2.6 Den relevanta marknaden för franchising	21
2.7 Franchiseavtal	22
2.7.1 En översikt av franchiseavtalet	22
2.7.2 Industriell franchising	23
2.7.3 Distributionsfranchising	24
2.7.4 Servicefranchising	25

2.8 Immateriella rättigheter	25
2.9 Svensk rätt	26
2.9.1 Framväxt och utveckling av franchising i Sverige	26
2.9.2 Svensk konkurrenslagstiftning	27
2.9.3 Lag om franchisegivarens informationsskyldighet	28
2.9.4 Avtalsvillkor enligt avtalslagen	29
2.9.5 Franchising och näringsidkare	29
2.9.6 Skiljeklausuler i franchiseavtal	30
3 PRAXIS ANGÅENDE FRANCHISING – avgöranden av betydelse för franchiseavtal	32
3.1 Pronuptia de Paris	32
3.2 Yves Rocher	32
3.3 Computerland	33
3.4 ServiceMaster	33
3.5 Charles Jourdan	34
3.6 U.S. Supreme Court – GTE Sylvania	35
4 ANALYS	37
4.1 Franchiseavtal ur ett konkurrensperspektiv – artikel 101.3 FEUF och kommissionens förordning 330/2010:s inverkan	37
4.2 Affärskonceptets skydd	40
4.3 Franchisegivarens förpliktelser mot franchisetagaren, franchisetagarens möjligheter och risker	41
5 AVSLUTANDE KOMMENTARER	44
5.1 Sammanfattning	44
5.2 Slutsatser	45
SUMMARY	47
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	48
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
EU	Europiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om europeiska unionen
FEUF	Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt
KL	Konkurrenslag (2008:579)
Kommissionen	Europeiska kommissionen
Pronuptia-målet	Mål C-161/84 Pronuptia de Paris
Prop.	Proposition
VGUF	Vertikala gruppundantagsförordningen – kommissionens förordning 330/2010 om tillämpningen av artikel 101.3 FEUF på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande
SOU	Statens offentliga utredningar
U.S. Supreme Court	Supreme Court of the United States

Sammanfattning

Franchising är egentligen ett företagsekonomiskt begrepp vars avtal berör många rättsområden såsom konkurrensrätt, avtalsrätt, immaterialrätt samt arbetsrätt. Det en verksamhetsform som kombinerar ett lyckat beprövat affärskoncept med egenföretagande. Det är en specialform av ett återförsäljaravtal, men bör enligt EU-domstolens avgörande i mål C-161/84 Pronuptia de Paris, inte räknas som en distributionsform, trots att verksamhetsformen många gånger har inslag av just distribution.

Undersökningen av franchising har gjorts ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. Franchising är en typ av vertikalt avtal och artikel 101 FEUF blir gällande. Franchising faller vidare in under de undantag som anges i artikel 101.3 FEUF och kommissionens gruppundantagsförordning 330/2010 för vertikala avtal och samordnade förfarande blir därför också tillämplig. Dock omnämns inte verksamhetsformen i förordningen, utan återfinns först i kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar från 2010, där två punkter avser definiering av franchising och dess användningsområde. Sedan 1980-talet har franchising expanderat på den europeiska marknaden och det kan dels bero på den frihet parterna ges vid utformning och ingående av avtal sinsemellan, dels på grund av avsaknaden av omfattande reglering på såväl EU-nivå såsom nationell nivå.

Frågan som har utretts och analyserats i uppsatsen är om den nuvarande regleringen kring franchising är tillräcklig med tanke på dess stora och snabba framväxt. Tillika undersökning huruvida ett franchiseavtal riskerar att det sker en snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden, då konkurrensbegränsande klausuler av olika slag, till exempel prisbestämningsklausuler, tillåts i franchiseavtalen. Konkurrensbegränsande klausuler är tillåtna i franchiseavtal på grund av att franchisegivaren måste ges något slags skydd för sitt affärskoncept och dess identitet. Fortsätter expansionen av franchising i samma takt som i nuläget och bättre tillsyn och reglering inte tillkommer, riskerar användandet av konkurrensbegränsande klausuler i avtalen att ge franchisegivare en otillbörlig fördel och konkurrensen på den inre marknaden riskeras att snedvridas.

Förord

Min studietid vid Lunds Universitet har nästan nått sitt slut och jag kan snart titulera mig ekonom med en inriktning av handelsrätt. Overkligt, javisst! Men så härligt!

Tiden i Lund har varit som att åka berg- och dalbana. Det är många som förtjänar mitt tack för bidraget av såväl stöd, skratt, kloka ord och sömnlösa nätter. Så tack till alla inblandade, vänner såväl som arbetskollegor! Det är dock några personer som dock har haft en framträdande roll under min studietid och för tillkomsten av denna uppsats. Därför riktar jag ett särskilt tack till er:

Tack till min handledare Jörgen Hettne för väl utfört vägledandet av uppsatsen, diskussionerna, viktiga synpunkter och kommentarer du gett under höstens gång.

Tack till Sofia Rosendahl, studievägledare vid Intuitionen för Handelsrätt vid Lunds Universitet, för alla samtal och det stöd du gett mig under mina år på Ekonomacentrum.

Tack till min familj för att ni har fått mig kämpa. Utan er hade jag inte varit här idag. Särskilt tack till min pappa Mats och min syster Emma som korrekturläst min uppsats.

Tack till min avlidna bästa vän Justina Ohlsson för alla minnen. Jag är så glad för att jag fick dela det ljuva studentlivet med dig.

Jag lämnar nu års studier bakom mig och går från student till arbetstagare och blir vuxen ”på riktigt”. Är barnsliga lilla jag redo för arbetslivet med alla dess utmaningar som står på glänt?! Det återstår och se. Carpe diem tänker jag - så löser sig allt nog så småningom!

Skanör, 21 december 2015

Johanna Olofsson

1 Inledning

1.1 Ämne och bakgrundsbeskrivning

När Expressen granskade boksluten för Pressbyrå-ägarna i Stockholm, Göteborg och Malmö fann de att de sammanlagda vinsterna för de 88 stycken Pressbyråerna som ingick endast uppgick till 10,9 miljoner kronor för 2014. Nio av de 88 butikerna var konkursmässiga och fyra hade likviderats. Franchiseavtalen innehöll bestämmelser att franchisetagarna tvingas betala upp till hälften av sina bruttovinster till franchisegivarna.¹ Pressbyrån använder sig av verksamhetsformen franchising. Ett välkänt ord och tillika en växande företagsform inom flertalet branscher världen över. Bara på den svenska marknaden idag finns det över 750 franchisekedjor.² Dock är den juridiska innebörden av de avtalsförhållanden som uppstår vid franchising både diffus och svårdefinierad.

Kortfattat beskrivet kan verksamhetsformen franchising sägas kombinera ett lyckat affärskoncept och egenföretagarens engagemang, drivkraft och uthållighet. Det är en affärsmodell där en enskild näringsidkare tar del av en beprövad produkt, varumärke eller som efter koncept kan distribueras av en näringsidkare mot en avgift till varumärkesägaren.³ McDonald's, Burger King, ICA, Pressbyrån och 7-Eleven är några av de mest förknippade affärskoncepten med franchising. Verksamhetsformen omsätter idag närmare 230 miljarder kronor och sysselsätter bara i Sverige över 125 000 människor.⁴ Affärsmodellen används inom såväl service- som handelsbranschen men branscher inom nästintill alla näringslivets område som avser försäljning av varor, tjänster eller service har börjat se fördelarna med franchising som företagsform. Få känner till exempel till att företag såsom H&M och IKEA även har franchisetagare.⁵

Franchising är sålunda etablerat sedan lång tid tillbaka men avtalstypen har inte varit specificerad. Första gången termen användes inom EU-rätten var 1986, då EU-domstolen tog sig an mål C-161/84 Pronuptia de Paris.⁶ Domstolen gav här sitt första uttalande om

¹ Google, Expressen.se (2015) *Familjen lever i lyx på franchisetagarnas slit* <http://www.expressen.se/nyheter/familjen-lever->

² Franchisegroup – serving the franchise industry (2015) *Om franchising* <http://www.franchisegroup.se/web/page.aspx?refid=17> [2015-10-01].

³ Sagell, Dan-Michael. Carlsson, Pål, *Franchise: praktisk handbok för franchisegivare och franchisetagare*. 1:1 Uppl. Näsviken: Björn Lundén Information, 2005 s. 12 ff.

⁴ Butikstrender (2015) *Social franchise ökar kraftigt i både Sverige och utomlands* <http://www.butikstrender.se/social-franchise-okar-kraftigt-bade-i-sverige-och-utomlands/> [2015-10-01].

⁵ Franchisegroup – serving the franchise industry (2015) *Om franchising* <http://www.franchisegroup.se/web/page.aspx?refid=17> [2015-10-01].

⁶ Mål C-161/84 Pronuptia de Paris. Dom 28 januari 1986, s.1 ff. p.3.

verksamhetsformens innebörd och dess allmänna tillämpning, då en europeisk definition av franchising och franchiseavtal ännu inte fanns. Pronuptia-målet har blivit en utgångspunkt för franchising inom EU och har fått stor betydelse för fortsatt lagreglering, rättsutveckling och definiering av verksamhetsformens avtalsinnebörd.⁷

I svensk lagstiftning finns endast sex paragrafer som berör franchising, vilka återfinns i lag (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet. Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) kan tillämpas parallellt, då denna lag är dispositiv. Franchising berör inte minst konkurrensrättens område och konkurrenslag (2008:579) (KL) blir tillämplig. Konkurrensrätten är harmoniserad inom den Europeiska Unionen (EU) och då Sverige sedan 1995 är medlem i EU, blir unionens förordningar och direktiv direkt gällande respektive implementerade efter hand i svensk rätt. I fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt, FEUF, anges att medlemsstaterna och unionen ska bedriva sin ekonomiska politik i överensstämmelse med principerna om en öppen marknadsekonomi med fri rörlighet och fri konkurrens för att främja en effektiv resursfördelning.⁸ Artikel 101.1-3 FEUF lyder:

”Följande är oförenligt med den inre marknaden och förbjudet: alla avtal med företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfarande som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den inre marknaden, särskilt sådana som innebär att

- a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,
- d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”⁹

⁷ Unidroit (2015) *The European Union and franchising*

<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf> [2015-10-12] s. 1.

⁸ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (Konsoliderad Version, 2012), FEUF, artikel 3 och 119.

⁹ Artikel 101 p.1-3 FEUF.

Artikeln säger vidare att bestämmelserna i artikel 101.1 FEUF får förklaras icke tillämpliga på avtal eller grupper av avtal mellan företag: ”som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtligt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås och som inte...”¹⁰

Förordningen säger att de kategorier av avtal som kan anses uppfylla de villkor som anges i artikel 101.3 FEUF inkluderar: ”vertikala avtal för inköp eller försäljning av varor eller tjänster när dessa avtal ingås mellan icke konkurrerande företag, mellan vissa konkurrenter eller av vissa sammanslutningar av varuåterförsäljare. Den gäller även vertikala avtal som innehåller kompletterande bestämmelser om överlåtelse eller utnyttjande av immateriella rättigheter.”¹¹ Ovanstående visar att franchising omfattas av artikeln och franchiseavtalet utgör ett undantag från förbudet mot konkurrenshinder enligt artikel 101.3 FEUF. Franchising berörs även av Kommissionens Förordning (EU) nr 330/2010 av den 2010 om tillämpningen av artikel 101.1-3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande (VGUF). Vidare har europiska kommissionen gett ut Riktlinjer om vertikala begränsningar (2010/C 130/01). Till skillnad från förordningen benämns franchising uttryckligen och innehåller viss information om franchisings definition.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen har sin grund i artikel 101.1-3 FEUF och Förordning 330/2010 om gruppundantag för vertikala avtal och samordnat förfarande men tar även hänsyn till svensk lagstiftning för franchising, avtal och konkurrens. Uppsatsens syfte är först och främst att utreda och kartlägga franchisings innehåll och avtalets innebörd ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, på dels EU-rättslig, dels nationell nivå.

För att kunna uppnå syftet och redogöra för problematiken med denna avtalstyp kommer det regelverk som ligger till grund för franchiseavtal inom EU studeras. Följande frågeställningar kommer att besvaras:

¹⁰ Artikel 101 p.1-3 FEUF.

¹¹ Artikel 101 p.3 FEUF.

Finns det risk för snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden vid ingående av ett franchiseavtal?

- Vad innebär det för en enskild näringsidkare att ingå i ett franchiseavtal? Vilka möjligheter och risker möter denna av att ingå i ett franchiseavtal?
- Vilka regler och krav berör en franchisegivare?
- Vilka regler och krav berör en franchisetagare?

1.3 Metod

1.3.1 Val av metod

Uppsatsen utförs främst med stöd av rättsdogmatisk metod. Metoden innebär att det först görs en rättsutredning där rättsläget klargörs. Rättsutredningen innefattar redogörelse för gällande rätt där rättsreglerna fastställs objektivt, rättspraxis bestäms, tolkas och åberopas som rättskällor. Denna systematiserande redogörelse utgör sedan underlag för analys och avslutande kommentarer.¹²

Då studien av franchiseavtal görs ur ett konkurrensperspektiv är EU-rätten central och ligger till grund för större delen av analysen. EU-rättslig metod har därför valts. Dock bortses inte från nationell rätt i studien, utan analysen tar likväl hänsyn till svensk gällande rätt och den svenska rättskälleläran har tillämpats där denna haft betydelse. EU-rätten är emellertid överordnad nationell lagstiftning och får därför betydelse för det fall det skulle förekomma diskrepanser mellan EU-rätt och nationell rätt. Nedan redogörs först kort om rättskälleläran, följt av EU-rättslig metod.

Ofta beskrivs metod och material tillsammans eftersom valet av metod avgör materialinsamlingen. I denna uppsats redovisas materialet som har använts i avsnitt 1.4 Disposition och material. Detta gav mig möjlighet att koncentrera beskrivningen av metoderna och då föll det sig ganska naturligt att närmare nämna det faktiska material som används vid beskrivning av dispositionen.

1.3.2 Rättskälleläran

Då konkurrenslagstiftningen till större delen är harmonierad inom EU, har hänsyn till svensk gällande rätt tagits och rättskälleläran har används som kompletterande metod till EU-rättslig metod, i synnerhet i det fall rent nationella frågor behandlas. Problematiken och tolkningen av franchising faller in under marknadsrätten och civilrättsliga regler utgör ramen för

¹² Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*. 1:1 Uppl. Stockholm: Fritzes Förlag AB, 1995 s. 35 ff.

franchiseföretags ekonomiska verksamhet på marknaden. De civilrättsliga nationella regelverken har till uppgift att skydda såväl näringsidkare som konsumenter för otillbörlig marknadsföring samt ge rättsliga skyddsregler för närings- och varukännetecken, sekretess och skydd för företagshemligheter och regler om avtalsvillkor.¹³

Enligt Claes Sandgren brukas rättskälleläran för att förbinda problem, material och slutsats på bästa sätt. Enkelt uttryckt kan metoden beskrivas som läran om rättskällorna.¹⁴ Metoden avser att analysen som genomförs ger ett slutresultat som återspeglar innehållet i gällande rätt.¹⁵ Rättskällor i form av lagar och förordningar, förarbeten, rättspraxis, doktrin samt sedvana bildar utgångspunkten för den juridiska argumentationen som förts i uppsatsen¹⁶, samtidigt som den anpassats till den EU-rättsliga metoden. Hur rangordningen av rättskällorna bör ske finns det många åsikter om. Flertalet författare har skrivit om rättskälleläran och dess användningsområde. Christian Dahlman menar på att rangordningen av rättskällorna bör ske utifrån ett samspel mellan alla instanser (regering, lagråd, myndigheter med mera) som tolkar och tillämpar alla olika typer av ovannämnda rättskällor.¹⁷

EU-rätten har fört in nya metoder och rättsprinciper i svenskt rätt, då till exempel internationella riktlinjer för franchiseavtal samt EU-rättens konkurrensrättsliga regelverk för franchising numera utgör grundprinciperna för den svenska rättstillämpningen.¹⁸ Därför följer ett relativt utförligt avsnitt om EU-rättslig metod.

1.3.3 EU-rättslig metod

Fördragen inom EU utgör den så kallade primärrätten. Fördragen är skapade genom enhälligt beslut av medlemsländerna och ska godkännas av respektive medlemsland i enlighet med dess konstitutionella bestämmelser enligt artikel 48 i Fördraget om europeiska unionen, FEU. EU-domstolen är det organ som tolkar fördragen och även de allmänna rättsprinciper som gäller för medlemsländerna. Det har därför varit av hög prioritet att observera de allmänna rättsprinciperna som har relevans för uppsatsen. Med stöd av fördragen har vidare diverse rättsakter utfärdats, så kallad sekundärrätt. Det mest väsentliga inom sekundärrätten är de bindande rättsakterna som institutionerna kan utfärda i enlighet med artikel 288 FEUF, vilket består av förordningar, direktiv och beslut. Institutionerna kan också anta icke bindande

¹³ Bernitz, Ulf, *svensk och europeisk marknadsrätt 1*. 4 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2015. s. 23 ff.

¹⁴ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare Ämne, material, metod och argumentation*. 2:4 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2007 s. 35 ff.

¹⁵ Korling, Fredrik och Zambani, Mauro, *Juridisk metodlära*. 1 Uppl. Stockholm: Studentlitteratur, 2013 s. 21 ff.

¹⁶ Sandgren (2007) s. 35.

¹⁷ Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: En tematisk introduktion i allmän rättslära*. 2 Uppl. Stockholm: Studentlitteratur, 2010 s. 21 ff.

¹⁸ Sandgren (2007) s. 36 f.

rättsakter som rekommendationer och yttranden. Icke bindande sekundärrätt, generaladvokatens förslag till avgörande, den EU-rättsliga doktrin samt förarbeten har använts som vägledande dokument för denna analys.¹⁹

Kommissionens förberedande utredningar som offentliggörs i form av vit- och grönböcker kan också tillerkännas ett vägledande rättskällevärde i detta specifika fall.²⁰ Framför allt grönboken om vertikala begränsningar i EU:s konkurrens politik har haft betydelse för uppsatsen, då grönboken bland annat inkluderar undersökningar av distributionsstrukturen i unionen, ekonomiska analyser av vertikala begränsningar och den inre marknaden samt de nuvarande reglerna för vertikala begränsningar.²¹ Primärrätten kompletteras av sekundärrätten för att få en djupare förståelse för rättsläget och har spelat roll för utredningen av problematiken inom franchising och dess avtalsinnebörd. I händelse av konflikt mellan primärrätten och sekundärrätten har primärrätten dock företräde. Detta följer uttryckligen av artikel 263 FEUF där det föreskrivs att EU-domstolen är behörig att pröva lagligheten av en rättsakt mot bakgrund av fördragsbestämmelserna eller någon rättsregel som gäller fördragets tillämpning.²²

Det ska vidare understrykas att många EU-bestämmelser är så vaga att de ger väldigt liten vägledning varför EU-domstolens rättspraxis är särskilt viktigt. Tillämpningsproblematiken måste lösas med stöd av den rättspraxis som finns på det aktuella området. Mot bakgrund av den stora inverkan som EU-domstolens praxis har på EU-rätten är det av betydelse att beakta de tolkningsmetoder som EU-domstolen använder sig av.²³ Nedan följer i korthet de tolkningsmetoder som har varit av störst vikt vid framställningen av denna uppsats.

På grund av EU-rättens inkompleta karaktär använder sig EU-domstolen av de allmänna rättsprinciper som rättskälla. De allmänna rättsprinciperna utgör unionsrättens oskrivna konstitution, det vill säga andra unionsrättsliga bestämmelser får inte inkräkta på någon allmän princip. Detta medför i sin tur att fördragen många gånger innehåller oprecisa bestämmelser och allmänna målsättningar, vilket leder till att det krävs att de konkretiseras i den faktiska tillämpningen. Om en bestämmelse i EU:s sekundärrätt kräver en tolkning ska den i möjligaste mån tolkas så att den är förenlig med fördraget och EU:s allmänna

¹⁹ Hettne, Jörgen. Ida, Okten Eriksson (red.), *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2011 s. 40 ff.

²⁰ Hettne/Eriksson (2011) s. 113.

²¹ Unidrot (2015) *The European Union and franchising*,

<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf> [2015-10-12] s. 3.

²² Hettne/Eriksson (2011) s. 41 ff.

²³ Hettne/Eriksson (2011) s. 49 f. och 158 f.

rättsprinciper.²⁴ De oprecisa bestämmelserna kan likväl leda till förvirring, vilket gör att EU-rätten kan verka aningen diffus. Då detta händer tenderar EU-domstolen att använda sig av teleologisk tolkning och tar då ofta hjälp av de målsättningar som anges i fördragen och de allmänna principerna.²⁵ Vidare använder EU-domstolen sällan motsatsslut i sin juridiska argumentation. Därför bör EU-domstolens resonemang tolkas med varsamhet, *e contrario*. EU-domstolen drar dock desto oftare analogislut för att sammanbinda EU:s olika rättsområden ofta med hjälp av de allmänna rättsprinciperna.²⁶

Till sist kan också komparativ metod ha betydelse för tolkningen av EU-rättsliga bestämmelser. Denna är inte alltid synlig i unionsdomstolarnas rättspraxis. Den nationella rätten fyller då ut och ger tolkningsstöd åt unionsrätten. De komparativa utredningarna som EU-domstolen gör finns bland annat till för att kontrollera om det finns gemensamma nämnare i de olika nationella rättsystemen som kan rättfärdiga en viss lösning på en konkret frågeställning. De komparativa studierna fungerar också som en garanti för att EU-domstolens tolkning inte avlägsnar sig alltför mycket från medlemsstaternas rättstraditioner.²⁷

När det kommer till doktrin inom EU-rätten anses den ha något mindre vikt än i den svenska rätten. Doktrin används framför allt för att kritisera respektive argumentera för rådande och föreslagna EU-rättsliga normer.²⁸

Intentionen med analysen är mot denna bakgrund att föra en diskussion kring företagsformen franchising, franchisegivaren och franchisetagarens åtagande i sitt avtalsförhållande ur ett EU-rättsligt konkurrensperspektiv med ett eventuellt behov av nytt gruppundantag för franchising. Således finns det ett de lege ferenda perspektiv med uppsatsen.

1.3.4 Intervju som komplement

Intervjuer är värdefulla redskap vid sidan av traditionell juridisk metod som kan bidra till att identifiera intressanta problem och berika analysen för att ge stöd åt de slutsatser som dras.²⁹ Intervjun som har genomförts med en tidigare franchiseägare (Mats Fransson, franchisetagare på McDonalds Trelleborg) har fungerat som en inspirationskälla för uppsatsskrivandet. Problematiken kring franchiseavtalets innebörd, franchisegivare och franchisetagarnas regler

²⁴ Hettne/Eriksson (2011) s. 163.

²⁵ Hettne/Eriksson (2011) s. 158 ff.

²⁶ Hettne/Eriksson (2011) s. 165.

²⁷ Hettne/Eriksson (2011) s. 162 f.

²⁸ Hettne/Eriksson (2011) s 120 ff.

²⁹ Sandgren (2007) s. 42.

och krav i det verkliga livet samt varför företag väljer franchising som affärskoncept diskuterades. Intervjun har inte använts som källa för undersökningen och analysen.

1.4 Disposition och material

Kapitel 1 ger en introduktion av franchising, dess problematik och nuvarande forskningsläge i korta drag. Uppsatsens syfte och frågeställning klargörs, likaså beskrivs valet av metod, material och avgränsning.

I kapitel 2 genomförs först och främst en utredning av rättsläget. Den relevanta rätten för uppsatsen klargörs följt av ett avsnitt om den europeiska konkurrenslagstiftningen. En kort historik (med fokus på uppkomsten av franchising inom EU) beskrivs som sedan följs av definiering av franchising. Därefter följer ett avsnitt om vertikala avtal och den relevanta marknaden för att sedan kunna specificera och förklara själva franchiseavtalet. I kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar anges bland annat att olika kategorier av franchiseavtal måste identifieras. Därför följer korta avsnitt om de olika kategorierna: industriell franchising, distributionsfranchising och servicefranchising. De vertikala avtalen innehåller ofta bestämmelser om utnyttjande av immateriella rättigheter. Franchising innebär bland annat att franchisegivaren ger franchisetagaren tillgång till att utnyttja dennes immateriella rättigheter. Innebörden av immateriella rättigheter beskrivs därför i ett avsnitt. Därefter redogörs för svensk rätt, där franchising kommer ställas i relation till dels konkurrenslagstiftningen, dels avtalslagen. Det material som används i detta kapitel är framför allt EU-rättsligt praxis som finns på det aktuella området. Fördraget om den Europeiska Unionens funktionssätt, FEUF, är centralt tillsammans med kommissionens förordning (EU) 330/2010 om tillämpning av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfarande. Bland kommissionens särskilda gruppundantag i fråga om vertikala begränsningar återfinns förordning 2790/1999 om fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnat förfarande och förordning 4087/88 om tillämpning av artikel 101.3 FEUF på franchiseavtal som har kommit till användning. Även har kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar (2010/C 130/01) samt Grönbok om vertikala begränsningar i EU:s konkurrenspolitisk används. Till avsnitten om svensk rätt har lagrummen kompletterats med bland annat proposition (prop.) 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisetagare, betänkande 2005/06:LU26, Statens offentliga utredningar (SOU) 1987:17 Franchising.

Doktrin har övergripande används för att få en överblick och kommentarer till rättsområdet. Primärt har följande böcker studerats och haft betydelse för fortsatt framställning av uppsatsen: Franchisejuridik av Stig Sohlberg, Distributionsavtal Handelsagentur Ensamåterförsäljning Franchising av Hans Stenberg, Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements av Martin Mendelsohn och Stephen Rose samt Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter av Lars Henriksson. Ytterligare litteratur som används, vänligen se litteraturlista på sida 55.

Kapitel 3 redogör för olika avgöranden som har haft betydelse för franchiseavtalets utveckling. Mål C-161/84 Pronuptia de Partis kommer presenteras. Därefter redogörs de beslut kommissionen tagit rörande franchising som avser artikel 101.3 FEUF: 87/407/EEC Computerland, 97/14/EEC Yves Rocher, 88/604/EEC ServiceMaster och 89/94/EEC Charles Jourdan. Ett mål från U.S. Supreme Court, GTE Sylvania redogörs sedan kortfattat, då målet var vägledande för EU-domstolen och generaladvokatens uttalande i Pronuptia-målet.

Kapitel 4 ger en analys och sammanställning av rättskällorna. Här analyseras franchising mot VGUF, skyddet för affärskonceptet, franchisegivarens förpliktelser mot franchisetagaren och vilka möjligheter och risker franchisetagaren möter.

I kapitel 5 som är det avslutande kapitlet sammanfattas materialet, frågeställningarna besvaras och avslutande kommentarer i form av slutsats ges.

1.5 Avgränsning

Franchising och dess avtalstyp ska i denna uppsats först och främst undersökas ur ett EU-rättsligt konkurrensperspektiv. Utgångspunkten kommer ligga i franchiseavtalets innebörd och vilka regler och krav som ställs på dels franchisegivare, dels franchisetagares vid ingående av ett avtal och huruvida unionen är i behov av tillägg av franchising i VGUF. Då franchising i enlighet med kommissionens riktlinjer delas upp i tre olika kategorier, kommer tyngdpunkten av analysen utgå ifrån distributionsfranchising. Uppsatsen kommer inte omfatta artikel 102-106 FEUF i kapitlet om regler tillämpliga på företag. Artikel 102 FEUF utelämnas eftersom franchiseavtalet ofta innefattar att avtalsparternas marknadsandel understiger 30 % för att avtalet ska vara giltigt och att det då löper mindre risk för dem att utnyttja en dominerande position på marknaden.³⁰ Övriga regler i kapitlet saknar praktisk betydelse för undersökningen. Uppsatsen kommer inte beröra företagskoncentrationer och förordning (EG)

³⁰ Henriksson, Lars, *Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter*. 1.1 Uppl. 2012, Stockholm: Nordstedts Juridik Henriksson s. 69 f.

nr 139/2004 (koncentrationsförordningen, EUKF). EU:s inre marknadsrätt i övrigt liksom konsumenternas skydd mot otillbörliga affärsmetoder utelämnas också. Uppsatsen kommer inte heller beröra de svenska lagrum som finns för franchisingens immaterialrättsliga skydd.

1.6 Termologi

Genomgående i uppsatsen kommer hänvisning i texten ske till artiklar så som de är placerade i fördragen idag. Detta oavsett hänvisning till äldre eller nyare rättsfall, äldre kommentarer eller äldre sekundärrätt. Därmed ersätts genomgående till exempel artikel 81.1-3 EUF med artikel 101.1-3 FEUF. Detta för att ge en så enhetlig text för läsaren som möjligt och undvika förvirring. EU-förordningarnas ursprungliga titlar kommer dock inte förändras utan återges såsom de publicerats.

Affärskoncept, verksamhetsform alternativt företagsform kommer att användas vid beskrivning av franchising men även vara en parallell användning av termen. Franchising är ett företagsekonomiskt begrepp vilket är ett samlingsnamn som beskriver tillvägagångssättet för hur ett företag arbetar, dess vision och dess identitet/kännetecken.³¹

Franchisegivare och franchisetagare är ständigt återkommande termer och har stor vikt för uppsatsens fortlöpande framställning. Franchisegivare är den näringsidkaren som äger och besitter ett beprövat affärskoncept, medan franchisetagaren, som är en självständig näringsidkare, tar sig an franchisegivarens affärskoncept av varor eller tjänster och åtar sig givna förpliktelse enligt avtal.³²

Överföring av know-how är en central del i franchiseavtalet, eftersom det är en avtalsenlig skyldighet för franchisegivaren att överföra detta. Know-how är följaktligen ett innehåll i franchisegivarens koncept så länge det räknas som hemligt, substantiellt och identifierbart.³³ Know-how handlar om dra en ekonomisk fördel av en samling av kompetens, utan att föröva sitt eget kapital.³⁴ Dess villkor beaktas bland annat i artikel 2.3 VGUF.

I vanliga fall tillåts inte konkurrensbegränsande klausuler. En konkurrensbegränsande klausul innebär att ett avtal innehåller bestämmelser, till exempel ett villkor om ett bestämt pris, som kan medföra begränsning av konkurrensen på den inre marknaden och därmed bör egentligen

³¹ Sohlberg, Stig, *Franchisejuridik*. 3:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2001, s. 11 ff.

³² Sohlberg (2001) s. 27 ff.

³³ Sohlberg (2001) s. 15 f.

³⁴ Mendelsohn, Martin. Rose, Stephen, *Guide to the EC Block Exemption for Vertical Agreements*. 4 Uppl. Nederländerna: Kluwer Law International, The Hague, 2002. s. 89.

avtalet hamna utanför tillämpningsområdet för artikel 101.1 FEUF. Dock finns undantagsfall för franchiseavtalet när användningen av konkurrensbegränsande klausuler uppfyller villkoren som anges i artikel 5 i VGUF. I VGUF:s inledande bestämmelser, punkt 11, kan följande utläsas: ”För att säkerställa tillträde till eller förebygga samverkan på den relevanta marknaden bör gruppundantaget förenas med vissa villkor. I detta syfte bör undantaget för konkurrensklausuler begränsas till klausuler som inte överskrider en bestämd varaktighet.”

Konkurrensbegränsande klausuler i franchiseavtal kan vara nödvändiga vid överföring och skydd av know-how.³⁵

Unidroit står för The International Institute for the Unification of Private Law. Det är en oberoende mellanstatlig organisation som har till syfte att undersöka behov och metoder för att modernisera, harmonisera och samordna privata och i synnerhet handelsrättsliga frågor mellan EU:s stater och formulera enhetliga rättsliga instrument, principer och regler för att uppnå dessa mål.³⁶ 2002 antog Unidroit en modellag för franchising, som har haft betydelse för regleringen av franchising bland annat inom EU.

³⁵ Henriksson (2012) s. 202.

³⁶ Unidroit (2015) *About UNIDROIT Overview*, <http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview> [2015-10-12].

2 Utredning av rättsläget – EU:s definition av franchiseavtal och dess inverkan på nationell rätt

2.1 Relevant rätt

I unionsfördragets inledande bestämmelser fastslås att unionen ska bygga på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft där full sysselsättning och sociala framsteg ska eftersträvas.³⁷ Vidare beskriver funktionsfördraget att EU:s medlemsstater ska bedriva sin ekonomiska politik i överensstämmelse med principerna om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning.³⁸ I ett protokoll till Lissabonfördraget klargörs att den inre marknaden inbegriper en ordning för att säkerställa att konkurrensen inte snedvrids. Konkurrensen är således en ytterst viktig faktor för dagens marknadsekonomi. Konkurrensrätten inom EU innefattar förbud mot konkurrensbegränsade avtal och missbruk av dominerande ställning samt kontroll av företagskoncentrationer. Konkurrensrätten har också till syfte att säkerställa att konkurrensen bedrivs med metoder som är skäligen med hänsyn till konsumenter och andra näringsidkare.³⁹ Som tidigare nämnt behandlar artikel 101 FEUF konkurrensbegränsningarna inom unionen och avser att motverka att avtal inte hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen på den inre marknaden. Distribution- och återförsäljarföretag är starka aktörer på den europeiska marknaden som berörs av konkurrensbegränsningarna.⁴⁰ Avtal som faller in under distribution- och återförsäljarföretag, såsom franchiseavtal gör, drabbas dock inte ofta av förbudet mot konkurrensbegränsningar om leverantören av avtalsvarorna inte har större andel av den relevanta marknaden än 30 % och avtalet inte innehåller bestämmelser som reglerar prissättning eller uppdelning av försäljningsområden, geografiskt eller med hänsyn till viss kundkategori.⁴¹

2.2 Närmare om europeisk konkurrenslagstiftning

Konkurrensrätten är en del av den europeiska inre marknaden, tillhör unionens kärna och är det grundläggande konkurrensrättsliga systemet i Europa.⁴² Konkurrensrätten är ett relativt ungt rättsområde, men dess vikt och rättsutveckling desto större och snabbare.⁴³

³⁷ Artikel 3.3 FEU.

³⁸ Artikel 120 FEUF.

³⁹ Bernitz (2015) s. 26 f.

⁴⁰ Stenberg, Hans, *Distributionsavtal handelsagentur, ensamåterförsäljaravtal, franchising*. 1:1 Uppl. Uppsala: Nya Almqvist & Wiksell Tryckeri AB, 2005 s. 35.

⁴¹ Stenberg (2005) s. 95.

⁴² Bernitz (2015) s. 23.

⁴³ Bernitz (2015) s. 57 f.

Fri rörlighet av varor, tjänster, personer och kapital inom unionens gränser tillhör grundprinciperna inom EU och brukar omnämnas som de ”fyra friheterna”.⁴⁴ Den oskrivna regeln inom näringslivet är vidare att det ska råda konkurrens mellan företag på marknaden. Företag inom diverse branscher ges därför möjlighet att fritt utbyta varor och tjänster mellan varandra, så länge det inte strider mot någon rättsregel.

Inom EU:s konkurrenslagstiftning förekommer ofta begreppet ”den relevanta marknaden”. Den relevanta marknaden delas upp i två huvudmarknader, den geografiska marknaden och produktmarknaden. Vid bestämmande av den relevanta produktmarknaden är produktens substituerbarhet avgörande, följaktligen produktens utbytbarhet. Varor eller tjänster som med hänsyn till pris, egenskap eller tilltänkt användning av konsumenten/användarna betraktas som utbytbara tillhör därmed samma marknad.⁴⁵ Den relevanta geografiska marknaden inkluderar det område inom vilket de berörda företagen huvudsakligen tillhandahåller de relevanta produkterna. Främst är det likheter och skillnader i konkurrensvillkoren mellan företagen som har betydelse vid bedömningen. Likväl har köparnas möjlighet att nå olika leverantörer, distributionsmöjligheter samt transportkostnader stor betydelse. Dock inom konkurrensrätten tillämpas relativt snäva marknadsavgränsningar. Det som inom näringslivet brukar betraktas som en bransch delas normalt upp i ett antal olika marknader vid en konkurrensrättslig bedömning.⁴⁶ Med hänsyn till ovanstående, är den fria rörligheten inom EU:s gränser mycket mer komplex än vad den kan utläsas vara vid en första anblick. Den relevanta marknaden skapar konkurrensbegränsningar som ställer krav på konkurrerande företags åtaganden och avtalsförhållanden.

Konkurrensrättens reglering inom EU har under de senaste årtionden utvecklats och förbättrats i takt med globalisering och alltmer öppna gränser.⁴⁷ De grundläggande artiklarna som reglerar konkurrens inom EU är artikel 101 och 102 FEUF. Artikel 101 FEUF fastställer som i inledningen redogjorts för förbudet som råder mot konkurrensbegränsande avtal och artikel 102 FEUF förbud mot missbruk av dominerande ställning. Således är artikel 101 FEUF den väsentliga för frågeställningarna i uppsatsen, då artikeln fungerar som en rättslig ram för bedömningen av vertikala begränsningar.⁴⁸

⁴⁴ Bernitz (2015) s. 23 f.

⁴⁵ Bernitz (2015) s. 51.

⁴⁶ Bernitz (2015) s. 52.

⁴⁷ Valentine, Korah, *An introductory guide to EC Competition Law and Practice*. 8 Uppl. Storbritannien, 2004 s. 383.

⁴⁸ Riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 15.

Kommissionen är det organ som har huvudansvaret att se till att företagen som är verksamma på den europeiska marknaden följer bestämmelserna. Målet för kommissionen är att uppnå en effektiv konkurrens på EU:s inre marknad och underlätta för marknadsintegrationen för såväl små som stora företag genom att tillåta samarbete mellan dem för att de sedan tillsammans eller på egna ben ska kunna pröva nya marknader.⁴⁹ Vidare har de nationella domstolarna de senaste åren fått ökade befogenheter vid bedömning av tillämpning av artiklarna. När tillämpning av artikel 101 FEUF sker ska medlemsstaternas konkurrensmyndigheter skriftligen meddela kommissionen, utan dröjsmål vid påbörjandet av utredningsåtgärder. I enskilda ärenden har medlemsstaternas konkurrensmyndigheter rätt att besluta och kräva att överträdelse ska upphöra, ålägga böter, besluta om interimistiska ärenden eller andra påföljder. Medlemsländernas konkurrensmyndigheter har befogenhet att självständig tillämpa undantagen som ges i artikel 101.3 FEUF, vilket har ökat möjligheterna för parterna att genomdriva avtal och lösa tvister på egen hand.⁵⁰ De nationella domstolarna har möjlighet att vända sig till kommissionen när hjälp med vägledning och information vid utnyttjande av artikel 101 FEUF behövs. Kommissionen har då i sin tur rätt att lämna ett muntligt eller skriftligt yttrande i vart enskilt fall, där hänsyn tas nationella processuella regler och förfarande samt parternas rättigheter.⁵¹ Men då kommissionen inleder ett förfarande, fräntas de nationella konkurrensmyndigheterna automatisk sin befogenhet. Syftet med detta är främst att säkerställa en enhetlig tolkning av konkurrensreglerna och behålla strukturen i nätverket.⁵² Företag kan i sin tur söka informell vägledning hos kommissionen i fall som för fram nya, olösta eller osäkra frågor vid tillämpningen och tolkning av artiklarna. Detta förfarande är ett viktigt led i att främja innovationen och investeringarna inom unionen.⁵³

När det kommer till sanktioner inom den EU-rättsliga konkurrenslagstiftningen delas de upp i två huvudtyper, offentligrättsliga sanktioner och civilrättsliga sanktioner. Påföljder som böter, vitesåläggande, ogiltighet och skadestånd kan förekomma. Kommissionen har rätt att direkt ålägga företag böter eller vite genom uppsåt eller oaktsamhet vid överträdelse konkurrensreglerna om de helt enkelt inte följer kommissionens beslut. Den part som kommer med ett påstående är också den part som innehar bevisbördan för huruvida en överträdelse har

⁴⁹ Korah (2004) s. 12 ff.

⁵⁰ Korah (2004) s. 396.

⁵¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003, p. 21.

⁵² Rådets förordning (EG) nr 1/2003, p. 17.

⁵³ Rådets förordning (EG) nr 1/2003, p. 38.

skett. Åberopas undantag enligt artikel 101.3 FEUF är det den åberopade partens ansvar att bevisa att villkoren är uppföljda.⁵⁴

Undantagen som är tillåtna från reglerna i 101.1-2 FEUF återfinns i punkt 3 i artikel 101 FEUF och de har tagits fram för att ge företag en möjlighet till avtalsbildningar som kan verka konkurrensbegränsande men vars fördelar överväger den negativa verkan. I artikel 101.3 FEUF kan utläsas att avtal och beslut ”som bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel vinst...”⁵⁵ kan undantas från övriga regler i artikeln. Vidare anges att de begränsningar som sätts upp måste vara nödvändiga för att uppnå fördelar samt att det är av stor vikt att avtalet parterna emellan inte får bringa möjlighet att sätta konkurrensen ur spel. I riktlinjerna för tillämpning av artikel 101.3 FEUF kan utläsas hur bedömningen rimligen bör ske för att se om undantagen är godtagbara. Bland annat nämns följande: produktens art, parternas marknadsställning, köparnas marknadsställning, konkurrenternas marknadsställning, förekomsten av potentiella konkurrenter och graden av inträdeshinder.⁵⁶ I riktlinjerna anges det även att de flesta vertikala begränsningars konkurrensproblem framför allt uppstår när leverantörerna eller köparna, såväl samarbetsföretag såsom konkurrerande företag, innehar en viss grad av marknadsmakt vilket leder till att konkurrensen i ett eller flera handelsled blir otillräckliga.⁵⁷

Vidare i kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar definieras konkurrerande företag som ”faktiska eller potentiella leverantörer av varor eller tjänster som omfattas av ett avtal, eller av varor eller tjänster som är substitut för dessa”.⁵⁸ Vertikala konkurrensbegränsningar kan uttryckas i många förfaranden såsom vägran till affärsförbindelser (säljvägran), tillämpning av diskriminerande säljvillkor (prisdiskriminering), villkor som ställs upp i anslutning till avtal om köp (bindning av återförsäljares pris – vertikal prisbildning) samt ensamåterförsäljaravtal, det vill säga avtal om affärsförbindelse under en längre tid som innefattar villkor om ensamställning.⁵⁹

Ofta särskiljs två olika typer av konkurrensbegränsningar; av näringslivet självt genom avtal och förfarande eller genom offentliga regleringar, det vill säga lagstiftning. Dessa två typer av

⁵⁴ Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*. 1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 1996 s. 80.

⁵⁵ Artikel 101.3 FEUF.

⁵⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 116.

⁵⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 6, 23.

⁵⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar, p. 27.

⁵⁹ Bernitz (2015) s. 54.

begränsningar kartlägger till viss del problematiken och den diffusitet som råder kring franchiseavtalet.⁶⁰ Förvisso är utgångspunkten att franchising verkar konkurrensfrämjande och är fullt tillåtet⁶¹, men detta ska granskas närmare i det följande.

2.3 Franchisings historik

Franchising som verksamhetsform har kommit att öka mycket i betydelse i diverse branscher under de senaste decennierna.⁶² Dess rättsområde kan både ses som nytt och gammalt, dels på grund av att det före 1970-talet var ett mer eller mindre okänt affärskoncept i Sverige, dels för att konceptets innebörd alltså är ganska diffust för gemene man. Det ska tilläggas att franchising egentligen bara är ett nytt namn på något som länge funnits inom affärsvärlden – en väl utvecklad samarbetsform mellan en leverantör och dennes återförsäljare.⁶³

Namnet leder till en gissning att franchising är en typisk amerikansk företeelse. Dock är detta inte sant, trots det att franchising som affärsmetod är mest utbredd i USA idag. Men till exempel användes verksamhetsformen redan 1934 i Sverige, då företaget Anticimex började franchisera sina produkter och tjänster, dock utan vetskap att de valde denna affärsmetod. Det var först på 1970-talet som franchising började dyka upp på riktigt. Franchiseformens speciella kombinationer av regler är taget från en rad olika rättsområden (bland annat konkurrensrätt, avtalsrätt, arbetsrätt och immaterialrätt), vilket har mynnat ut i en komplex, diffus och till viss del svårbedömd juridik. Kommissionen uppmärksammade franchising i ett relativt sent skede, på 1980-talet, då verksamhetsformen redan hade börjat sprida sig inom unionen utefter amerikanska mönster. Företagsformens expansion hade skett oberoende av att en portalparagraf i Romfördraget (artikel 101 FEUF) fastställde ett strängt förbud mot all samverkan mellan företag som kunde påverka konkurrensen mellan företag i samma led. Påföljden av ett sådant samarbete var drakonisk, de vill säga att avtalet blev ogiltigt. Resultatet av franchisings snabba framväxt i Europa riskerade nu i att tusentals, oftast mindre företag som provade sin framgång på avtal med franchisegivare, skulle lämnas utanför lagen i ett avtalslöst tillstånd. Dock insåg EU relativt snabbt att franchising var en av de få metoderna som kunde hjälpa mindre företag på marknaden med utsikt till framgång att ta upp tävlingen mot de stora filialkedjorna. Det dröjde inte länge förrän det första och faktiskt fortfarande enda rättsfall som tillämpar konkurrenslagstiftning på franchising prövades, 1986, i EU-domstolens dom i mål C-161/84 Pronuptia de Paris. Domstolen gjorde här sitt första uttalande om

⁶⁰ Bernitz (1996) s. 15.

⁶¹ Bernitz (2015) s. 136.

⁶² Stenberg (2005) s. 363.

⁶³ Sohlberg (2001) s. 7.

definition av franchising och vad som fortsatt skulle gälla vid avtalsförhållande mellan franchisegivaren och franchisetagaren för att inte sätta konkurrensreglerna ur spel på den inre marknaden. Franchising beviljades kort därefter ett gruppundantag, där all regelrätt franchising förklarades stå i god överensstämmelse med EU:s konkurrensreglering, om uppsatta villkor uppfylldes.⁶⁴

Inom EU reviderades sedermera reglerna och det tidigare specifika gruppundantaget för franchising upphörde att gälla för att istället ersättas av ett allmänt undantag för vertikala avtal och samordnade förfaranden, vilket är utgångspunkten för franchising idag. Verksamhetsformen är fortfarande på uppsving men utgör alltså endast en liten och otydlig reglerad del inom EU:s konkurrenslagstiftning, där termen likt tidigare nämnt, inte ens nämns i VGUF.

2.4 Definition av franchising

I Grönbok om vertikala begränsningar från 2005 benämns franchising som ett senare fenomen till skillnad från andra nätverk såsom nätverk bestående av självständiga företag av formen konsument- eller detaljhandelskooperativ, inköpsgrupper eller frivilliga kedjor mellan grossister och många detaljister. Kommissionen gör även ett uttalande om verksamhetsformens snabba utveckling och framväxt världen över, särskilt inom icke-livsmedelssektorn som franchising tidigare ofta förknippades med. Kommissionen fastslår att franchising är ett sätt för en enskild näringsidkare att på bästa möjliga sätt med begränsade investeringar etablera och påverka ett enhetligt distributionsnätverk för sina produkter eller tjänster.⁶⁵ Vidare utgör franchising en kombination av fördelar som är knutna till ett sammanhängande och enhetligt distributionsnätverk som ska garantera en jämn kvalitet på de varor och tjänster som kommer ut till konsumenterna på marknaden.⁶⁶ Detta är i god överensstämmelse med EU:s konkurrenslagstiftning, säkerställande av de metoder som bedrivs inom konkurrensrättens område är tillbörlig på alla plan för konsumenterna och dess skydd såväl som för näringsidkarna.

Hans Stenberg (2005) beskriver franchising som en företagsform som är en funktion av de avtal som formar franchisenätverket. I Dan-Michael Sagell och Pål Carlssons bok om Franchise, också från 2005, benämns franchising som något svepande som kan beskrivas som ett samarbete med innehåll av en kombination av återförsäljning och licensiering men som i

⁶⁴ Sohlberg (2001) s. 9.

⁶⁵ Grönbok 2005 s. 11 p. 36, Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 189.

⁶⁶ Grönbok 2005 s. 56 p. 131.

många hänseenden har utvecklats till en högre nivå.⁶⁷ Vidare beskriver Stig Sohlberg, grundare av svenska Franchiseföreningen, i sin bok, att det finns flera former av system för samverkan mellan företag som brukar kallas ”franchising” och han talar om ”Business format franchising”, vilket är den form som används inom Europa idag. I introduktionskapitlet beskrivs franchising enligt följande: ”en uppsättning rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter avseende varumärken, firmateckningar, butikskyltar, bruksmönster, mönster, upphovsrätt, know-how eller patent, som utnyttjas vid återförsäljning av varor eller tillhandahållande av tjänster till slutanvändaren”.⁶⁸

Detta leder vidare till frågan vad som egentligen menas med ovanstående förklaringar och hur väl yttrandena stämmer in med den allmänna definitionen av franchising inom unionen i dagsläget. Likt tidigare nämnt faller franchising in under gruppundantagsförordningen, VGUF, trots det att termen inte uttryckligen nämns i några föreskrifter såsom ensamåterförsäljaravtal och selektiva distributionssystem görs. De vertikala riktlinjerna från 2010 innehåller emellertid information om franchising och definierar avtalets innebörd, vilket tas upp längre fram. Djupdyk måste därför göras i äldre förordningar och meddelanden från kommissionen för att finna den gemensamma europeiska definitionen av franchising. I samband med utfärdandet av förordningar med gruppundantag för alla olika slag av licensavtal för ett tiotal år sedan, riktade kommissionen, för ovanlighetens skull, uppmärksamhet på franchiseavtal. I det sammanhanget behövde kommissionen dels för egen del och konkurrensrättsliga övervägande, dels för näringsidkarna inom EU som brukade verksamhetsformen, beskriva vad franchising stod för. Med utgångspunkt i Pronuptia-målet sammanfattades definitionen av franchising i förordning nr 4087/88 för franchising (som förvisso har upphört gälla) enligt följande: ”Franchise menas en grupp industriella eller intellektuella rättigheter som hör samman med varumärken, varukännetecken, speciell inredning i butikslokal, program för managementstöd, design, copyrights, know-how eller patenträttigheter, som utnyttjas för återförsäljning av varor eller för att tillhandahålla tjänster för slutförbrukare”.⁶⁹ I Grönbok 2005 hänvisas just till denna definition avseende franchising och den är i god överensstämmelse med kommentarerna om franchiseavtal i punkterna 189 och 190 i riktlinjer om vertikala begränsningar 2010. Denna definition blir uppsatsens utgångspunkt avseende franchisings innebörd.

⁶⁷ Sagell & Carlsson (2005) s. 14.

⁶⁸ Sohlberg (2001) s. 12.

⁶⁹ Kommissionens förordning (EEC) nr 4087/88 om tillämpningen av artikel 81.3 FEUF på franchiseavtal, artikel 1 p. 3 (a).

Vidare finns det, förutom ”Business Format Franchising”, ytterligare två former av samverkan mellan företag som internationellt brukar kallas för franchising, nämligen Trade Name Franchising och Straight Product Distribution Franchising. Det som skiljer de olika systemen av franchising åt är omfattningen av de rättigheter som upplåts till franchisetagaren samt graden av samarbete mellan franchisegivaren och franchisetagaren.⁷⁰ Trade Name Franchising omfattar inte upplåtelsen av franchisegivarens hela affärssystem men ger franchisetagaren rätt att använda dennes varumärke, varför detta samarbete kan mer liknas vid ett licensavtal. Denna form av franchising inkluderar inte något bistånd från franchisegivaren gällande utbildning eller service. Straight Product Distribution, är det franchisesystem där samarbetet är som minst utvecklat. Denna form kan liknas vid ett återförsäljarsamarbete, där framför allt försäljning av franchisegivarens varor sker.⁷¹ Till sist, likt ovan nämnt, är Business Format Franchising det system som används inom EU idag, när det i dagligt tal talas som franchising.⁷² Det är också det system där samarbetet mellan franchisegivaren och franchisetagaren är mest utvecklat. Franchiseformen avser upplåtelsen av hela franchisegivarens affärssystem, inkluderat varor och tjänster, till franchisetagaren som sedan säljs vidare till kund. Rätten till såväl namn, varumärke och know-how ges till franchisetagaren, så länge franchisegivaren bistår med utbildning, administration och marknadsföring.⁷³

Vidare när franchising sker över nationsgränser, byggs systemet vanligen upp i tre led: huvudfranchisegivare i ett land, underfranchisegivare i ett annat land och sist men inte minst franchisetagare i underfranchisegivarens land. I vanliga fall finns det ingen direkt avtalsrelation mellan huvudfranchisegivaren och en franchisetagare⁷⁴. Därmed kommer avtalsrelationen enbart mellan underfranchisegivaren och franchisetagaren tas hänsyn till i den fortsatta undersökningen av uppsatsen.

2.5 Vertikala avtal och Kommissionens förordning 330/2010

Franchising är en som framgått en typ av vertikalt avtal, varför det är av vikt att specificera innebörden av ett vertikalt avtal för fortsatt analys. Till skillnad från horisontella avtal är vertikala samarbeten något som utövas av företag som är verksamma i olika handelsled i en distributionskedja, uppströms eller nedströms.⁷⁵ Vertikala konkurrensbegränsningar berör

⁷⁰ Sagell & Carlsson (2005) s. 17.

⁷¹ Sagell & Carlsson (2005) s. 17.

⁷² Ds 2004:55 Upplyst franchising s. 30.

⁷³ Sagell & Carlsson (2005) s. 17.

⁷⁴ Stenberg (2005) s. 363.

⁷⁵ Henriksson (2012) s. 19.

därför förhållandet mellan till exempel en leverantör och dennes faktiska eller potentiella återförsäljare, där parterna ofta inte är varandras direkta konkurrenter. Den vanligaste formen av vertikala avtal är distributionsavtal. Distributionsavtal bör särskiljas från traditionella köpavtal, då avtalsrelationen i konkurrensrättsligt hänseenden mellan säljare och köpare börjar och slutar med själva transaktionen av nyttigheten och köpavtalet inte omfattar några sådana bestämmelser. Distributionsavtal kännetecknas ofta av långtgående förhållanden mellan parterna, där leverantören inte ska sköta distributionen i egen regi utan med hjälp av en fristående part från leverantören.⁷⁶

Den juridiska utgångspunkten inom EU-rätten för vertikala avtal är artikel 101.1-3 FEUF. Vidare är undantagsförordningen, VGUF, baserad på undantagen i artikel 101.3 FEUF. Syftet med VGUF är bland annat att reglera avtal som rör inköp, försäljning och återförsäljning.⁷⁷ En presumtion för vertikala avtal och dess laglighet har skapats och återfinns i VGUF. Den förklarar att ett vertikalt avtal eller samordnat förfarande ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet eller det samordnade förfarandet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan. Avtalet innehåller villkor för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster.⁷⁸

Två typer av vertikala avtal är förbjudna enligt VGUF och det är bindande återförsäljarpriser (vertikala cirkapriser) och vissa klausuler om områdesskydd.⁷⁹ I detta fall åsyftas med en konkurrensbegränsande klausul: ”varje direkt eller indirekt skyldighet som föranleder köparen att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster som konkurrerar med avtalsvarorna eller avtalstjänsterna...”.⁸⁰ Om ett franchiseavtal innehåller en klausul som skulle bryta mot artikel 101.1 FEUF, räknas klausulen som ogiltig och kan därmed inte genomföras. Däremot kan ett franchiseavtal innehålla konkurrensbegränsande klausuler som utgör undantag enligt kriterierna i artikel 101.3 FEUF.⁸¹

VGUF ger således automatisk giltighet för varje vertikalt avtal som faller in under dess område. Vertikala avtal som innehåller bestämmelser om överlåtelse till köparen av

⁷⁶ Henriksson (2012) s. 19 f.

⁷⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 24.

⁷⁸ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010, artikel 1.1 (a).

⁷⁹ Bernitz (2015) s. 125 f.

⁸⁰ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010, artikel 1 (d).

⁸¹ Bernitz (2015) s. 125 ff.

immateriella rättigheter eller köparens användning av dessa faller således in under undantagen som är tillåtna enligt VGUF.⁸²

2.6 Den relevanta marknaden för franchising

För att undantagen ska vara tillämpliga på franchiseavtal gäller bland annat att tröskelvärdet är uppfyllt i enlighet med artikel 3 VGUF.⁸³ Tröskelvärdet är helt och hållet knutet till en procentuell andel av den relevanta marknaden. I 2010 års undantagsförordning infördes att undantaget endast gäller om leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 % där denne säljer avtalsvarorna/avtalstjänsterna samtidigt som köparens marknadsandel i distributionskedjan inte överstiger 30 % av den relevanta marknaden där denne köper avtalsvarorna/avtalstjänsterna. Villkoren som anges i artikel 3.1 VGUF är kumulativa och skulle någon av parterna överstiga marknadsandelarna, blir undantaget direkt otillämpligt.⁸⁴

I kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar, punkt 86-92, återfinns definitionen och tillvägagångssättet för fastställande av relevant marknad. De traditionella föreskrifterna för den relevanta produktmarknaden och den geografiska marknaden inom konkurrenslagstiftningen används även på franchising. Företagens marknadsandel samt var företagets varor respektive avtalstjänster köps spelar därför en nödvändig roll vid fastställandet av den relevanta marknaden för en franchisekedja. Den relevanta marknaden för en franchisegivare sedan torde vara den där denna är aktiv. Marknaden omfattas sedan av samtliga franchisesystem som kan betraktas som utbytbara genom möjliga franchisetagare. I punkt 92 i riktlinjerna står det skrivet följande: Om en franchisegivare inte levererar varor för återförsäljning utan tillhandahåller ett paket av varor/tjänster i kombination med bestämmelser om immateriella rättigheter, som utgör den affärsmetod som omfattas av franchise, måste franchisegivaren ta hänsyn till sin marknadsandel i egenskap av tillhandahållare av en affärsmetod. Då måste franchisegivaren beräkna sin marknadsandel på den marknad där affärsmetoden utnyttjas, det vill säga inkludera den marknad där franchisetagarna utnyttjar affärsmetoden för tillhandahållande av slutanvändares varor/tjänster.⁸⁵ Franchisegivaren måste alltså basera sin marknadsandel på värdet av varor/tjänster som dennes franchisetagare tillhandahåller på denna marknad. Konkurrenterna på en sådan marknad kan dels bestå av sådana som tillhandahåller andra affärsmetoder, dels av sådana leverantörer av utbytbara varor/tjänster som inte tillämpar franchising.

⁸² Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010, artikel 2 p. 1-4.

⁸³ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 23.

⁸⁴ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010, artikel 3, Mendelsohn & Rose (2002) s. 93.

⁸⁵ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 92.

2.7 Franchiseavtal

2.7.1 En översikt av franchiseavtalet

Mot bakgrund av ovanstående ska nu franchiseavtalet definieras för att se vad franchisegivaren och franchisetagaren i korta drag åtar sig vid ingående av avtal. I kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar återfinns definitionen i punkt 189 och den fastslår att franchiseavtal innehåller licenser för immateriella rättigheter till varumärkes- och märkesrättigheter, logon och know-how för användning och distribution av varor eller tillhandahållande av tjänster. Utöver licensen tillhandahåller franchisegivaren vanligtvis under avtalets giltighetstid både ett kommersiellt och ett tekniskt stöd, såsom utbildning, rådgivning om fastigheter, anskaffningstjänster och finansiell planering till franchisetagaren. Licensen och stödet utgör integrerade delar av den affärsidén som omfattas av franchiseavtalet. Franchisegivaren erhåller normalt ersättning i form av en franchiseavgift för användningen av affärsidén i fråga från franchisetagaren.⁸⁶

Franchiseavtalet, med undantag för industriella franchiseavtal, är det mest uppenbara exemplet på när know-how överförs till en köpare i marknadsföringssyfte. Förutom tillhandahållandet av affärsidén så innehåller franchiseavtalet vanligtvis en kombination av olika vertikala begränsningar för de distribuerande produkterna, särskilt selektiv distribution och ensamåterförsäljaravtal eller lindrigare former av detta. Likheterna mellan franchiseavtal och selektiv distribution kan på många plan anses vara snarlika. Selektiv distribution är liksom franchising en specialform av återförsäljaravtal. Återförsäljaravtal kan räknas som grundformen för all typ av distribution.⁸⁷ Återförsäljaravtal ingås mellan en leverantör och en återförsäljare där återförsäljaren driver en egen fristående ekonomisk verksamhet med syfte att sälja varor eller tjänster vidare och åtar sig diverse förpliktelser gentemot leverantören.⁸⁸ EU-domstolen har dock ansett att franchiseavtal har en säregen karaktär till skillnad från återförsäljaravtal såsom selektiv distribution, då franchiseavtalet handlar om ett sätt för företag att utan att satsa eget kapital, ekonomiskt kunna utnyttja sitt kunnande.⁸⁹ Affärskonceptet ger näringsidkare som saknar nödvändig erfarenhet möjlighet att få tillgång till affärsmetoder som de annars bara kunnat tillägna sig efter års betydande ansträngning.⁹⁰

⁸⁶ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p 189.

⁸⁷ Henriksson (2012) s. 187 ff.

⁸⁸ Stenberg (2005) s. 43 f.

⁸⁹ Mendelsohn & Rose (2002) s. 87 ff.

⁹⁰ Henriksson (2012) s. 1997 f.

De viktigaste byggstenarna i ett franchiseavtal är således en licens med franchisegivarens affärskoncept som förutsätter säker överföring av know-how och ett mellan parterna avtalsreglerat samarbete för att säkerställa en enhetlig profil samt ersättning till franchisegivaren. Franchiseavtalet anses vara ett konkurrensfrämjande koncept som är fullt tillåtet eftersom det omfattas av bestämmelserna i VGUF. Bestämmelserna som syftar till att säkerställa att franchisetagarna agerar i enlighet med kedjans identitet är vanligtvis också fullt tillåtna i avtalet. Franchiseavtalet tillåter vidare att franchisegivaren ger rekommenderade priser samtidigt som franchisetagarna ska ha möjlighet att sätta sitt pris på varorna/tjänsterna. Även ettåriga konkurrensbegränsande klausuler tillåts, som förbjuder franchisetagare att starta konkurrerande verksamheter inom området efter franchisens upphörande. När det kommer till områdesindelningen inom en franchisekedja är det dock förbjudet att hindra passiv försäljning utanför en franchisetagares säljområde. Passiv försäljning åsyftar bland annat till att förbjuda en franchisetagare att tillgodose beställningar som enskilda kunder själva tagit initiativet till.⁹¹ Den passiva försäljningen måste vara tillåten för att säkerställa att franchisetagaren inte uppnår ett absolut områdesskydd, så att konsumenterna har möjlighet att själva vända sig till andra franchisetagare av produkten inom landet eller i övriga Europa.⁹²

I den nu upphörda förordningen 4087/88 med gruppundantag för vissa franchiseavtal anser kommissionen att man kan dela in franchising i tre kategorier; industriell franchising, distributionsfranchising och servicefranchising.⁹³ De olika kategorierna för franchising grundas bland annat på EU-domstolens grundläggande konkurrensrättsliga avgörande om franchising i Pronuptia-målet.⁹⁴ Nedan följer en kort redovisning av kategorierna.

2.7.2 Industriell franchising

I punkt 3 i den upphörda förordningen 4087/88 om franchiseavtal definieras franchising med utgångspunkt från ändamålet med verksamheten. Industriell franchising avser mestadels licenser att nyttja patent, varumärke eller know-how vid tillverkning av varor.⁹⁵ Industriell franchising benämns i punkt 13 av EU-domstolen som produktionsfranchising i Pronuptia-målet. Kommissionen gör ett uttalande att denna typ av franchising innebär att franchisetagaren själv tillverkar produkter enligt och inom ramen för franchisegivarens instruktioner och affärsidé. Industriellt franchiseavtal skiljer sig därför inte nämnvärt från

⁹¹ Bernitz (2015) s. 137.

⁹² Mendelsohn & Rose (2002) s. 102 f.

⁹³ Kommissionens förordning (EEC) nr 4087/88 om tillämpning av artikel 81.3 FEUF på franchiseavtal, p. 3.

⁹⁴ C-161/84 Pronuptia de Paris, p. 13.

⁹⁵ Stenberg (2005) s. 367.

vanliga licensavtal⁹⁶. I ett beslut från kommissionen berörande företaget ServiceMaster, fastslår kommissionen att konkurrensrättens regler utan skiljaktighet kan tillämpas på franchiseavtal för såväl produkter som tjänster.⁹⁷

2.7.3 Distributionsfranchising

Distributionsfranchising avser försäljningen av varor eller tjänster och faller under den vanligaste franchiseformen. Försäljningen av varor och tjänster kan i detta fall avse både sådana som franchisegivaren tillhandahåller men även sådana som franchisetagaren anskaffar från utomstående näringsidkare. I de fall där franchisetagaren anskaffar varor och tjänster från utomstående, nyttjar franchisetagaren endast franchisegivarens affärskoncept som sådant.⁹⁸

EU-domstolen gjorde i Pronuptia-målet ett yttrande om distributionsfranchising. Där klargjordes att distributionsfranchising innebär att en franchisegivare kan dra ekonomisk fördel genom att en franchisetagare utnyttjar ett antal affärsmetoder och varukännetecknets anseende, utan att distributionssystemet i sig har någon skadlig inverkan på konkurrensen. Vidare diskuterade kommissionen i Pronuptia-målet frågan huruvida ett franchiseavtal om distribution är förenligt med artikel 101.1 FEUF och hur avtal likt dessa inte kan bedömas abstrakt, utan hänsyn måste tas till de särskilda bestämmelserna som följs i dessa avtal samt det ekonomiska sammanhang vilket de ingår i. Kommissionen uttalade i Pronuptia-målet att de bestämmelser i franchiseavtal om distribution som är absolut nödvändiga för franchisesystemet, inte utgör någon konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 101 FEUF. Bestämmelser som inte är i strid med konkurrensbegränsningarna avser framför allt bestämmelser som kan förhindra överföringen av know-how så att det sprids till konkurrenter samt det bistånd som franchisegivaren tillhandahåller.⁹⁹

Däremot gjorde kommissionen klart att de bestämmelser som skapar en marknadsuppdelning mellan franchisegivare och franchisetagare inte var tillåtna i enlighet med de konkurrensbegränsningar som avses i artikel 101.1 FEUF. Bestämmelser om marknadsuppdelning kan påverka handeln mellan medlemsstater samt kan förhindra franchisetagare att etablera sig på marknaden i en annan medlemsstat. Ytterligare exempel på

⁹⁶ Stenberg (2005) s. 367.

⁹⁷ Mål 88/604/EEC Service Master, p. 6.1.

⁹⁸ Stenberg (2005) s. 368.

⁹⁹ Mål C-161/84 Pronuptia de Paris, domstolens dom av den 28 januari 1986, p. 13-15.

distributionsfranchising är kommissionens beslut i Charles Jourdan¹⁰⁰, Yves Rocher¹⁰¹ samt Computerland¹⁰², vilka kort kommer redogöras för i senare kapitel.

2.7.4 Servicefranchising

Servicefranchising översätts stundtals till tjänstefranchising. I kommissionens beslut beträffande målet ServiceMaster, fastslås det att det standardavtal som franchisenätverket ServiceMaster har upprättat faller in under tjänstefranchising.¹⁰³ Vidare diskuterade kommissionen i det aktuella målet att tjänstefranchising i många fall har likheter med distributionsfranchising och att det därför ska behandlas på samma sätt.¹⁰⁴

De grundläggande reglerna för servicefranchising återfinns i alla de tidigare nämnda bestämmelser inom EU-rätten, då de tillämpas på både produkter och tjänster. Dock i individuella fall kan vissa specifika särdrag utskiljas till produktionen av tjänster och service. Det är framför allt know-how som särskiljer sig i servicefranchising, då utförandet av tjänster vid varje enskilt fall kräver ett mer specifikt arbete. Vid servicefranchising är skapandet av en nära personlig relation viktig, då marknadsföring sker vid personlig kontakt och tillit är ytterst viktigt för fortsatt samarbete mellan den som utför tjänsten och mottagaren av den. I målet beträffande ServiceMaster, utförs vissa tjänster hemma hos kunden och detta kan vara ett bevis på det stärkta förhållandet som skapas mellan kund och tjänsteleverantören inom servicefranchising, vilket saknas inom distributionsfranchising. Skyddet av franchisegivarens know-how och identitet är därför mer grundläggande inom servicefranchising än inom distributionsfranchising.¹⁰⁵

2.8 Immateriella rättigheter

Då franchising bland annat innefattar att en franchisegivare överlåter sitt varumärke till en franchisetagare, överläts i själva verket ett företags immateriella rättigheter. Med immateriella rättigheter menas lagstiftning som åt innehavare ger ensamrätt att förfoga över patent, upphovsrättsligt skyddat verk, mönster och varumärke samt andra rättsligt skyddade rättigheter. Know-how som har en stor betydelse för franchising, används mycket inom immaterialrätten och här avser know-how något som är hemligt och har ett kommersiellt

¹⁰⁰ 89/94/EEC Charles Jourdan Commission Decision of 2 December 1988, p. 10.

¹⁰¹ 87/14/EEC Commission Decision of 17 December 1986 Yves Rocher, p. 18.

¹⁰² 87/407/EEC Computerland Commission Decision of 13 July 1987, p. 21.

¹⁰³ Beslut 88/694/EEC ServiceMaster, p. 5.

¹⁰⁴ Beslut 88/694/EEC ServiceMaster, p. 5.

¹⁰⁵ Henriksson (2012) s. 199 ff. och Mendelsohn & Rose (2002) s. 89 ff.

användbart innehåll som kan licenseras. Vidare får know-how skydd genom lagstiftning om förbud om att röja företagshemligheter.¹⁰⁶

Definitionen av franchising innefattar immateriella rättigheter avseende varumärken, mönster, upphovsrätt, know-how och patent. Det är väldigt vanligt att olika typer av vertikala avtal innehåller bestämmelser om utnyttjande av immateriella rättigheter. VGUF är tillämplig på vertikala avtal som innehåller bestämmelser där köparen överläts immateriella rättigheter eller köparen använder dessa. Bestämmelserna får dock inte utgöra avtalens primära syfte utan de är avsedda för direkt användning, försäljning eller återförsäljning.¹⁰⁷

VGUF tillåter vidare skydd av know-how där den definieras som en viss mängd inte patenterad praktisk information som är resultatet av en leverantörs erfarenhet och tester som får anses vara hemliga, väsentliga och identifierade.¹⁰⁸ Kommissionen har fastslagit, med hjälp av uttalande i Pronuptia-målet, besluten Charles Jourdan, Yves Rocher samt Computerland, att klausuler som dels finns till för att skydda franchisegivarens know-how från att komma konkurrenterna tillgodo, dels de klausuler som är nödvändiga för att bibehålla och skydda en gemensam identitet och anseende hos ett franchisenätverk, inte utgör någon konkurrensbegränsning likt den som står skriven i artikel 101.1 FEUF. Vidare är det av stor vikt att känna till att när en know-how är överförd, kan den inte tas tillbaka.¹⁰⁹

2.9 Svensk rätt

2.9.1 Framväxt och utveckling av franchising i Sverige

Som ovan nämnt i tidigare avsnitt började det svenska företaget Anticimex franchisa sina produkter och tjänster redan 1934, omedvetna om verksamhetsformen. Lag berörande franchising instiftades inte förrän år 2006, hela 72 år senare. Men redan år 1984 tillsattes en franchiseutredning och 1987 överlämnades det första betänkandet ”Franchising” (SOU 1987:17), med lagförslag om franchising inom svensk rätt.¹¹⁰ En förutsättning för att föreslå en reglering likt denna, var att samarbetsformen franchising gick att definiera, så att det inte framstod som ett betydande problem i sig att avgöra om den aktuella samarbetsformen redan fanns eller skulle falla in under ett nytt tillämpningsområde. Betänkandet möttes av hård kritik från remissinstanserna, då föreslagna legaldefinitionen ansågs vara alltför för vag och oprecis

¹⁰⁶ Stenberg (2005) s. 165.

¹⁰⁷ Kommissionens förordning (EU) nr 330/2010, artikel 2 p. 3.

¹⁰⁸ Henriksson (2012) s. 112 ff.

¹⁰⁹ C-161/84 Pronuptia de Paris, p. 17-18.

¹¹⁰ DS 2004:55 Upplyst franchising, s. 40.

samt saknade förslaget flera av de förutsättningar som bedöms utgöra hörnstenar i en franchiseverksamhet.¹¹¹ Lagutskottet diskuterade sedan frågan om franchiselagstiftning och ansåg att någon lagstiftning om franchising inte borde införas.¹¹² Därefter beslutade regeringen, hösten 1991, att lägga betänkandet till handlingarna.¹¹³

Mer än ett decennium skulle passera innan justitiedepartementet 2003 gav en sakkunnig i uppdrag att utreda i vilken utsträckning som den modellag som Unidroit utvecklat, borde införas i svensk rätt. Den sakkunniga skulle tillika bedöma behovet av särskilda åtgärder för att stärka franchisetagarnas ställning. Uppdraget framfördes i departementspromemorian DS 2004:55 Upplyst franchising, där förslagen senare skulle mynna ut och behandlas i propositionen 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisetagare. Denna gång möttes förslaget inte av lika mycket kritik och de remissbehandlades och så småningom kom lag (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet till, som trädde i kraft den 1 oktober 2006.¹¹⁴

Då franchising innefattar flertalet rättsområde, blir bestämmelser i olika lagar tillämpliga på olika moment i samarbetsformen. Nedanstående svenska lagar är tillämpliga på franchising och har betydelse för uppsatsens fortsatta framställning.

2.9.2 Svensk konkurrenslagstiftning

Den svenska konkurrenslagstiftningen, konkurrenslag (2008:579) ändrades så sent som den 1 januari 2016 (se lag om ändring i konkurrenslagen (2008:579)). KL blir tillämplig på franchising om det kan konstateras att en franchiseverksamhet begränsar eller riskerar begränsa konkurrensen på marknaden.¹¹⁵ Den svenska konkurrenslagen ska så långt som möjligt uppnå rättslighet med EU:s konkurrensregler, då direktiv ska implementeras och förordningar blir direkt tillämpliga i svensk lag. EU:s konkurrensregler tillämpas och är därför vägledande även på de områden där den nationella rätten ensam används.¹¹⁶

2 kap. 1 § KL motsvarar artikel 101.1 FEUF, med undantag för villkoret om påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Undantagen till artikel 101.1 FEUF som återfinns i artikel 101.3 FEUF återfinns i 2 kap. 2 1 KL.¹¹⁷ För att artikel 101 FEUF ska vara tillämplig förutsätts det att det är en fråga om ett avtal i konkurrensrättsligt hänseende som ingås mellan företag, beslut av företagsammanslutningar eller samordnade förfaranden. Detsamma gäller

¹¹¹ DS 2004:55 Upplyst franchising, s. 16 f. Proposition 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisetagare, s. 65.

¹¹² Stenberg (2005) s. 369.

¹¹³ DS 2004:55 Upplyst franchising, s. 66.

¹¹⁴ Proposition 2005/06:98, s. 7.

¹¹⁵ DS 2004:55 Upplyst franchising, s. 47 f.

¹¹⁶ Henriksson (2012), s. 27 f.

¹¹⁷ Henriksson (2012) s. 21.

för tillämpningen av 2 kap. 2-6 §§ KL. Om konkurrenslagstiftningen ska vara tillämplig på franchisingavtal krävs det att avtalet är vertikalt och ingås mellan skilda ekonomiska enheter. Endast ett avtal som tecknas i ett vertikalt sammanhang faller inte in under konkurrenslagstiftningens undantagsregler, horisontella avtal angående liknande förhållanden är ogiltiga.¹¹⁸

2.9.3 Lag om franchisegivarens informationsskyldighet

I svensk lag har vi för närvarande bara en lag som anknyter till affärskonceptet franchising, lag (2006:484) om franchisegivarens informationsskyldighet. Lagen tar inte hänsyn till de konkurrensrättsliga aspekterna av franchiseavtal. Lagens utgångspunkt är franchisegivarens skyldighet att innan ett franchiseavtal, ge franchisetagaren viss information. Lagen innehåller endast sex paragrafer och i 2 § återges den svenska definitionen av franchiseavtal som säger att det är ett avtal varigenom en näringsidkare (franchisegivaren) kommer överens med någon annan (franchisetagaren) att om denne mot ersättning till franchisegivaren, ska använda franchisegivarens särskilda affärsidé om marknadsföring och försäljning av varor/tjänster. Ytterligare förutsättning för att ett avtal ska räknas som ett franchiseavtal gäller att franchisetagaren ska använda franchisegivarens näringskännetecken eller andra immateriella rättigheter samt medverka vid återkommande kontroller av att avtalet följs. Med andra ordval stämmer den svenska definitionen av franchiseavtal väl in med den europeiska.

Varför den svenska riksdagen valde att instifta en lagreglering som tar sikte på franchisegivarens informationsskyldighet var på grund av att franchisetagaren är den svagare parten i förhållandet. Franchisetagaren går ofta in i ett långvarigt avtalsförhållande med franchisegivaren utan större erfarenhet av tidigare företagande som omfattar stora åtaganden med små möjligheter att påverka villkoren. Syftet med lagstiftningen var att skapa goda förutsättningar för väl genomtänkta och balanserade avtal på det expanderande området.¹¹⁹

Då immateriella rättigheter nämns i definitionen av franchiseavtal i 2 § lag om franchisegivarens informationsskyldighet, är det av stor vikt att inte utesluta de svenska lagar som finns för immaterialrättsligt skydd, utan ta hänsyn till dessa vid ingående av franchiseavtal. Lagar som blir tillämpliga är bland annat: varumärkeslagen (2010:1877) och firmalagen (1974:156), som är till för att skydda varumärkets kännetecken. Mönsterlagen (1970:485), lag som ger ensamrätt till en produkts mönster och särprägel, det vill säga ett typ

¹¹⁸ Henriksson (2012) s. 33.

¹¹⁹ Proposition 2005/06:98, s. 13 ff.

av formskydd. Men då omfattningen hade blivit för stor för uppsatsen, nämns lagarna bara här, utan att analyseras närmare.

2.9.4 Avtalsvillkor enligt avtalslagen

Förutsättningarna för god franchising vilar mycket på dess avtal. Avtal är ett instrument i den ekonomiska omsättningens tjänst som finns till för utbytet av varor, tjänster och andra prestationer. Avtal är den viktigaste rättsliga formen när en rik differentiering av samhällslivet genom arbetsfördelning och annan funktionsuppdelning ska uppnås. Den svenska avtalsregleringen såväl som den europeiska är karaktäristisk för ett liberalt samhällsskick som grundas på marknadsekonomi med avtalsfrihet.¹²⁰ Avtalslagen är dispositiv, därav blir lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) bestämmelser tillämpliga på franchiseavtalet. Den svenska avtalslagen är dock från 1915 och därför anpassad efter de juridiska handelsproblem som fanns då. Näringslivet ser inte likadant ut nu som då och utvecklingen av affärsmodeller såsom franchising fanns inte då. Idag omsätts tjänster och immaterialrätter på världsmarknaden i en helt annan utsträckning än tidigare och det finns en ökad samverkan mellan offentliga och privata aktörer. Vidare har standardavtal uppkommit efter avtalslagen stiftades samt har nya former för tvistlösning framkommit, där de flesta internationella affärstvister idag avgörs genom skiljeförfarande.¹²¹

I justitiedepartementets promemoria från 2004 klargörs att rättshandlingarnas ogiltighet med generalklausulerna 33 och 36 §§ AvtL samt 38 § AvtL kan tillämpas på franchiseavtal.¹²² Generalklausulen i 36 § AvtL är en betydelsefull paragraf i avtalslagen och spelar stor roll för franchiseavtalet. 36 § AvtL stadgar att ett avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till: avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållande och omständigheterna i övrigt. Paragrafen blir tillämplig på dels ursprunglig oskälighet som avser omständigheterna vid avtalets tillkomst, dels efterföljande oskälighet som anknyter till senare inträffande förhållande.¹²³

2.9.5 Franchising och näringsidkare

När ett avtal ingås mellan franchisegivare och franchisetagare i mindre småföretag blir lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare tillämplig i Sverige. I jämförelse med avtalslagen skiljer sig avtalsvillkorlagen mellan näringsidkare framför allt när det kommer

¹²⁰ Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Avtal Lärobok i allmän avtalsrätt*. Uppl. 12:4. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2009 s. 9.

¹²¹ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt* Uppl. 8:1. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2010 s. 137 f.

¹²² DS 2004:55 Upplyst franchising s. 45 ff.

¹²³ DS 2004:55 Upplyst franchising s. 52 ff.

till handläggningsordningen, talerätten och sanktionen. Lagen finns till för att stödja, ta hänsyn till och vara ett instrument för sanering av småföretags avtalsvillkor.¹²⁴ I utskottsbetänkandet 2001/02:LU12 berörande franchising och avtalsvillkor mellan näringsidkare klargörs det att parterna i ett franchiseförhållande inte är jämbördiga. Franchisetagarna intar ofta en underlägsen ställning i förhållande till franchisegivarna, då franchiseavtal allmänt sett kännetecknas av en stark ensidighet till franchisegivaren förmån på bekostnad av den svagare parten, franchisetagaren.¹²⁵

2.9.6 Skiljeklausuler i franchiseavtal

I en stor del av världens stater, Sverige inräknat, tillåts skiljeförfarande. Skiljeförfarande är ett privat förfarande för avgörande av kommersiella tvister. Ett skiljeförfarande kan uteslutande komma till stånd om parterna är överens, dels innan en tvist har uppkommit om avtalet inkluderar en skiljeklausul, dels efter tvisten har uppkommit.¹²⁶ Skiljeförfarande grundas följaktligen på ett skiljeavtal. I svensk lagstiftning återfinns lag (1999:116) om skiljeförfarande. De inledande bestämmelserna tar sikte på skiljeavtal som är baserat på skiljeförfaranden eller jämställd rättshandling. Skiljeavtals giltighet och tillämplighet prövas generellt sätt mot allmänna avtalsrättsliga regler, framför allt generalklausulen och jämkningsreglerna i 36 § AvtL.

I skiljeavtalet återfinns gränserna för vilka frågor skiljemännen har rätt att pröva samt deras behörighet. Skiljemännen måste respektera EU:s konkurrensregler och tillämpa relevanta konkurrensregler vid behov samt måste möjligheten ges till den nationella domstolen att granska en skiljedom så att den inte innehåller processuella fel. Skiljeavtalet innehåller vidare de frågor som ska kunna överlåtas till avgörande av skiljemän samt eventuella avvikelser från rättsreglerna. Avtalet bygger på parternas rätt att förfoga över tvistemålet. Utgångspunkten är att skiljeavtal kan ingås angående frågor där parterna fritt kan träffa förlikning om. Parterna måste enligt civilrättsliga regler vara rättskapabla för att kunna förfoga över tvisteföremålet.¹²⁷

Skiljeavtal ingår ofta som en del i ett annat avtal, där det föreskrivs att tvister i anledning av huvudavtalet ska avgöras av skiljemän, det vill säga en skiljeklausul. Ett franchiseavtal innehåller vanligtvis en skiljeklausul. Ett skiljeförfarande är inte offentligt till skillnad från

¹²⁴ DS 2004:55 Upplöst franchising s. 55 f.

¹²⁵ Betänkande 2001/02:LU12 Franchising och avtalsvillkor mellan näringsidkare.

¹²⁶ Stenberg (2005) s. 247.

¹²⁷ Olsson, Bengt. Kvart, Johan. *Lagen om skiljeförfarande. En kommentar*. 1:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2000. s. 29 f.

process i allmän domstol, vilket kan vara till fördel för franchisegivaren, då uppgifter och förhållanden som berör dennes affärskoncept inte avslöjas. Däremot kan skiljeförfarandet bli kostsamt och tvister som berör ekonomiskt icke jämbördiga parter kan slå hårt på den svagare parten, franchisetagaren.¹²⁸ Ett skiljeavtal kan emellanåt innehålla föreskrifter som överlåter hela eller större delen av kostnaden av förfarandet, oavsett utgången i målet, till den starkare parten. Detta beror på att skiljeavtalet ofta tillkommit i den starkare partens intresse.¹²⁹

¹²⁸ Proposition 2005/06:98 s. 16 ff.

¹²⁹ Proposition 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande s. 52 f.

3 Praxis angående franchising – avgöranden av betydelse för franchiseavtal

I detta kapitel redogörs för sex viktiga ärenden som har haft betydelse för franchisingens rättsutveckling inom den europeiska unionen.

3.1 Pronuptia de Paris

Mål C-161/84 Pronuptia de Paris, är det rättsfall inom franchising som har haft störst betydelse för områdets rättsutveckling. Målet kan sägas vara ett landmärke för verksamhetsformen. Såväl i kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar såsom i doktrin hänvisas till detta mål.

Målet behandlade tolkningen av artikel 101 FEUF samt kommissionens förordning nr. 67/67 av den 22 mars 1967 om tillämpning av fördragets artikel 101.3 FEUF på vissa grupper av ensamåterförsäljaravtal. Fallet berörde en klädkedja som sålde exklusiva bröllopskläder, där franchisegivaren, Pronuptia de Paris GmbH, som var dotterbolag till ett franskt bolag med samma namn, kom i tvist med franchisetagaren Irmgard Schillgallis, som bedrev en affärsverksamhet under namn, Pronuptia de Paris. Franchisegivaren och franchisetagaren var lokaliserade och bedrev därmed sina verksamheter i olika delar av Tyskland.¹³⁰ Tvisten gällde franchisetagarens skyldighet att betala utestående licensavgifter till franchisegivaren för sin omsättning under åren 1978-1980. I målet uttalade EU-domstolen sig för första gången om franchising och en första definition av verksamhetsformen inom unionen, som fortfarande är utgångspunkten vid definieringen, kom till stånd. Domstolen kom även till en rad slutsatser avseende den allmänna tillämpningen av franchising. Pronuptia är för närvarande det enda mål som EU-domstolen har tagit sig an som berör franchising som faller in under konkurrenslagstiftningen.¹³¹ Nedan följer därför redogörelse av fyra avgörande från Kommissionen som behandlar verksamhetsformen ur ett konkurrensperspektiv.

3.2 Yves Rocher

Kommissionens avgörande från 1986, beslut 87/14/EEC Yves Rocher, berörde det franska företaget Yves Rocher, ett postorderföretag som grundades 1970 för distribution av produkter av egentillverkad kosmetika. Företaget marknadsförde sina produkter i ett 50-tal länder och hade 15 helägda marknadsföringsbolag. Under 1980-talet hade Yves Rocher ungefär 1000 franchisetagare samtidigt som utvecklingsprojekt drevs för fortsatt tillväxt på

¹³⁰ Mål C-161/84 Pronuptia de Paris, domstolens dom av den 28 januari 1986, p. 2-3.

¹³¹ Mål C-161/84 Pronuptia de Paris, domstolens dom av den 28 januari 1986, p. 9, 13, 15-17.

världsmarknaden.¹³² Franchiseavtalen för distributionsnätverket innehöll konkurrensbegränsningar likt dem som artikel 101.1 FEUF berör. Konkurrensbegränsningarna som angavs i avtalet ansågs dock vara nödvändiga för dess etablering, upprätthållande av företagets nätverk samt tillökning av fler franchisetagare. Yves Rocher grundade användandet av konkurrensbegränsade klausuler på att sannolikheten att en franchisetagare ska investera i en verksamhet är låg, om det inte finns ett visst konkurrensskydd gentemot dels andra franchisetagare, dels moderbolaget. Kommissionen kom till beslutet, av just ovanstående anledning, att artikel 101.1 FEUF inte var tillämplig på Yves Rocher franchiseavtal, då avtalet föll in under undantagen i artikel 101.3 FEUF. Kommissionen fastställde även att företaget själv hade rätt att välja affärspartner. Yves Rocher gavs rätt att neka sökanden som enligt företagets uppfattning inte hade personliga egenskaper eller affärsmässiga kvalifikationer som var nödvändiga för att kunna tillämpa och föra vidare deras affärskoncept.¹³³

3.3 Computerland

Beslutet 87/407/EEC Computerland behandlade moderbolaget Computerland Corporation California, som var ägare till dotterbolaget och franchisesystemet Computerland, CLE. Koncernen Computerland var etablerad över hela världen och startade sin verksamhet i Europa på 1970-talet. Dotterbolaget CLE hade i sin tur flertalet dotterbolag under sig och de var lokaliserade i diverse EU-länder, bland annat i Luxemburg. Dotterbolaget i Luxemburg distribuerade produkter till företagets europeiska franchisenätverk och de regionala kontor som arbetade med nätverkets marknadsföring samt olika stödtjänster för hela koncernens franchisetagare.¹³⁴

Nätverket CLE var ett system som faller in under kategorin distributionsfranchising, då arbetet avsåg microcomputervaror, där franchisetagarna erbjöd dess företagskunder stödtjänster dels före, dels efter försäljning. Koncernen valde själva ut dess franchisetagare efter tidigare erfarenheter och ekonomiska förhållanden inom detaljhandeln.¹³⁵ Liksom i Yves Rocher-beslutet innehöll Computerlands franchiseavtal bestämmelser som enligt artikel 101.1 FEUF kunde anses vara konkurrenshindrande. Avtalet inkluderade nämligen bestämmelser som var anpassade till att bevara franchisegivarens know-how från att bli tillgängligt för konkurrenter

¹³² 87/14/EEC Commission Decision of 17 December 1986 Yves Rocher, p. 2-11.

¹³³ 87/14/EEC Commission Decision of 17 December 1986 Yves Rocher, p. 41.

¹³⁴ 87/407/EEC Computerland Commission Decision of 13 July 1987, p. 1-2.

¹³⁵ 87/407/EEC Computerland Commission Decision of 13 July 1987, p. 21.

samt restriktioner om den geografiska marknaden.¹³⁶ Kommissionens beslut grundades på franchiseavtalets syfte och det resulterade i att undantaget i artikel 101.3 FEUF blev tillämpligt, då kommissionen menade på att avtalet inte utgjorde någon risk för snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden.

3.4 ServiceMaster

Beslut 88/604/EEC berörde det brittiska företaget ServiceMaster Limited, som gav ut en standardform för franchiseavtal angående utförandet av hushållsnära tjänster likt rengöring och underhåll inom EU.¹³⁷ Avtalet avsåg tjänstefranchising (servicefranchising), där skyddet för franchisegivares know-how och anseende var av ännu större vikt än det som gäller för distribution av varor. När det gällde ett franchiseavtal inom denna kategori, var det upp till franchisegivaren, när ett avtal upphört med franchisetagaren, att säkerställa dess know-how och immateriella tillgångar inte tillkom konkurrenterna. I detta fall var konkurrensbegränsande klausuler nödvändiga för att undvika att ServiceMasters know-how som franchisetagarna tillhandahöll, blev allmänt kända. Franchisegivaren gavs tillåtelsen att ta med bestämmelser i avtalet, som under andra omständigheter skulle anses hindra konkurrensen på marknaden enligt artikel 101.1 FEUF. Kommissionen fastställde därmed att den standardform för tjänstefranchiseavtal som ServiceMaster slöt med sina franchisetagare var i god överensstämmelse med artikel 101.3 FEUF.¹³⁸

3.5 Charles Jourdan

I ärendet 89/94/EEC från 1988, Charles Jourdan, berörs det schweiziska företaget och moderbolaget, Charles Jourdan Group. Företaget producerade och distribuerade skor och diverse lädervaror, accessoarer och konfektionskläder av egen design. Charles Jourdan var ägare av ett stort antal företag som till största del var lokaliserade i Frankrike men även i länder världen över. Moderbolagets produktion och distribution skedde till största del genom dotterbolag, oberoende detaljhandlare eller genom franchising. Distributionen och kontrollaktionen av företagets produkter skede och styrdes genom franchiseavtal, filialer eller genom traditionella återförsäljaravtal.¹³⁹ I målet begärdes en utläggning av kommissionen om Charles Jourdan Groups standardform av detaljhandelsavtal som de slöt med sina franchisetagare, var förenligt med artikel 101.3 FEUF och om avtalet medverkade till en förbättrad distribution av dess varor.

¹³⁶ 87/407/EEC Computerland Commission Decision of 13 July 1987, p. 26.

¹³⁷ 88/604/EEC ServiceMaster Commission Decision of 14 November 1988, p.1.

¹³⁸ 88/604/EEC ServiceMaster Commission Decision of 14 November 1988, p.13, 24-25, 28.

¹³⁹ 89/94/EEC Charles Jourdan Commission Decision of 2 December 1988, p. 1-7.

Kommissionen uttalade sig att i överensstämmelse med artikel 2 i förordning nr 17 om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86 (första förordningen), efter ansökan från berörda företag, att det på grundval av sakförhållanden inte fanns någon anledning att ingripa mot de undantag som förekom enligt artikel 101.3 FEUF. Kommissionen gav Charles Jourdan Group rätt att utifrån deras preferenser på nödvändiga professionella egenskaper, bedöma om en franchisetagare är potentiell eller inte för deras företag, för att kunna genomföra de åtagande som var önskvärda från Charles Jourdans sida.¹⁴⁰

3.6 U.S. Supreme Court – GTE Sylvania

När EU-domstolen tog sig an Pronuptia-målet fanns det inget tidigare avgörande berörande franchising inom det europeiska domstolväsendet att hänvisa till. Istället fick internationella riktlinjer och mål angående franchising bistå som hjälp vid tolkningen och bedömningen. Bland annat hänvisade EU-domstolen och generaladvokater till ett mål från USA, GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1977) Argued February 28 1977, decided June 23 1977.

Målet berörde GTE Sylvania som tillverkade och sålde TV-apparater genom sitt Home Entertainment Product Division eller genom självständiga distributörer. Företaget genomgick 1962 en stor omstrukturering av dess marknadsföringsstrategi. Företaget avvecklade då dess grossister för att istället genom ett franchisesystem börja sälja TV-apparater direkt till utvalda franchisetagare. Syftet med förändringen var att minska antalet konkurrenter mot Sylvanias återförsäljare, i hopp om att locka de mer aggressiva och kompetenta återförsäljare för att förbättra företagets position på marknaden. I Sylvanias franchiseavtalet, begränsade de beviljandet av antalet franchisetagare och krävde bland annat att dess franchisetagare endast fick sälja deras produkter på angivna platser. Sylvania avgränsade då den geografiska marknaden.¹⁴¹

Av denna anledning gjorde domstolen en ”rule of reason” (skälighetsprövning) för att se om dess franchisesystem kunde utgöra ett konkurrenshinder på marknaden. Domstolen kom till slutsatsen att endast de regler som på ett märkbart sätt kan hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen får anses utgöra ett hot mot den fria konkurrensen på marknaden. Vidare

¹⁴⁰ 89/94/EEC Commission Decision of 2 December 1988 Charles Jourdan, p. 17.

¹⁴¹ Google. Justia US Supreme Court (2015) *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1977) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html> [2015-10-31].

konstaterade domstolen att en lokaliseringsklausul som införs av en tillverkare med försumbar ekonomisk makt på produktmarknaden kan ha en negativ inverkan på konkurrensen.¹⁴²

Sammantaget visar ovanstående beslut att konkurrensbegränsningar likt restriktioner avseende den geografiska marknaden eller andra villkor kan vara nödvändiga för franchiseavtalet då de avser skydd av know-how, etablering, upprätthållande eller tillökning av franchisenätverket. Dock måste hänsyn tas till vart enskilt fall och franchiseavtalets övergripande syfte.

¹⁴² Google. Justia US Supreme Court (2015) *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania, Inc.* 433 U.S. 36 (1977) <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html> [2015-10-31].

4 Analys

4.1 Franchiseavtal ur ett konkurrensperspektiv – artikel 101.3 FEUF och kommissionens förordning 330/2010:s inverkan

Den första gruppundantagsförordningen avseende franchising, kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på grupper av franchiseavtal, trädde i kraft 1989. Denna undantagsförordning grundades på uttalanden, utredning och beslut tagna i Pronuptia-målet. Pronuptia-målet är fortfarande det första, enda och stora mål EU-domstolen tagit sig an berörande franchising ur ett konkurrensperspektiv. I Pronuptia-målet utredde generaladvokat VerLoren van Themaat i sitt förslag, frågan om vertikala avtal kan utgöra ett hinder för konkurrensen dels mellan varumärken, dels inom varumärken. Generaladvokaten hänvisade bland annat i sitt uttalande till GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1977). Med stöd i detta mål yttrade han varumärkets vikt inom franchising. Verloren menade på att vertikala konkurrensbegränsande avtal likt franchiseavtal till viss del kan minska konkurrensen inom ett varumärke genom att det begränsar antalet säljare av en viss produkt eller tjänst som konkurrerar om en given grupp köpare. Han klargjorde att territoriella avtal har risk att få denna effekt, då de faktiskt begränsar den relevanta geografiska marknaden för ett försäljningsställe och därmed minskar hela den relevanta marknaden eftersom konkurrensen inom ett varumärke minskar. Men även möjligheten för en franchisegivare och dennes franchisetagare att bearbeta marknaden begränsas, dels genom att kunder reser till andra franchisedistrikt, dels genom att kunder köper konkurrerande produkter från andra återförsäljare. Vidare främjar istället vertikala konkurrensbegränsande avtal konkurrensen mellan varumärken, då de tillåter franchisegivaren att genom distribution av produkterna åstadkomma ett förbättrat resultat.¹⁴³

Generaladvokatens uttalande är hållbart än idag. Som jag ser det har kanske uttalandet än mer relevans i nuläget, då verksamhetsformens utbredning på den europeiska marknaden hela tiden tycks expandera. Franchiseavtal är en typ av ett territoriellt avtal, men även en typ av återförsäljaravtal, som inom sitt varumärkeskännetecken kan riskera att begränsa den relevanta geografiska marknaden till ett eller flera försäljningsställe. För att det kan genom uppsatsens genomgång av praxis, förarbeten och doktrin konstateras att franchiseavtalet många gånger innehåller restriktioner om den geografiska marknaden och områdesskydd för

¹⁴³ Eileen R. Hurley, *Pronuptia de Paris v. Schillgalis: Permissible Restraints of Trade on Franchising in the EEC*, 8 Nw. J. Int'l L. 476 (1987-1988) s. 494 ff.

dess franchisetagare. Franchisegivaren ges möjlighet inom sitt varumärke att minska konkurrensen på en geografisk yta genom att denne kan välja sina franchisetagare. I kommissionens avgörande, punkt 41, i Yves Rocher-beslutet samt i Charles Jourdan-beslutet klargjordes franchisegivarens möjlighet att välja sina affärspartners. I dessa ärenden uttalade kommissionen att franchisegivarna gavs rätt att neka sökande som inte speglade företagets personliga egenskaper eller affärsmässiga kvalifikationer som ansågs nödvändiga för att tillämpa och föra vidare affärskonceptet.

Vidare ger franchiseavtalet rätten till franchisetagaren att selektivt sälja viss vara eller tjänst på ett begränsat område och detta menar jag kan medföra att utbudet för konsumenten begränsas, beroende på hur många försäljningsställen som tillhör en och samma franchisekedja som är etablerad på det specifika området. Såsom jag ser det kan en franchisekedja, även om den håller sig inom ramen för 30%-regeln i VGUF, ensam hämma konkurrensen på den relevanta geografiska marknaden. Detta kan ske genom att ett samarbetsföretag likt ett franchisenätverk, som har konkurrerande företag på ett område, innehar en viss grad av marknadsmakt, vilket leder till att konkurrensen i ett eller flera handelsled blir otillräcklig. Handelsleden räcker inte till för varandra och vertikala begränsningars konkurrensproblem blir ett faktum. Hur konsumenter påverkas av en franchisekedjas marknadsmakt kan också diskuteras. Förvisso behöver inte konsumenten åka långväga för att hitta ett utbud av samma varor eller tjänster på en viss relevant marknad men samtidigt kan denne behöva åka långa vägar om de söker efter konkurrerande produkter eller tjänster som inte finns på denna marknad, då ett företag har hämmat ett annat att etablera sig. Samtidigt är det allmänt vedertaget att viss konkurrens bringar framgång och är bra för att företag ska växa under samma relevanta marknad, mellan varumärken är konkurrensen god, men i vilken utsträckning och till vilket pris är frågan egentligen.

Det skulle kunna uttryckas som att franchiseavtalens innehåll av konkurrensbegränsande klausuler är en del av dess särskiljningsförmåga. Tidigare genomgång av praxis visar att avtalsbildningar likt franchiseavtal tillåter konkurrensbegränsande klausuler och de kan anses medföra fler fördelar än nackdelar. Fördelarna med de konkurrensbegränsande klausulerna får anses vara att de bland annat skyddar överföringen av franchisegivarens know-how, förbättrar produktionen och distributionen samt ser till att företag har ett ekonomiskt framåtskridande i

åtanke. Klausuler anses alltså i många fall vara nödvändiga och tillåts för franchisingens överlevnad.¹⁴⁴

Vidare upphörde förordningen som fanns specifikt för franchising att gälla 2000 och kommissionen slog då ihop alla de tidigare utfärdade undantagsförordningarna för diverse vertikala avtal. Den nuvarande VGUF är avsedd att hålla fram till 2022.¹⁴⁵ Som tidigare nämnt står inte franchising uttryckligen skrivet i VGUF utan för att finna regleringar där franchising specificeras får den intresserade gå till kommissionens riktlinjer för vertikala begränsningar, där verksamhetsformens definition berörs i två punkter, inte mer, inte mindre. Unidroit har utfärdat rekommendationer och en modellag (Guide to International Master Franchise Agreements, 2007 och Model Franchise Disclosure Law, 2002) avseende franchising, vilka utgör komplement till EU:s reglering angående franchising. Unidroits modellag är gällande för alla EU:s medlemsländer.¹⁴⁶

Det kan konstateras att VGUF i dagsläget bidrar till att franchiseavtal kan nyttjas på en allmän nivå för alla franchisegivare och franchisetagare. Sammanslagningen av kommissionens alla tidigare förordningar beträffande återförsäljaravtal med olika distributionsformer har fört med sig fördelen för vertikala avtal att de kan användas i ett bredare och mer allmänt syfte. De många riktlinjer som utfärdats får antas underlätta för bland annat franchisegivare och franchisetagaren i deras process i att ta fram ett skraddarsytt avtal. Riktlinjerna för vertikala begränsningar kan dock ge både positiva och negativa effekter. Som jag ser det kan de negativa effekterna bland annat medföra konkurrenshämmande utestängning, uppmjukning av konkurrensen mellan leverantören och dennes konkurrent eller underlättande av samverkan (minskning av konkurrensen mellan varumärken), uppmjukning av konkurrensen mellan köparen och dennes konkurrenter eller underlättande av samverkan mellan dess konkurrenter (minskning av konkurrensen inom varumärken) samt skapande av hinder för marknadsintegration.¹⁴⁷ De positiva effekterna är att de främjar konkurrensen i andra avseenden än priskonkurrens i form av högre kvalitet på tjänsterna. Genom att försöka öka vinsten genom att optimera produktions- och distributionsprocesser, kan företag stärka sin marknadsposition.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 116.

¹⁴⁵ Unidroit (2015) *The European Union and franchising*, <http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf> [2015-10-12] s.1 f.

¹⁴⁶ Stenberg (2005) s. 369 f.

¹⁴⁷ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 100.

¹⁴⁸ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar 2010, p. 106.

Min mening är ändå att riktlinjerna inte är heltäckande för franchising och i många fall lämnas effektiviteten bakom regleringar i skymundan. Jag tror att en av anledningarna till att franchising har vunnit framgång på den europeiska marknaden till viss del kan beror på avsaknad av reglering vid utbredning av verksamhetsformen på 1980-talet. Franchising expanderar fortfarande och om verksamhetsformen ska hålla i det långa loppet utan att riskera att snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden krävs en hårdare reglering. För att återkoppla till ovanstående stycke löper användningen av konkurrensbegränsande klausuler, trots de övervägande fördelarna, risk för att dels skada den relevanta marknaden för franchising då den börjar verka konkurrensbegränsande istället, dels finns det risk för att en otillbörlig fördel skapas för den starkare parten, franchisegivaren. Franchisetagaren sätts i underläge eftersom franchisegivaren är ägare av ett helt nätverk, där denne kan dra ekonomiska fördelar från flertalet försäljningsställen och inte bara från ett som franchisetagaren gör. Vidare kan det leda till att franchiseföretag kan få en dominerande ställning på marknaden, men detta har som framgått av utrymmesskäl inte tagits upp i denna uppsats.

4.2 Affärskonceptets skydd

Uppsatsen har genomgående framhållit att det är en komplicerad process att skapa ett franchiseavtal. Avtalet är ofta en början på ett ofta långvarigt förhållande där det är viktigt att både franchisegivaren och franchisetagaren känner sig trygga i sin relation till varandra. Trots att det finns ett så kallat standardavtal inom franchising, ICC Model International Franchising Contract, som följer VGUF, kommissionens riktlinjer och Unidroits modellag, måste utformning ta hänsyn till det specifika förhållandet företagen emellan.¹⁴⁹

Som tidigare diskuterats bygger franchiseavtalet på skyddet av överföring av know-how. Behovet av att involvera konkurrensbegränsade klausuler ökar därför. Skyddet av överföring av know-how är nödvändigt för att ett franchiseavtal överhuvudtaget ska kunna komma tillstånd och genomföras och för att franchisekedjans verksamhet ska fortlöpa. Oavsett om det berör distributionsfranchising, industriell franchising eller servicefranchising avser know-how franchisegivarens erfarenhet av sitt affärskoncept och det är viktigt att den förbli hemlig, substantiell och identifierad för att inte gagna konkurrenter utan de ska öka franchisenätverkets vinst, bringa högre kvalitet på tjänsterna/varorna samt optimera distributionsprocesserna. I Yves Rocher-beslutet yttrade kommissionen sig om att

¹⁴⁹ Henriksson (2012) s. 205 ff.

konkurrensbegränsade klausuler är tillåtna för att skydda know-how om de anses vara nödvändiga för etablering, upprätthållande av företagets nätverk samt tillökning av fler franchisetagare. Även i ServiceMaster-beslutet och Computerland-beslutet ansågs konkurrensbegränsande klausuler tillåtna då de berörde skydd av varumärkeskännetecken och identitet. I artikel 5 VGUF klargörs att varje direkt eller indirekt konkurrensklausul vars varaktighet är obegränsad eller överstiger fem år inte ska falla in under tillämpningen av undantagen för vertikala avtal. Till vilken grad konkurrensbegränsade klausuler ska vara tillåtna utan att skada konkurrensen är som jag ser det en hårfin gränsdragning. Förvisso kan effektiva franchisenätverk gå miste om att skapa ett konkurrenstryck om inte konkurrens genom vissa klausuler finns på marknaden. Inommärkeskonkurrensen gynnas av konkurrensbegränsande klausuler då de bringar en levande konkurrens inom varumärken som gynnar konsumentnyttan och de är mindre skadliga än de som faller in under mellanmärkeskonkurrensen. Men ju större företaget är desto mer skydd avser avtalet att innehålla vid överföring av know-how och desto mer omfattande konkurrensbegränsande klausuler behövs. I dessa fall är det viktigt att se till hur och om franchisegivaren vänder skyddet till sin egen fördel för att styra dels den relevanta marknaden, dels franchisetagaren.

4.3 Franchisegivarens förpliktelser mot franchisetagaren, franchisetagarens möjligheter och risker

I franchiseavtalet upplåter franchisegivaren en franchise eller en rätt till franchisetagaren att använda franchisegivarens varumärke och dess kännetecken, oavsett om det avser en vara eller tjänst. Franchisetagaren betalar i utbyte mot att få använda varumärket och utnyttja affärskonceptet dels en engångsavgift, dels en löpande avgift som ofta är beroende på försäljningsresultatet (beroende avtalets utformning), till franchisegivaren. Franchisetagaren verkar då som egen näringsidkare samtidigt som denne får utnyttja ett beprövat affärskoncept och vara en del av ett större nätverk. Därmed har franchising både särdrag i förhållande till handelsagentur och återförsäljning. Vidare, sett ur ett juridiskt perspektiv, består franchisenätverket av flera självständiga företag medan det ur ett ekonomiskt perspektiv bildar sammankopplade företag som utgör en ekonomisk enhet. Franchiseavtalet visar då på att parternas verksamheter är självständiga samtidigt som de juridiskt är sammankopplade till varandra genom en kedja.

Det är viktigt att både franchisegivaren och franchisetagaren har god insikt i de rättsliga och ekonomiska förutsättningar som ska gälla för dess framtida franchisesamarbete innan de

träffar avtal. De allmängiltiga normerna för avtalsskrivning för franchising får som tidigare diskuterats anses vara lite diffusa enligt min mening, dels på grund av avsaknad av tillräcklig reglering, dels på grund av att varje franchiseförhållande inte är det andra likt. I Unidroits Model Franchise Disclosure Law klargörs vilken informationsplikt franchisegivaren åtar sig vid ingående av avtal parterna emellan. Informationsplikten franchisegivaren har till franchisetagaren är a och o i ett franchiseförhållande. Det är därför viktigt att franchisegivaren lämnar ett skriftligt dokument innan ingående av avtal till den potentiella franchisetagaren om det vederbörande franchisesystemet och dennes affärskoncept, så att möjlighet ges till franchisetagaren att ta del av de krav och regler som ställs och eventuellt ställa krav tillbaka på franchisegivaren om denna känner att avtalet är till otillbörlig fördel för en part.¹⁵⁰

Vidare måste avtalet innehålla information om på vilka villkor såväl franchisegivaren som franchisetagaren kan säga upp franchiseavtalet och vilka konsekvenser det kan medföra.¹⁵¹ Man skulle kunna uttrycka det som om det ligger i franchiseavtalets konstruktion att franchisetagaren intar en viss underlägsen ställning, framför allt i början av ett franchisesamarbete. En franchisetagare står alltid i någon slags beroendeform till franchisegivaren eftersom det är av stor vikt att franchisegivarens identitet upprätthålls, oavsett om affärskonceptet utvecklas eller inte under avtalstiden.

När det gäller franchisetagarens möjligheter och risker i förhållandet parterna emellan, är det viktigt att poängtera att franchisetagaren inte alltid bara är i underläge i jämförelse med franchisegivaren. Franchisetagaren är trots allt en egen näringsidkare, ensam ägare av ett företag som bedriver en egen verksamhet och får genom samarbetsavtalet med franchisegivaren en rättighet att sälja och marknadsföra varor eller tjänster som ingår i franchisen på ett givet område, enligt strikta premisser. Franchisetagare handlar alltid i eget namn och påtar sig därför risker i samband med försäljning av varor eller tjänster. Bestämmelserna i franchiseavtalet får dock inte utformas så att franchisetagaren fråntas sin kreativitet för att sätta en egen prägel på sin verksamhet. Franchisegivaren ska stödja detta, så länge det ligger inom ramen för franchisekedjans identitet.

Franchisegivarens åtaganden å andra sidan utgår ifrån överföringen av affärskonceptets know-how. Franchisegivaren måste stödja franchisetagaren med etablering och drivning av verksamheten samt tillföra kommersiell och tekniskt kunskap genom bland annat kontinuerlig support i form av utbildning, handledning, information och råd om verksamheten, försäljning,

¹⁵⁰ Model Franchise Disclosure Law 2002, artikel 3 och 4.

¹⁵¹ Model Franchise Disclosure Law 2002, artikel 6.2.

produktkunskap, marknadsföring och finansiering. Detta är på grund av att skydda affärskonceptets identitet och bidra till att öka franchisekedjans omsättning och lönsamhet.

För trots allt går franchisegivaren och franchisetagaren hand i hand, även om det är två separata verksamheter. Juridiskt sett är de knutna till varandra och det går inte att frånga att de faktiskt utgör en ekonomisk enhet. Franchisegivarens mål är att bilda och driva en franchisekedja där skapandet av många marknadsplatser samt chansen till att skapa ekonomiska fördelar för alla parter är en viktig målsättning.¹⁵² Igenkännande varumärke tillsammans med kontinuitet och kvalitet av varor, tjänster och service ger enligt min mening, franchisekedjan en starkare ställning på marknaden och kundkretsen kan således utökas. Uteblir kontinuerlig information och utbildning kan det skada såväl franchisegivaren, franchisetagaren och konsumenterna. Händer detta har franchisetagaren rätt att påstå kontraktsbrott och kräva ersättning. Men det bör ligga i franchisegivarens intresse att skapa ett gott samarbete med franchisetagaren, då parterna är i beroendeställning till varandra, både rent ekonomiskt och affärsmässigt.

¹⁵² Sagell & Carlsson (2005) s. 18.

5 Avslutande kommentarer

5.1 Sammanfattning

Uppsatsen har syftat till att utreda och kartlägga franchising innehåll och avtalets innebörd ur ett konkurrensperspektiv samt belysa och problematisera den enligt min mening bristande lagreglering avseende franchising. Franchising avser skapandet av ett långvarigt samarbete mellan två enskilda näringsidkare som tillsammans bildar ett nätverk knutet till ett givet affärskoncept. Nyttjanderätt till immateriella tillgångar, dess identitet och överföringen av know-how från franchisegivaren till franchisetagaren är det centrala i franchiseavtalet.

VGUF är franchising centrala reglering och den oändliga variationen av avtal som är tillämpliga på VGUF kan medföra svårigheter för avtalsbildning parterna emellan, då förordningen bara är övergripande och detaljerad reglering för franchising saknas. Problematiken för franchising försvåras än mer enligt min mening, på grund av att franchiseavtalen ska omfatta så vitt skilda branscher i näringslivet. Trots att de tre kategorier av franchising är allmänt vedertagna (industriell franchising, distributionsfranchising eller servicefranchising), medför expansionen av verksamhetsformen med avsaknad av specifik reglering viss diffusitet kring avtalets innebörd och tillåtelsen av konkurrensbegränsande klausuler riskerar att påverka konkurrensen på den inre marknaden. Bara ett mål rörande franchising har tagits upp i EU-domstolen, där en förklaring till detta enligt egen uppfattning kan vara osäkerheten kring dess vaga regeringar och mångfasetterade område.

Tillåtelsen av användningen av konkurrensbegränsande klausuler i franchiseavtalet kan utgöra villkor som tilldelar franchisetagaren ett specifikt område där denne får lov att utnyttja affärskonceptet i egen regi. Konkurrensbegränsande klausuler tillåts i den mån de anses vara absolut nödvändiga för franchisesystemets funktion, då de ska förhindra att det know-how som överförs och biståndet som tillhandahålls av franchisegivaren inte gagnar dennes konkurrenter. Franchisegivaren ges möjligheten till en kontroll över franchisetagaren för att skydda affärskonceptets identitet och anseendet hos dem som bär franchisegivarens varukännetecken. Franchisetagarens åtaganden och krav är därmed i stor utsträckning en spegelbild av franchisegivarens åtaganden och krav. Avtalets innehåll bygger som jag ser det på en risk att marknadsuppdelning kan ske mellan franchisegivare och franchisetagare eller mellan franchisetagarens konkurrenter, även om tröskelvärde på den relevanta marknaden håller sig inom den tillåtna 30%-regeln. Genom nätverksbildning och det faktum att varje

franchisetagare är en egen näringsidkare kan en franchisekedja finna kryphål och ta över en relevant marknad utan att det med klarhet framgår som begränsning.

Min slutsats är att detta tillsammans med de rekommenderade priserna som franchisegivaren meddelar franchisetagaren kan hämma och snedvrیدا konkurrensen på den inre marknaden och påverka konsumenten på ett negativt. Rekommenderade priser är förvisso tillåtna så länge riktpriissetningen på varor/tjänster inte har förekommit genom samordnat förfarande. Dock är det väldigt svårt för tredje part att urskilja om ett samordnat förfarande har skett eller inte, just på grund av tillåtelsen av konkurrensbegränsande klausuler. Vidare kan marknadsuppdelningen mellan parterna påverka handeln mellan medlemsstaterna i den mån avtalen förhindrar franchisetagaren från att etablera sig i en annan medlemsstat. Det går inte att undvika att franchisegivaren har en överordnad makt och franchisetagaren utgör den svagare parten i avtalsförhållandet. De regleringar som finns idag har tagits fram till förmån för franchisetagaren och dennes speciella behov av skydd för oskäligen avtalsvillkor. Regleringarna tar vidare hänsyn till kundnyttan som EU:s konkurrenspolitik förespråkar. En franchisekedja gör det trots allt möjligt att sprida varor/tjänster till ett igenkännande varumärke över marknadsgränser, vilket gynnar konsumenten och ökar värdet av dess köp. Det effektiva konkurrensstryck som franchising skapar hjälper företag att upprätthålla effektivitetsvinster.

Som jag ser det är inte franchising som verksamhetsform som riskerar att snedvrیدا konkurrensen på marknaden utan hur franchiseavtalen använder sig av och utnyttjar de tillåtna konkurrensbegränsande klausuler som riskerar att begränsa och snedvrیدا konkurrensen på marknaden - varför en striktare lagreglering kan bli nödvändig.

5.2 Slutsatser

Den gemensamma kvalitetsnivån som bestäms genom franchiseavtalet är ett grundvillkor för framgångsrik franchising. Det juridiska ansvaret för upprätthållandet av kvalitetsnivån ligger framför allt på franchisegivaren, dennes rätt och skyldighet gentemot franchisetagaren.

Fördelarna med att ingå ett franchiseavtal kan vara många för en enskild näringsidkare. Som oerfaren av att driva egen verksamhet ges bland annat franchisetagaren möjlighet att ta del av erfarenheter och know-how som franchisegivaren redan har utvecklat och testat på marknaden. Franchisetagaren får ökat säljstöd och marknadsföring som vidare kan leda till en ökad trygghet för konsumenterna genom igenkännande av varor och tjänster. Riskerna kan därför kännas längre bort för näringsidkaren vid ingående av ett franchiseavtal. Dock ställs

franchisetagaren i en beroendeform till franchisegivaren och dennes affärskoncept och får sägas hamna i en självvald underlägesposition.

Övergripande reglering av franchising finns, såväl på nationell såsom på EU-nivå. Det europeiska regelverket innefattar bindande rättsregler som rättstillämparen är skyldig att rätta sig efter. Emellertid hur omfattande och tillräckliga dessa är i nuläget, ställt i relation till franchisingens etablering och utveckling på den inre marknaden, är diskutabelt. Beslutet från kommissionen om en gemensam gruppundantagsförordning för vertikala avtal år 2000 medförde förvisso effektivitet och underlättade den allmänna tillämpningen av diverse typer av vertikala avtal. Franchising plockades då helt och hållet bort från förordningen, ett förståeligt val då, men enligt min mening ett riskabelt handlande med hänsyn till dagens situation. Fortsätter ökningen av franchisekedjor inom flertalet branscher i Europa, ökar också risken för snedvridning av konkurrensen på den inre marknaden. De konkurrensbegränsande klausuler som tillåts i franchiseavtalet tillsammans med bristen på EU-rättslig reglering specifikt för franchising, leder mig till en de lege frenda fråga. Vi är för närvarande i behov av tillägg och uppdatering av VGUF där franchiseavtalet definieras och användningen av konkurrensbegränsande klausuler ses över och specificeras. Den bristfälliga tillsyn som finns på franchiseavtalet idag medför att franchisegivaren kan finna kryphål att utnyttja sin överordnade ställning. Genom att den oerfarna franchisetagaren godkänner villkor som riskerar att hämma konkurrensen och den fria rörligheten av varor och tjänster på den inre marknaden kan franchisegivaren få otillbörlig fördel.

Det bör betonas att det inte är själva verksamhetsformen som riskerar att verka konkurrensbegränsande utan det är själva tillämpningen av enskilda klausuler i franchiseavtalet från parternas sida som medför denna risk. Hur parterna ser och tolkar avtalen är emellertid svårt att reglera. Hur framtiden kommer se ut för franchising återstår att se. Min slutsats är att en utökad reglering kan forma ett gemensamt synsätt avseende tillämpningen av franchiseavtal och därmed minska risken för begränsning av konkurrensen.

Summary

Franchising is an economic concept in business law, which relates to several legal areas of law such as competition law, contract law, intellectual property law and labor law. It is a business strategy, which combines a successful proven business concept with selfemployment.

Franchising is a special form of a reseller agreement, but should, according to the judgment from the EU Court of Justice in Case C-161/84 Pronuptia de Paris, not be considered as a form of distribution agreement, although the business form often have elements of distribution rights.

The investigation of franchising in this paper has taken a competition law perspective on the specific characteristics of this business form. Franchising is a type of vertical agreement and Article 101 TEEU treaty is therefore applicable. Franchising falls further under the exceptions provided in Article 101.3 TEEU treaty. The Commission Regulation 330/2010 on vertical agreements and concerted practices will therefore also be relevant. However, franchising is not specifically mentioned in the Regulation but solely in the Commission Guidelines on vertical agreements from 2010. In these guidelines, two conditions related to the definition of franchising and its use can be found. Franchising's development on the European market may partly be due to the freedom which traders are given when drafting and concluding agreements partly because of the lack of comprehensive regulation at both the European level and the national level.

The issue that has been studied and analysed in this paper is whether the current regulatory framework regarding franchising is adequate, given this business model's large and rapid expansion. In the research has also been included the question whether a franchisor could distort competition in the internal market through anticompetitive clauses of various kinds, for example price determination clauses, which is permitted in the franchising contract.

Anticompetitive clauses are allowed in a franchise agreement because of the protection the franchisor must have for its business concept and its identity. If the expansion of franchising continues at the same speed as present, and better supervision and regulation are not introduced, the risk of using anticompetitive clauses in franchise agreements may provide franchisors an unfair advantage and competition within the internal market risks being distorted.

Käll- och Litteraturförteckning

Rättsakter

EU:s rättsakter

Förordningar, direktiv och rekommendationer

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, FEUF.

Förordning nr. 17 Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86. Europeiska gemenskapens officiella tidning nr. 013, 21/02/1962 s. 0204-0211

Commission Regulation (EC) No. 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices

Commission Regulation (EEC) No. 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the treaty to categories of franchise agreements

Kommissionens förordning (EU) 330/2010 om tillämpning av artikel 101.3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden text av betydelse för EES, VGUF

Kommissionens förordning nr 67/67/EEG av den 22 mars, 1967 om tillämpning av artikel 85.3 (numera 101.3) i fördraget på vissa grupper av ensamåterförsäljaravtal

Meddelanden och Yttranden

Meddelande från Kommissionen 2010/C 130/01 Riktlinjer om vertikala begränsningar

Offentliga tryck

Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy – Grönbok om vertikala begränsningar i EU:s konkurrenspolitisk,

http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf [2015-10-12]

Svenska lagar

Firmalag (1974:156)

Konkurrenslag (2008:579), KL

Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare

Lag (2006:484) om franchisegivares informationsskyldighet

Lag (1984:292) om och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, AvtL

Lag (1999:116) om skiljeförfarande

Mönsterlag (1970:485)

Varumärkeslag (2010:1877)

Propositioner och betänkande

Regeringens proposition 1998/99:35 Ny lag om skiljeförfarande

Regeringens proposition 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisetagare

Betänkande 2001/02:LU12 Franchising och avtalsvillkor mellan näringsidkare

Betänkande 2005/06:LU26 Lagstiftning om franchising

Statens offentliga utredningar

SOU 1987:17 Franchising

Litteratur

Böcker och antologier

Adlercreutz, Mulder, Bernad Johann, *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*. 12:4 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2009.

Bernitz, Ulf, *Den svenska konkurrenslagen*. 1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 1996.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt I*. 4 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2015.

Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: En tematisk introduktion i allmän rättslära*. 2 Uppl. Stockholm: Studentlitteratur, 2010.

Henriksson, Lars, *Distributionsavtal – vertikala avtal och konkurrensrättsliga aspekter*. 1:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2012.

Hettne, Jörgen. Ida, Okten Eriksson (red.), *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättslämning*. 2:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2011.

- Korling, Fredrik och Zambani, Mauro, *Juridisk metodlära*. 1 Uppl. Stockholm: Studentlitteratur, 2013.
- Mendelsohn, Martin. Rose, Stephen, *Guide to the EC Block Exemption for vertical Agreements*. 4 Uppl. Nederländerna: Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- Olsson, Bengt. Kvarn, Johan. *Lagen om skiljeförfarande. En kommentar*. 1:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik AB, 2000.
- Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*. 1:1 Uppl. Stockholm: Fritzes Förlag AB, 1995.
- Ramberg, Jan. Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*. 8:1 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2010.
- Sagell, Dan-Michael. Carlsson, Pål, *Franchise: praktisk handbok för franchisegivare och franchiseägare*. 1:1 Uppl. Näsviken: Björn Lundén Information, 2005.
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare Ämne, material, metod och argumentation*. 2:4 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2007.
- Sohlberg, Stig, *Franchisejuridik*. 3 Uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2001.
- Stenberg, Hans, *Distributionsavtal Handelsagentur Ensamåterförsäljning Franchising*. 1 Uppl. Stockholm: Sveriges exportråd av Industrilitteratur AB, 2005.

Elektroniska resurser och rapporter

Webbsidor

- Butikstrender (2015) Social franchise ökar kraftigt i både Sverige och utomlands
<http://www.butikstrender.se/social-franchise-okar-kraftigt-bade-i-sverige-och-utomlands/>
[2015-10-01]
- Franchisegroup – serving the franchise industry (2015) *Om franchising*
<http://www.franchisegroup.se/web/page.aspx?refid=17> [2015-10-01]
- Google. Justia US Supreme Court (2015) *Continental T.V., Inc. V. GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1977)* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/36/case.html> [2015-10-31].
- Google, Expressen.se (2015) *Familjen lever i lyx på franchisegarnas slit*
<http://www.expressen.se/nyheter/familjen-lever-i-lyx-pa-franchisegarnas-slit/> [2015-10-31].
- UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2015) *The European Union and franchising*
<http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/country/eu.pdf> [2015-10-12]

UNIDROIT International Institute for the Unification of Private Law (2015) *Committee of Governmental Experts for the preparation of a model franchise disclosure law*
<http://www.unidroit.org/english/documents/2002/study68/s-68-48-e.pdf> [2015-10-12]

Rättsfallsförteckning

EU

Mål från EU-domstolen

Mål C-161/84 Pronuptia de Paris, EU:C:1986:41. Dom 28 januari 1986.

Mål C-161/84 Pronuptia de Paris. Generaladvokatens förslag föredraget 19 juni 1985, EU:C:1985:261.

EU-kommissionen

Decision 87/14/EEC, Yves Rocher, of 17 December 1986 (OJ EEC L 8/49 of 10 January 1987)

Decision 87/17/EEC, Pronuptia, of 17 December 1986 (OJ EEC L 13/39 of 15 January 1987)

Decision 87/407, Computerland, of 13 July 1987 (OJ EEC L 222/12 of 10 August 1987)

Decision 88/604, ServiceMaster, of 20 August 1988 (OJ EEC L 332/38 of 3 December 1988)

Decision 89/94/EEC, Charles Jourdan, of 2 December 1988 (OJ EEC L 35/31 of 7 January 1989)

USA

U.S. Supreme Court

GTE Sylvania, Inc. 433 U.S. 36 (1977). Argued February 28 1977, decided June 23 1977