



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Kristoffer Källeskog

Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Katarina Olsson

Ämnesområde
Konkurrensrätt

Termin
VT 1998

SAMMANFATTNING.....	1
INLEDNING	2
SYFTE	3
METOD.....	4
FRANCHISING.....	5
ALLMÄNT	5
KORT HISTORIK.....	6
LITE STATISTIK.....	7
<i>Europa (EU)</i>	7
<i>Sverige</i>	7
DEFINITION: VAD ÄR FRANCHISING?	8
FRANCHISING-AVGRÄNSNING ANDRA AVTALSTYPER	10
<i>Exklusiva inköpsavtal</i>	10
<i>Ensamåterförsäljaravtal</i>	10
<i>Selektiv distribution</i>	11
<i>Avtal om tekniköverföring</i>	11
<i>Franchising och dess relation till övriga avtalsgrupper</i>	11
OLIKA TYPER AV FRANCHISING	12
<i>Distributionsfranchising</i>	12
<i>Tjänste/servicefranchising</i>	13
<i>Produktionsfranchising</i>	13
FÖRHÅLLET MELLAN FRANCHISING OCH	
KONKURRENSBESTÄMSELN	14
ROMFÖRDRAGETS ARTIKEL 85	14
<i>85.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal</i>	14
<i>85.2 Ogiltighet</i>	15
<i>85.3 Villkor för undantag</i>	15
<i>Individuella undantag</i>	16
<i>Gruppundantag</i>	16
<i>Icke-ingripande besked</i>	17
KONKURRENSLAGEN 6 §.....	17
FRANCHISING KONKURRENSBEGRENSANDE PER SE.....	17
PRONUPTIAMÅLET	19
BAKGRUND.....	19
GD'S DOM	20
KOMMISSIONENS EFTERFÖLJANDE BESLUT	25
PRONUPTIA	25
YVES ROCHER	26
COMPUTERLAND.....	26
SERVICEMASTER	27
CHARLES JOURDAN	27
GRUPPUNDANTAGET FÖR FRANCHISEAVTAL.....	29
INGRESSEN TILL FÖRORDNING 4087/88	30
<i>Den legala betydelsen av preambeln</i>	30
<i>Kommentarer till preambeln</i>	30
ARTIKEL 1- INLEDANDE BESTÄMSELER OCH DEFINITIONER	31
<i>Artikel 1.1</i>	31
<i>Artikel 1.2</i>	32

8.2.3	Artikel 1.3 a "Franchise".....	32
	Artikel 1.3 b "Franchiseavtal".....	32
	Artikel 1.3 c "Huvudfranchiseavtal".....	33
	Artikel 1.3 d "Franchisegivarens varor".....	33
	Artikel 1.3 e "De i avtalet angivna lokalerna".....	33
	Artikel 1.3 f "Know-how".....	34
	Artikel 1.3 g-i "Hemlig, substantiell och identifierad".....	34
ARTIKEL 2	– TILLÅTNA BEGRÄNSNINGAR.....	34
	Artikel 2 a och 2 b – exklusivt områdesskydd för franchisetagare.....	34
	Artikel 2 c – att utnyttja franchisen bara från de i avtalet angivna lokalerna.....	35
	Artikel 2 d – förbud mot aktiv försäljning.....	35
	Artikel 2 e – begränsningar i franchisetagarens sortiment.....	36
ARTIKEL 3	– DEN VITA LISTAN.....	36
	Artikel 3.1.....	36
	Artikel 3.1 a – objektiva minimikrav.....	37
	Artikel 3.1 b – endast franchisegivarens varor.....	37
	Artikel 3.1 c – konkurrensklausul.....	38
	Artikel 3.1 d – ej förvärva inflytande över konkurrent.....	38
	Artikel 3.1 e – kundrestriktioner.....	38
	Artikel 3.1 f – best effort.....	38
	Artikel 3.1 g – reklam.....	39
	Artikel 3.2.....	39
	Artikel 3.2 a – sekretess.....	39
	Artikel 3.2 b – grant back.....	40
	Artikel 3.2 c – underrättelseskyldighet vid intrång i immateriella rättigheter.....	40
	Artikel 3.2 d – begränsad användning av know-how.....	40
	Artikel 3.2 e – utbildning.....	40
	Artikel 3.2 f – kommersiella metoder.....	41
	Artikel 3.2 g – normer.....	41
	Artikel 3.2 h – kontroller.....	41
	Artikel 3.2 i – flyttning av lokalerna.....	41
	Artikel 3.2 j – överlåtelse av franchiseavtalet.....	42
ARTIKEL 4	– NÖDVÄNDIGA VILLKOR.....	42
	Artikel 4 a – parallellimport.....	42
	Artikel 4 b – garantiförpliktelser.....	42
	Artikel 4 c – självständig ställning.....	43
ARTIKEL 5	– DEN SVARTA LISTAN.....	43
	Artikel 5 a – avtal mellan konkurrenter.....	43
	Artikel 5 b och 5 c – val av inköpskälla.....	44
	Artikel 5 d – användande av känt know-how efter avtalstidens utgång.....	44
	Artikel 5 e – prisöverenskommelser.....	45
	Artikel 5 f – bestridande av immateriella rättigheter.....	45
	Artikel 5 g – kundrestriktioner.....	45
ARTIKEL 6 OCH 7	– INVÄNDNINGSFÖRFARANDET.....	46
ARTIKEL 8	– KOMMISSIONENS KOMPETENS ATT ÅTERKALLA.....	46
	Artikel 8 a – parallella system.....	47
	Artikel 8 b – ej effektiv konkurrens.....	47
	Artikel 8 c – hindrande av parallellimport.....	47
	Artikel 8 d – prissamarbete.....	48
	Artikel 8 e – otillbörlig kontroll av franchisetagarna.....	48
PRAXIS EFTER PRONUPTIA.....	49	
PRAXIS FRÅN KKV.....	49	
Dukabutikerna.....	49	
Bakgrund.....	49	
KKV:s beslut.....	49	
Kommentar.....	49	
Hemglass.....	50	
Bakgrund.....	50	
KKV:s beslut.....	50	

Kommentar.....	51
<i>Radisson</i>	52
Bakgrund.....	52
KKV:s beslut.....	52
Kommentar.....	52
<i>ILO Damkonfektion</i>	53
Bakgrund.....	53
KKV: beslut.....	53
Kommentar.....	53
SVENSK PRAXIS I FÖRHÅLLANDE TILL PRONUTIA OCH.....	53
FÖRORDNING 4087/88.....	54
SLUTSATS & ANALYS.....	55
LITTERATURFÖRTECKNING.....	58
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	59
EU DOMSTOLEN.....	59
KOMMISSIONEN.....	59
KONKURRENSVERKET.....	59
ÖVRIGA KÄLLOR.....	60
OFFICIELLT TRYCK.....	60
INTERNET.....	60
ÖVRIGT.....	60

Sammanfattning

Marknaden blir generellt alltmer konkurrensintensiv och svår att etablera sig på. Med denna utveckling följer ett ökat värde av etablerade symboler och beprövade affärskoncept. För att möta denna verklighet har franchising utvecklats som en avtalstyp vilken innehåller många av de nödvändiga konkurrensmedlen för nyetablering och marknadsutvidgning.

Avtalstypen franchising innehåller överföring av kunskap, skyddade immateriella rättigheter och ett affärskoncept vilket innebär risker främst för den upplåtande franchisegivaren. Han måste införa en mängd begränsningar i franchisegärens kommersiella frihet för att inte riskera att den kunskap eller de varumärken han upplåter kommer konkurrenter till godo. Dessa kontraktsmässiga begränsningar riskerar dock att strida mot det lagstadgade förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete och att träffas av ogiltighet. EU-domstolen uttalade sig för första gången om franchising i rättsfallet Pronuptia där de slog fast den grundläggande principen att villkor i ett franchiseavtal inte skall anses vara konkurrensbegränsande om de är nödvändiga för att skydda överförd kunskap, immateriella rättigheter eller för att bevara franchisegärens gemensamma identitet och anseende.

Denna princip skall dock anses stå i motsats till de grundläggande konkurrensrättsliga förbuden: marknadsuppdelning, hinder mot parallellimport, prisöverenskommelser och kunduppdelning, vilka aldrig är tillåtna avtalsvillkor. Detta, liksom EU-domstolens principer ur Pronuptia, framgår tydligt ur ett av EU-kommissionen utfärdat gruppundantag för franchiseavtal. I gruppundantaget uppräknas en rad rättigheter och skyldigheter vilka lagligt får ingå i ett franchiseavtal och ett antal andra som inte får ingå, baserat på huruvida klausulen är att hänföra till de nödvändiga villkoren eller de absolut förbjudna.

En genomgång av praxis visar att både svensk- och gemenskapspraxis väl följer principerna ur Pronuptia och gruppundantaget samt att ingen noterbar diskrepans finns mellan bedömningen i EU och i Sverige. Tvärtom är bedömningen mycket likartad.

Inledning

Ett franchiseavtal innebär att ett antal rättigheter upplåts från innehavaren, franchisegivaren, till franchisetagaren. De rättigheter som överförs är normalt know-how eller annan kunskap, varumärken eller andra kännetecken och ett affärskoncept. Skälen bakom ett dylikt avtal kan vara många men grundläggande torde vara att franchisetagaren med hjälp av dessa rättigheter enklare kan etablera sig på en marknad och nå affärsmässiga framgångar och att franchisegivaren på detta sätt etablerar sina varumärken och sprider sin affärsidé på nya marknader. I avtalen påläggs normalt både franchisetagare och franchisegivare en mängd begränsningar. Det kan vara att franchisetagaren måste hålla all överförd kunskap hemlig, att han inte får konkurrera med andra franchisetagare eller att han måste hålla en viss prisnivå mot konsument. Dessa begränsningar görs för att i största möjliga mån begränsa konkurrensen från andra företag.

Inom EU och i Sverige har vi sedan ett antal år tillbaka lagstiftning rörande konkurrens. Grundprincipen är att vi vill upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden och motverka monopolbildningar, prissamarbeten, marknadsuppdelningar och annat som ger en ineffektiv konkurrens och en snedvriden marknad. Ett av förbuden i konkurrenslagstiftningen är förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Detta innebär att avtal mellan företag som begränsar eller snedvrider konkurrensen på ett märkbart sätt på en viss marknad är förbjudna och ogiltiga. Det finns dock möjlighet att erhålla undantag från detta förbud om det kan motiveras med förbättrad produktion, distribution eller annan utveckling och konsumenthänsyn samt att det ej urholkar konkurrensen på den aktuella marknaden. Undantag kan erhållas individuellt eller för grupper av avtal.

Det är oundvikligt att en del franchiseavtal kommer i strid med konkurrensreglerna. Det finns ett gruppundantag utställt på området vilket undantar franchiseavtal som håller sig inom vissa gränser och möjlighet finns alltid att erhålla ett individuellt undantag. Det intressanta är vad som händer med de avtalsvillkor som hamnar i gränslandet mellan tillåtet och otillåtet. Detta skall jag granska genom att redovisa vad ett franchiseavtal är, hur konkurrenslagstiftningen och dess gruppundantag är uppbyggt samt vad olika domstolar och andra myndigheter uttalat om franchising och dess påverkan på konkurrensen.

Syfte

Syftet med denna uppsats är att beskriva avtalstypen franchising ur en konkurrensrättslig synvinkel och att försöka dra gränsen mellan de rättigheter och skyldigheter ett franchiseavtal får innehålla respektive inte får innehålla. Syftet är att försöka definiera vilka karaktäristika ett franchiseavtal innehåller, att beskriva de viktigaste rättsfallen från EG-domstolen (GD) och EU kommissionen och att mer i detalj analysera det av Kommissionen utställda gruppundantaget för franchiseavtal. Slutligen kommer en genomgång av svensk praxis i form av beslut från konkurrensverket (KKV) att kommenteras och jämföras med gruppundantaget och praxis från EU för att se huruvida de skiljer sig åt. Då detta material är analyserat kommer det huvudsakliga föremålet för uppsatsen att framträda som de begränsningar en franchisegivare kan ålägga en franchisetagare utan att riskera att det strider mot konkurrensrätten samt de begränsningar han inte kan ålägga honom.

Metod

Metoden utgörs av en granskning och redogörelse av centrala rättsfall från GD rörande franchising samt en motsvarande redogörelse och granskning av beslut från Kommissionen och från svenska konkurrensverket. Även det aktuella gruppundantaget kommer att redogöras för och granskas ingående. Som stöd för analysen av detta material kommer en mängd material att användas; litteratur, artiklar och information hämtad från Internet, vilka använts som stöd för de deskriptiva delarna och tankekälla för de analytiska. Då denna information är samlad och redogjord för kommer en analys och slutsats att göras på grundval av materialet och de uppgifter som framkommit därur.

Franchising

Allmänt

Franchising är en snabbt växande affärsform som i sin moderna tappning inte existerat särskilt länge. Den har fått kraftigt växande ekonomisk betydelse de senaste femtio åren och visar med all tydlighet de krafter som finns inbyggda i ett etablerat koncept med affärssystem, know-how, varumärke och andra industriella äganderätter. Dess utbredning visar också att marknaden blivit alltmer konkurrensintensiv, att det är svårt för företag att bryta sig in på nya marknader och att man då kan använda en franchise som murbräcka och stöd.

Franchising är en modell som används då ett företag har en affärsidé som upplevs som speciell eller unik. Företaget som innehar detta speciella koncept kan då sprida sin affärsidé på flera nya marknader genom att upplåta rätten att använda deras kännetecken, know-how, goodwill och koncept åt ett annat företag. Det upplåtande företaget, franchisegivaren, tjänar pengar och etablerar sitt varumärke och sin försäljningsidé på nya marknader samtidigt som motparten, franchisetagaren, får ett färdigt system och ofta ett välkänt varumärke att arbeta under. Detta hjälper naturligtvis franchisetagaren att komma in på marknaden och förhoppningsvis kommer också han att tjäna pengar på franchiseavtalet.

Franchising förekommer på en mängd områden inom både produkt- och tjänstesektorn. Kända exempel på franchisenät är Mc Donald's, Burger King, 7-eleven, Polo Ralph Lauren, Benetton, Holiday Inn, Budget Rent-a-Car. Svenska exempel på franchisenät är Gallerix, Dukabutikerna och Hemglass, och faktum är att 9 av 10 franchisesystem i Sverige är genuint svenska.

Det var dock i USA franchising slog igenom och det är i USA som det finns flest franchisenät i världen. I USA är franchising mycket stort och John Naisbitt, författare till Megatrends¹, har uttalat att franchising är det mest framgångsrika marknadsföringskonceptet genom tiderna.² Franchising svarar idag för 40% av all detaljhandel i USA i dag, och det uppskattas svara för 50% år 2000.³ Dessa siffror gäller dock för den amerikanska definitionen av franchising vilken är betydligt bredare än den svenska. I USA räknas nämligen endast upplåtandet av ett namn, eller leverans av en produkt, som franchising vilket ger dessa höga tal. Men om vi begränsar franchisemarknaden i USA till det som vi definierar som franchising, s k business format franchising, uppgår ändå marknadsandelen i USA till 12-13 procent.⁴

¹ John Naisbitt, Megatrender 2000 – tio utvecklingslinjer inför 1990-talet, Stockholm 1990

² <http://www.smart.net/~cybernet/eobm/mtp/franchis.htm>

³ <http://www.francorpinc.com/frangrow.htm> 1998-02-09

⁴ Svenska Franchiseförningen, Verksamhetsberättelse 1998

Kort historik⁵

Ordet franchise kommer från äldre franska och betyder privilegium eller frihet. Under medeltiden var franchise ett privilegium eller en rätt som gavs den enskilde av den lokala fursten eller härskaren. Det kunde vara en rätt att fiska i en viss flod eller att jaga på viss mark. Detta utvidgades till att också omfatta de privilegier som kungen gav, t ex att brygga öl eller att bygga vägar. Innebörden av franchise var alltså en ensamrätt som gavs till någon för utövandet av en viss affärsverksamhet.

Genom århundradena har sedan franchising utvecklats i takt med den ekonomiska utvecklingen i de enskilda länderna. På 1840-talet började tyska bryggerier ge ensamrätter till vissa utskänkingsställen för försäljningen av öl. Det var början till den moderna formen av franchising. År 1851 började Singer Sewing Machine Company utge distributions-franchiserättigheter till sina symaskiner. Singer lät sina återförsäljare underteckna franchisekontrakt och detta var de första moderna franchiseavtalen. På 1880-talet började också städer upplåta monopol i form av franchises till företag för utförandet av vattentillförsel, gas och kommunikationer.

Runt år 1900 började oljeindustrin och bilindustrin att utge rättigheter till företag att sälja deras produkter. På detta stadium var franchising enbart upplåtandet av rätten att distribuera och sälja en tillverkares produkter, dvs snubblande nära rena återförsäljaravtal.

Franchising som vi känner det idag började spridas efter andra världskriget i USA. Kombinationen återvändande soldater och baby boom skapade en enorm efterfrågan på alla produkter och tjänster, och franchising var det ideala sättet för den snabba expansionen av hotel/motel, snabbmatsrestauranger och andra expansiva marknader. Detta blev en stor framgång och franchising som affärsform spreds snabbt till andra branscher och till andra delar av världen.

Till Sverige och Europa kom franchising på allvar under 1970 talet med etablerandet av bl a Mc Donald's, 7 – Eleven, Hemglass och Pickos Budbilar (nu Adena/Pickos).⁶

⁵ <http://www.frannet.com/history.html>

⁶ Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, Rolf Larsson och Per Remnelid, Juristförlaget, Stockholm 1996

Lite statistik

Europa (EU)

En undersökning gjord av European Franchise Federation (EFF) 1997 visar att franchising inom EU är en industri som består av över 3100 franchisesystem, att industrin skapar arbete för 1,3 miljoner människor, och att den genererar en sammanlagd omsättning på 75 miljarder ECU⁷. Undersökningen, som gjorts i samarbete med de nationella franchiseföreningarna, visar vilket kraftfullt verktyg franchising är som etableringsform och expansionsstrategi. Den visar också att franchising är en affärsform som är lämplig för pan-europeisk företagsetablering. Detta förstärks ytterligare av EU:s konkurrenslagstiftning vilken ger identiska villkor för franchisesystem inom gemenskapen. Den legala apparaten är harmoniserad vilket naturligtvis gynnar franchising som företagsform.

Sverige

Också i Sverige har en undersökning gjorts om franchisingens utveckling och omfattning under 1997.⁸ Undersökningen gjordes på initiativ av Svenska Franchiseföreningen, EFFECTUM Franchise Consulting och Ernst&Young, och syftade till att klarlägga omfattningen och utvecklingen av franchising i Sverige. Resultaten av undersökningen visade bl a att franchising i Sverige omsätter 91 miljarder SEK, sysselsätter 82 500 personer och att det finns 242 franchiseföretag i landet. Undersökningen visade också att den totala omsättningen ökat markant sedan 1995 då den senaste undersökningen gjordes. Vidare konstateras att franchising bedrivs inom stort sett alla näringsgrenar och att det huvudsakligen är inom tjänsterelaterad verksamhet som franchising har expanderat. Slutligen visar också undersökningen en ökning med 15 % av antalet franchisesystem sedan 1995. Det visar den omfattning och ekonomiska betydelse som franchising har och fortsätter att få i Sverige. Anledningarna till den snabba tillväxten är flera: beprövade affärskoncept, kända varumärken, kunskapen hos franchisegivaren, men också den säkerhet och förutsägbarhet som skapats genom EU:s gruppundantag från de annars strikta konkurrensreglerna.⁹ Klarläggandet av de juridiska spelreglerna kan eventuellt också innebära att andra kedjeformer och samarbetsformer på sikt övergår till franchising.

⁷ 1997 EFF/NatWest Franchise Survey, European Franchise Federation 1997

⁸ Franchising i Sverige 1997, undersökning genomförd av EFFECTUM Franchise Consulting och Svenska Franchiseföreningen i samarbete med Ernst&Young.

⁹ Franchising i Sverige, s 2

Definition: vad är franchising?

Det finns ingen allena rådande vedertagen definition av franchising, vare sig en juridisk eller en ekonomisk. I gruppundantaget för franchiseavtal som EU-kommissionen utfärdat finns definitioner av franchise, franchiseavtal och huvudfranchiseavtal vilket jag kommer att redogöra för nedan. Vidare finns ett försök till definition gjort av den svenska franchiseutredningen som lämnade ett förslag till lag i SOU 1987:17. Lagen antogs inte men definitionen är bra och kortfattad. Deras förslag till definition var följande:

”Med franchising avses ett kontraktbundet samarbete mellan franchisegivare och franchisetagare enligt vilket en franchisegivare mot ersättning medger en eller flera franchisetagare att driva viss näringsverksamhet med användande av franchisegivarens näringstecken, varumärken eller andra särskilda varukännetecken.”¹⁰

Den största franchiseorganisationen i världen, den amerikanska International Franchise Association, har antagit följande definition:

”A franchise operation is a contractual relationship between the franchisor and the franchisee in which the franchisor offers or is obliged to maintain a continuing interest in the business of the franchisee in such areas as know-how and training: wherein the franchisee operates under a common trade name, format and/or procedure owned or controlled by the franchisor, and in which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources.”

Ytterligare en definition gjordes av Konkurrensverket vid bedömningen av fallet Radisson:

”Betecknande för ett franchiseavtal är att ett företag, franchisegivaren, till det andra företaget, franchisetagaren, mot ekonomiskt vederlag upplåter rätten att utnyttja en uppsättning rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter avseende t ex varumärken, firmabeteckningar, butiksskyltar eller know-how.”¹¹

Den definition som ligger till grund för bestämmelserna i konkurrenslagen och därmed är den juridiska definition som vi kan räkna med för svenska förhållanden och i gruppundantaget för franchiseavtal lyder:

A, Franchise: en uppsättning rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter avseende varumärken, firmabeteckningar, butiksskyltar, bruksmönster, mönster, upphovsrätter, know-how eller patent,

¹⁰ SOU 1987:17, s 211

¹¹ Konkurrensverkets beslut, 596/94, Radisson

som utnyttjas vid återförsäljning av varor eller tillhandahållandet av tjänster till slutanvändare.

B, Franchiseavtal: ett avtal enligt vilket ett företag, franchisegivaren, till det andra företaget, franchisetagaren, mot direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag överlåter rätten att utnyttja en franchise för att marknadsföra angivna slag av varor och/eller tjänster; det omfattar åtminstone följande skyldigheter:

- *skyldigheten att använda ett gemensamt namn eller en gemensam butiksskylt och en enhetlig utstyrelse av de i avtalet angivna lokalerna eller transportmedlen*
- *skyldigheten för franchisegivaren att meddela know-how till franchisetagaren*
- *skyldigheten för franchisegivaren att kontinuerligt under avtalstiden lämna kommersiellt eller tekniskt bistånd till franchisetagaren.*

Det finns, som sagts och visats, en mängd olika definitioner av franchising men det verkar som alla innehåller samma grundläggande element:

- ett firmanamn, varumärke eller annat kännetecken och ett affärssystem med know-how eller annan kunskap
- en licens för franchisetagaren att använda dessa kännetecken och att använda franchisegivarens affärskoncept och kunskap
- betalning från franchisetagare till franchisegivare

Ett av skälen till varför franchising är så svårdefinierat är att avtalen normalt är mycket komplexa och innehåller upplåtandet av en mängd olika rättigheter och skyldigheter för båda parter. EG-domstolen delade i Pronuptia-fallet upp franchising i tre stora avtalsgrupper vilka generellt är så olikartade att man bör göra åtskillnad mellan dem vid en juridisk bedömning. De tre grupperna är:

- Tjänster, avtal enligt vilka franchisetagaren marknadsför en tjänst i franchisegivarens namn, eller under dennes varumärke och i enlighet med franchisegivarens anvisningar.
- Franchiseavtal rörande produktion. Detta är avtal där franchisetagaren efter franchisegivarens anvisningar framställer produkter eller varor av något slag.
- Franchiseavtal rörande distribution, vilket innebär att franchisetagaren säljer vissa produkter under franchisegivarens varumärke eller annat kännetecken.

Det är en grov indelning och ofta finner man franchiseavtal som innehåller element från flera av dessa grupper. Men de visar lite tydligare vad franchising är och har även i övrigt stor betydelse i det att ej alla dessa typer av franchising omfattas av det aktuella gruppundantaget vilket vi kommer att se nedan.

Franchising-avgränsning andra avtalstyper

Förutom franchising finns en rad olika distributionsformer vilka är närliggande men som skiljer sig åt på flera punkter. Franchising innehåller moment från nästan alla och det är därför intressant att kort redogöra för dessa avtalstyper och att få en överblick över deras inbördes relationer. Alla avtalstyperna är till sin natur konkurrensbegränsande men undantas från konkurrensrättsliga sanktioner i både nationell konkurrensrätt och konkurrensrätt på EU-nivå. Detta sker genom gruppundantagsförordningar enligt vilka dessa avtal, förutsatt att de är utformade i enlighet med gruppundantaget, undantas från förbud mot konkurrenshämmande samarbete. Bestämmelser rörande förbud mot konkurrensbegränsande samarbete finns i 6 § Konkurrenslagen och artikel 85 i Romfördraget. Här finns dock en möjlighet till undantag för vissa grupper av avtal vilka trots att de är konkurrensbegränsande anses ha en gynnsam inverkan på marknaden. Undantagen för dessa grupper av avtal är ovan nämnda gruppundantag.

Exklusiva inköpsavtal

Exklusiva inköpsavtal är avtal enligt vilka en återförsäljare förbinder sig att köpa produkter från enbart en leverantör. Återförsäljaren tilldelas inget speciellt område som han äger exklusivitet inom utan leverantören är fri att sälja till andra återförsäljare inom området.¹² Förpliktelsen ligger så att säga mer på återförsäljaren att köpa från endast en leverantör och att i avtalet åta sig att ej handla avtalsprodukterna från någon annan. Avtalet avskär andra leverantörers möjlighet att sälja till återförsäljaren och återförsäljaren påtar sig en exklusiv köpsplikt.¹³ Exklusiva inköpsavtal finns reglerade och undantagna från EU:s konkurrensregler i ett gruppundantag.¹⁴ Detta gruppundantag gäller också för den svenska marknaden.¹⁵

Ensamåterförsäljaravtal

I denna typ av avtal får återförsäljaren exklusiva rättigheter till ett visst område av leverantören. Inom detta område är han fri från direkt konkurrens från andra återförsäljare och från konkurrens från leverantören. Återförsäljaren säljer leverantörens produkter i eget namn och för egen räkning men avtalen innehåller normalt en mängd begränsningar för båda

¹² Detta är den stora skillnaden mot ensamåterförsäljaravtal, jfr nedan

¹³ Jens Fejø, EU-konkurrenseret, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997, s 307

¹⁴ Kommissionens förordning 1984/83 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal.

¹⁵ Förordning (1996:342) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för exklusiva inköpsavtal.

parter. Även på detta område finns utställt en gruppundantagsförordning¹⁶ och en förordning för den svenska marknaden.¹⁷

Selektiv distribution

Selektiv distribution är ej reglerat i gruppundantag. Avtalsformen innebär att leverantören endast låter särskilt utvalda återförsäljare marknadsföra sina produkter. I samband med valet av återförsäljare försöker leverantören typiskt sett pålägga återförsäljarna förpliktelser rörande inredning av affärsstället, utbildning av personalen eller liknade. Dessa förpliktelser är ofta ganska detaljerade och kan i kombination med en skyldighet att använda leverantörens varumärke påminna mycket om franchising.¹⁸ Selektiv distribution kan sägas vara den avtalsform som ligger närmast franchising. Denna typ av avtal gäller bara för ett begränsat antal typer av produkter och det ställs hårda krav på leverantörens urvalskriterier för att avtalen ej skall anses konkurrensbegränsande.¹⁹

Avtal om tekniköverföring

För rena patent- och know-howlicensavtal samt för blandade patent- och know-howlicensavtal gäller också en gruppundantagsförordning²⁰, samt en motsvarande förordning för den svenska marknaden.²¹ Dessa avtal utmärks av att ena parten till den andra beviljar en licens för utnyttjandet av ett patent eller know-how och detta för ett bestämt område. Andra immateriella rättigheter som varumärke eller upphovsrätt kan falla under förordningen endast om de är till patentet eller know-how anknutna rättigheter.²² Även i dessa avtal pålägger parterna varandra en mängd begränsningar såsom ett exklusivt område, sekretess rörande know-how och skyldighet att rapportera intrång i patent. Dessa avtal har också viss likhet med franchiseavtal, framförallt rörande upplåtandet av know-how.

Franchising och dess relation till övriga avtalsgrupper

Alla typer av avtal som redovisats innehåller gemensamma moment. De gruppundantag som reglerar dessa avtal har också många gemensamma bestämmelser, eller i alla fall bestämmelser som uppvisar stora likheter.

¹⁶ Kommissionens förordning 1983/83 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal.

¹⁷ Förordning (1996:341) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för ensamåterförsäljaravtal.

¹⁸ Jens Fejø, aa, s 332ff

¹⁹ Lyxartiklar, dagstidningar och tekniskt komplicerade produkter vilka godkänts för selektiv distribution av GD.

²⁰ Kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

²¹ Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring.

²² Jens Fejø, aa, s 260

Generellt sett kan sägas att de alla tillåter vissa konkurrensbegränsningar som t ex ensamrätter och exklusiva områden. Men det finns också bestämmelser i gruppundantagen som innehåller definitiva förbud, så kallade konkurrensrättsliga no-no's. Detta är naturligtvis generaliserande men i stort kan finnas det sådant som absolut områdesskydd, hinder för parallellimport, bruttoprissättning och marknadsuppdelning aldrig är tillåtet. Dessa gemensamma grunddrag har sålunda alla avtalstyper. Vissa av avtalstyperna är dock mer lika franchising än andra. Framförallt gäller det selektiv distribution, avtal om tekniköverföring och ensamåterförsäljaravtal. I ett franchiseavtal kan dessa sägas vara kombinerade. En franchisetagare utväljs noga av franchisegivaren, han ges (oftast) i franchise en exklusiv rätt till ett visst område och han mottar know-how. Utöver detta är det vanligt att franchisetagaren också innehar rättigheten och skyldigheten att använda franchisegivarens varumärke, att han måste inreda sitt affärsställe på ett visst sätt och att han tvingas köpa merparten av sina handelsvaror från motparten. Franchising innehåller även delar av exklusiva inköpsavtal men likheterna är inte lika påtagliga för dessa avtal.

Olika typer av franchising

Franchising är en mycket komplex uppsättning rättigheter och skyldigheter. Avtalen kan se ut på mycket olika sätt och få olika konkurrensrättsliga rättsverkningar beroende på hur de ser ut. Det finns därför skäl att dela upp franchising i tre grupper: distributionsfranchising, tjänste/servicefranchising och produktionsfranchising. Denna uppdelning gjordes av GD i Pronuptia, och ligger också till grund för vilka typer av franchiseavtal som omfattas av gruppundantaget.

Distributionsfranchising

Denna form av franchising innebär, som ovan nämnts, att franchisetagaren i avtalet ges rätten att från ett försäljningsställe som är märkt med franchisegivarens namn, varumärke eller annan symbol sälja vissa varor. Varorna i sig är alltså inte nödvändigtvis i fokus utan det centrala elementet i denna typ av avtal är att butiken eller affären är utrustad med kännetecken härrörande från franchisegivaren. Det är denna rättighet att "smycka" försäljningsstället med franchisegivarens kännetecken som franchisetagaren betalar för. Oftast härrör också produkterna, eller en del av produkterna, som säljs i butiken från franchisegivaren men de måste inte göra det. Avtalen innehåller i de flesta fall också en kunskapsöverföring mellan parterna. Det kan vara know-how eller annan kunskap som innehar värde som överförs. Vidare finns det ofta bestämmelser om att franchisegivaren skall tillhandahålla utbildning och support. Distributionsfranchise ligger nära avtal om selektiv distribution men skiljer sig från dessa eftersom de senare

inte innehåller bestämmelser rörande användandet av ett gemensamt kännetecken, gemensamma affärsmetoder eller betalning för assistans.²³

Tjänste/servicefranchising

Servicefranchise innebär att franchisetagaren erbjuder en tjänst under franchisegivarens namn, symbol eller varumärke, och i enlighet med franchisegivarens instruktioner. Denna typ av franchising definierades inte av GD i Pronuptia men Kommissionen har ansett att också servicefranchising faller in under gruppundantaget då tjänsten konsumeras av slutförbrukare²⁴. Avsaknaden av en ingående definition orsakar problem rörande gränsdragningen framförallt mot produktionsfranchising, då det inte alltid är självklart vilken typ av franchising man har att göra med.

Produktionsfranchising

Denna typ karaktäriseras av att franchisetagaren tillverkar vissa produkter enligt franchisegivarens instruktioner och säljer dem under franchisegivarens varumärke²⁵. Det är oftast industriella produktionslicenser mellan konkurrerande tillverkare och denna typ av franchising omfattas inte av gruppundantaget eftersom Kommissionen saknar erforderlig erfarenhet på området.²⁶

²³ Larsson, Remnelid a a, s 29

²⁴ Valentine Korah, Franchising and the EEC competition rules regulation 4087/88, Oxford 1989, s 19

²⁵ Larsson, Remnelid aa, s 28

²⁶ Se nedan 8.1.2

Förhållandet mellan franchising och konkurrensbestämmelserna

En distributionsform som franchising är till sin natur konkurrensbegränsande. I EU:s konkurrensregler finns bestämmelser som tar sikte på att hindra konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning. Dessa två förbud återfinns i obetydligt modifierad form också i konkurrenslagens 6 respektive 19 §§. Jag skall särskilt ägna mig åt förbudet mot konkurrensbegränsande avtal vilket återfinns i artikel 85 RF och 6 § KL, eftersom det har mest relevans för franchisesamarbeten.

Romfördragets artikel 85

I artikel 3 g i Romfördraget stadgas att gemenskapen skall upprätta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom gemenskapen inte snedvrids. Denna principbestämmelse kommer mer konkret till uttryck i artikel 85 som förbjuder avtal och annan samverkan som begränsar konkurrensen. Första stycket innehåller ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Tredje stycket ger möjlighet till undantag från förbudet. Andra stycket slår fast att avtal som är förbjudna enligt första stycket är ogiltiga, dvs att de inte har någon rättsverkan²⁷.

85.1 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

Artikel 85.1 räknar upp tre kriterier vilka måste vara uppfyllda för att det skall vara fråga om ett konkurrensbegränsande avtal:

1. Det skall vara fråga om ett avtal mellan företag, beslut av sammanslutning av företag eller samordnad praxis, som
 2. kan påverka samhandeln och som
 3. utgör en konkurrensbegränsning på den gemensamma marknaden
- Eventuellt skulle man kunna anse att det finns ett fjärde kriterium, det så kallade märkbarhetskriteriet, eller de minimisregeln. Den stadgar att avtal mellan företag som tillsammans ej har en marknadsandel överstigande viss storlek inte omfattas av förbudet i artikel 85.1.

Kärnområdet i 85.1 är avtal och det görs ingen åtskillnad mellan horisontella avtal, dvs mellan parter på samma nivå i produktionskedjan, och vertikala avtal, dvs avtal mellan parter på olika nivå i produktionskedjan²⁸. Vidare kan sägas att avtalsbegreppet är mycket brett och såväl muntliga som skriftliga avtal faller in under avtalsbegreppet²⁹. När det gäller beslut av företagssammanslutningar syftar detta primärt på överenskommelser i

²⁷ Fejøl, a a, s 28

²⁸ Detta konstaterade GD första gången i Consten/Grundig, 56 och 58/64

²⁹ Fejøl, a a, s 38

branschorgan eller liknande. Även samordnad praxis faller in under bestämmelsen. Detta rör fall då flera företag rent praktiskt samarbetar med varandra. Inga avtal är ingångna men det föreligger ett parallellt uppträdande på marknaden och en subjektiv vilja att samarbeta.

Artikel 85 gäller avtal eller annat samarbete mellan företag.

Företagsbegreppet är mycket vitt och omfattar inte bara juridiska personer utan också t ex ensamföretagare³⁰.

Artikel 85.1 är bara tillämplig då det konkurrensbegränsande avtalet kan påverka handeln mellan medlemsstater. Detta villkor avgränsar användningsområdet från de nationella konkurrensreglerna. Som ordalydelsen indikerar räcker det med att avtalet kan påverka samhandeln. Det behövs ingen faktisk påverkan på handeln mellan medlemsstaterna utan det räcker med en potentiell påverkan.

Det krävs vidare att avtalet har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Här skyddas alltså både aktuell och potentiell konkurrens. För att det skall vara fråga om en konkurrensbegränsning i artikel 85.1:s mening skall minst en av avtalsparterna begränsas i sin handlingsfrihet och valmöjligheterna för tredjeman reduceras.

Artikel 85.1 räknar vidare upp de avtalstyper som är förbjudna. Det är ingen uttömmande uppräknning utan enbart exempel. Såsom konkurrensbegränsande avtal vilka är förbjudna enligt 85.1 stadgas bl a sådana där inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs och sådana där marknader eller inköpskällor delas upp.

85.2 Ogiltighet

Artikel 85.2 stadgar att avtal eller beslut som är förbjudna enligt denna artikel är ogiltiga. Denna civilrättsliga ogiltighet gör avtalet till en nullitet. Hela avtalet blir inte ogiltigt utan bara de delar som är konkurrensbegränsande och förbjudna enligt 85.1 vilket GD slagit fast i en rad avgöranden³¹.

Avtalet blir bara ogiltigt om de strider mot hela artikel 85. Detta betyder att ingen ogiltighet blir aktuell om avtalet beviljas undantag enligt artikel 85.3³².

85.3 Villkor för undantag

I artikel 85.3 stadgas att 85.1 kan förklaras icke tillämplig på vissa avtal, beslut av företagsammanslutningar eller samordnat förfarande.

³⁰ Fejøl, a a, s 46

³¹ T ex La Technique Minière vs Maschinenbau Ulm (56/65) (1966) E.C.R. 235.

³² Valentine Korah, EC competition law and practice, 5th edition, Sweet & Maxwell, London 1994

Förutsättning för detta är att avtalet uppfyller fyra förutsättningar: två positiva och två negativa. Avtalen är konkurrensbegränsande inom gemenskapen men anses ha så positiva effekter på handeln att undantag beviljas. De positiva förutsättningarna för undantag är att avtalen bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller främja tekniskt framåtskridande samt att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som härigenom uppnås. De negativa förutsättningarna är att avtalet inte ålägger de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att nå dessa mål samt att avtalen inte ger berörda företag möjligheten att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga. Avtal som uppfyller alla dessa kriterier ges undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete vilket beviljas individuellt eller för grupper av avtal.

Individuella undantag

Genom Rådets första förordning om tillämpningen av artikel 85 och 86, Förordning 17/62, gavs Kommissionen möjlighet att bevilja individuella undantag i enlighet med artikel 85.3. För att beviljas ett individuellt undantag krävs en anmälan till Kommissionen med begäran om undantag³³. Det finns visserligen avtal som inte är anmälningspliktiga men detta kommer jag inte att beröra här. Det viktiga är att ett individuell undantag förutsätter en individuell begäran om undantag och att denna prövning görs av Kommissionen.

Gruppundantag

Genom Rådets förordning 19/65 gavs också Kommissionen möjlighet att bevilja undantag för kategorier eller grupper av avtal som uppfyller kriterierna för undantag i artikel 85.3. Gruppundantag beviljas av Kommissionen i förordningar och de har utfärdat ett flertal gruppundantagsförordningar för olika avtalstyper. Ett av dessa är gruppundantaget för franchiseavtal.

Användandet av gruppundantag har visat sig vara ett mycket praktiskt och effektivt sätt för Kommissionen att reglera undantag. De fastställer gränserna för vad som är tillåtet och inte tillåtet i konkurrensrättsligt hänseende och ger härmed en förutsägbarhet åt företagen i deras avtalsskrivande. Så länge man håller sig inom ramarna för vad som är tillåtet för respektive avtalstyp så är man säker på att avtalen är giltiga. På detta sätt är gruppundantagen mycket viktiga för näringslivet³⁴. Att de i nuvarande diskussion betraktas som stela och av vissa upplevs som standardavtal är en annan sak.

De gruppundantag som utfärdats av Kommissionen gäller också i den svenska konkurrensrätten.

³³ Se F 17/62 art 4.1 (och art 5.1)

³⁴ Fejøl, a a, s 63

Icke-ingripande besked

Om ett företag är osäkert på om ett förfarande strider mot artiklarna 85, 86 eller mot 6, 19 §§ KL kan de ansöka om ett icke-ingripande besked hos Kommissionen respektive hos KKV. Finner Kommissionen eller KKV att förfarandet inte träffas av något av förbuden beslutar de om ett sk icke-ingripandebesked. Ett sådant beslut gäller tills vidare. Detta beslut är till skillnad från ett individuellt undantag inte bindande.

Konkurrenslagen 6 §

Konkurrenslagens (KL) 6§ är i allt väsentligt en materiell avbild av RF:s artikel 85. De skillnader som finns är att artikel 85.1 innehåller ett samhandelskriterium och att det inte finns någon motsvarighet i artikel 85.1 vad gäller 18c§ KL³⁵. Avsaknaden av samhandelskriterium beror naturligtvis på att KL avser den svenska marknaden, och i 18c§ KL återfinns vi en specialreglering för det svenska jordbruket. En annan skillnad gäller KL:s märkbarhetskriterium. Konkurrensverket har i ett allmänt råd³⁶ utgivit en tolkning vilken säger att ett avtal mellan två företag inte begränsar konkurrensen med mindre de tillsammans har en marknadsandel på den relevanta marknaden överstigande 10% och den totala årsomsättning för envar avtalspart inte överstiger 200 miljoner kronor. Men bortsett från dessa skillnader är de båda bestämmelserna överensstämmande vilket också var det uttalade målet i förarbetena till KL³⁷.

Även möjligheten att utfärda undantag finns i KL och återfinns i 8§. Kriterierna för individuellt undantag och gruppundantag är identiska med de kriterier som återfinns i artikel 85.3.

Franchising konkurrensbegränsande per se.

Franchising är en avtalsform som ingås mellan två parter där den ena parten, eller båda, åläggs affärsrättsliga begränsningar i sin handlingsfrihet. Typiska begränsningar är att franchisegivaren förpliktigas att ej sälja till annan än franchisetagaren i avtalsområdet, att franchisetagaren åläggs skyldigheter som t ex att inte sälja aktivt utanför sitt område eller att inte konkurrera med andra franchisetagare i nätet och att inte vidta några dispositioner som kan skada franchiseföremålets renommé eller den know-how som lämnas honom från franchisegivaren. Det är klassiska konkurrensbegränsningar som i de flesta fall strider mot reglerna i RF och KL. Därför kan man drista sig till att säga att franchising som avtalstyp är konkurrensbegränsande. Själva

³⁵ Rolf Larsson, Per Remnelid, a a, s 16

³⁶ KKVFS 1993:2

³⁷ Prop 1992/93:56, s 21

existensen av ett gruppundantag bekräftar detta. Men det intressanta är var gränsen dras för vad som är i strid med konkurrensreglerna och vad som är tillåtet enligt gruppundantaget. För att avgöra detta skall jag granska det grundläggande rättsfallet Pronuptia och det gruppundantag för franchiseavtal som följdes av detta avgörande.

Pronuptiamålet

En redogörelse för Pronuptiamålet³⁸ är nödvändig för att förstå innehållet i gruppundantaget. Fallet är GD:s viktigaste och grundläggande avgörande rörande franchising och kom i januari 1986. Franchiseavtal hade dittills inte varit föremål för prövning av GD och detta beslut skulle få återverkningar för tusentals andra franchiseavtal. Avtalet var dessutom av den arten att de flesta bestämmelser som kan sägas utgöra ett typiskt franchiseavtal fanns med³⁹.

Bakgrund

Målet hade sin upprinnelse i en tvist mellan Frau Schillgalis och Pronuptia de Paris GmbH rörande utebliven betalning av royalties. Pronuptia de Paris GmbH var ett tyskt dotterbolag till Pronuptia de Paris, ett franskt företag som sålde och tillverkade bröllopsklänningar, andra festkläder och accessoarer under varumärket Pronuptia de Paris. I Västtyskland distribuerade Pronuptia de Paris sina varor genom egna butiker men också genom självständiga återförsäljare. Dessa återförsäljare var knutna till Pronuptia genom franchiseavtal. Frau Schillgalis var en av dessa franchisetagare och hon hade exklusiv försäljningsrätt i tre tyska städer: Hamburg, Oldenburg och Hannover. Frau Schillgalis underlät att betala royalties på sin omsättning till Pronuptia de Paris GmbH under åren 1978-80, varpå hon blev stämnd av företaget. Den tyska domstolen dömde henne att betala i första instans, varpå Frau Schillgalis överklagade beslutet, hävdade att franchiseavtalet var i strid med artikel 85.1 i RF och att avtalet sålunda var ogiltigt och utan rättsverkan. Hennes grund för detta var att avtalet medförde ett förbjudet områdesskydd för franchisetagaren. Appellationsdomstolen upphävde underrättens beslut och fastslog att avtalet stred mot EU:s konkurrensrätt och sålunda var ogiltigt enligt artikel 85.2. Pronuptia de Paris GmbH överklagade då till tyska Bundesgerichtshof, vilken ansåg att frågan om avtalets enlighet med EU:s konkurrensregler var av avgörande betydelse, och begärde enligt artikel 177 i RF ett tolkningsbesked från GD. Frågan till GD rörde huruvida artikel 85.1 var tillämplig på franchiseavtal vilka hade till syfte att etablera ett distributionssystem där franchisegivaren förser franchisetagaren inte bara med varor utan också med varumärke, andra kännetecken, know-how och annan kunskap.

³⁸ Mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgaard Schillgalis (1986) ECR s 353

³⁹ Martin Mendelson and Bryan Harris, *Franchising and the Block Exemption Regulation*, Longman Group UK, London 1991, s 42

GD's dom

GD börjar sin genomgång av fallet med att återge bestämmelserna i det aktuella avtalet⁴⁰. Först listas franchisegivarens skyldigheter:

The franchisor:

- *grants the franchisee, in respect of a territory defined by means of a map attached to the contract, the exclusive right to use the trade-mark "Pronuptia de Paris" for the marketing of her goods and services and the right to advertise;*
- *undertakes not to open any other Pronuptia shops in the territory in question or to provide goods or services to third parties in that territory;*
- *undertakes to assist the franchisee with regard to the commercial aspects of her business, advertising, the establishment and decoration of the shop, staff training, sales techniques, fashion and products, purchasing and marketing and, in general, everything which, in its experience, is likely to help to improve the turnover and profitability of the franchisee's business.*

Efter detta listas på motsvarande sätt de skyldigheter som åligger franchisetagaren gentemot franchisegivaren:

The franchisee, who remains sole proprietor of her business and assumes all its risks, is obliged:

- *to sell the goods, using the trade name and trade-mark "Pronuptia de Paris", only in the shop specified in the contract, which must be equipped and decorated mainly for the sale of bridal fashions in accordance with the franchisor's instructions, in such a way as to enhance the brand image of the Pronuptia chain, and cannot be transferred to another location or altered without the agreement of the franchisor;*
- *to purchase from the franchisor 80% of wedding dresses and accessories, together with a proportion of cocktail and evening dresses to be set by the franchisee herself, and to purchase the remainder only from suppliers approved by the franchisor;*
- *to pay the franchisor, in return from the benefits granted, a single entry fee for the contract territory of DM 15 000 and, throughout the duration of the contract, a royalty of 10% of total sales of Pronuptia products and all other goods, including evening dresses purchased from suppliers other than Pronuptia;*
- *to regard the prices suggested by the franchisor as recommended retail prices, without prejudice to her freedom to fix her own prices;*
- *to advertise in the contract territory only with the franchisor's agreement, and in any event to harmonize that advertising with the franchisor's international and national advertising, to distribute catalogues and other publicity material provided by the franchisor to the*

⁴⁰ Pronuptia, domskäl 4-6

- best of her abilities and in general to apply the business methods imparted to her by the franchisor;*
- *to make the sale of bridal fashions her main purpose;*
 - *to refrain, during the period of validity of the contract and for one year after its termination, from competing in any way with a Pronuptia shop and in particular from opening a business of a nature identical or similar to that carried on under the contract, or participating directly or indirectly in such a business, in the Federal Republic of Germany, in West Berlin or in any area where Pronuptia is already represented in any way;*
 - *not to assign to third parties the rights and obligations arising under the contract or the business without the prior approval of the franchisor, it being understood that the franchisor will not withhold its approval if such an assignment takes place for health reasons and if the new contracting party shows that he is financially sound and is not in any way a competitor of the franchisor.*

Huvudfrågan är alltså om avtalet är i enlighet med artikel 85⁴¹. GD börjar med att påpeka att franchiseavtal kan se ut på många olika sätt och att åtskillnad måste göras mellan olika typer av franchiseavtal⁴². Framförallt är det nödvändigt att skilja mellan (1) servicefranchise där franchisetagaren erbjuder en tjänst under franchisegivarens namn, symbol eller varumärke, i enlighet med franchisegivarens instruktioner, (2) produktionsfranchise, där franchisetagaren tillverkar produkter enligt franchisegivarens instruktioner och säljer dem under franchisegivarens varumärke och (3) distributionsfranchise, där franchisetagaren säljer vissa produkter från ett försäljningsställe som bär franchisegivarens namn eller symbol. Frågan i det aktuella fallet rör enbart franchising av den tredje typen, distributionsfranchising. Det är också enbart denna typ av franchising som GD uttalar sig om vilket de förklarar med att ett franchiseavtal inte kan bedömas in abstracto utan varje individuellt avtal och dess särskilda bestämmelser måste bedömas för sig, och att denna begränsning görs för att svaret till den tyska domstolen skall bli så användbart som möjligt⁴³. GD definierade inte de olika typerna av franchising särskilt utförligt men Kommissionen har utgått ifrån att de flesta av de principer som fastslås i Pronuptia också gäller för servicefranchising där slutförbrukare eller konsumenter förses med en tjänst⁴⁴.

GD fortsätter med att beskriva fördelarna med distributionsfranchising. Distributionsfranchising där franchisegivaren mot ekonomisk ersättning upplåter rätten till en franchisetagare att använda hans namn och metoder innebär finansiella fördelar för franchisegivaren utan att denne behöver

⁴¹ GD besvarade även andra frågor ställda av tyska Bundegerichtshof, bl a avseende tillämpligheten av dåvarande gruppundantag för exklusiva återförsäljaravtal på franchiseavtal. Denna fråga besvarades nekande och är i stort inte relevant här.

⁴² Pronuptia, domskäl 13

⁴³ Pronuptia, domskäl 14

⁴⁴ Valentine Korah, a a, s 19

investera eget kapital. Vidare innebär ett franchisesystem att näringsidkare får tillgång till kunskap och metoder som de inte annars hade lärt sig utan avsevärda ansträngningar och tillåter dem också att dra nytta av det värde som ligger i franchisegivarens varumärke. Distributionsfranchise skiljer sig härigenom från exklusiv distribution vilken inte innehåller användandet av ett gemensamt namn, gemensamma affärsmetoder eller erläggandet av royalties för den assistans som franchisetagarna erhåller. Ett dylikt system enligt vilket franchisegivaren kan utnyttja sina framgångar till ekonomisk vinning är inte i sig självt i strid med konkurrensen. För att systemet skall fungera måste två förutsättningar vara uppfyllda⁴⁵.

Den första förutsättningen är att franchisegivaren måste ha möjlighet att kommunicera sitt know-how till franchisetagarna och överlåta nödvändig kunskap om affärsmetoder utan att löpa risken att denna kommer konkurrenter tillgodo, även indirekt. Av detta följer att avtalsbestämmelser som är nödvändiga för att undvika detta inte anses vara konkurrensbegränsande i artikel 85.1:s mening. Det gäller t ex klausuler som förbjuder franchisetagaren att sälja sin butik till tredje man utan franchisegivarens godkännande och klausuler som under avtalstiden och även under en viss period därefter förbjuder franchisetagaren att öppna en liknande butik inom ett område där risk finns att han kommer att konkurrera med andra franchisetagare⁴⁶.

Den andra förutsättningen för att systemet skall kunna fungera effektivt innebär att franchisegivaren måste kunna vidta nödvändiga åtgärder för att bibehålla den identitet och det renommé för franchisenätet som bär hans namn eller symbol. Avtalsbestämmelser som är nödvändiga för detta syfte är alltså inte heller i strid med artikel 85.1⁴⁷. Här nämns särskilt skyldigheten för franchisetagaren att använda de affärsmetoder och den know-how som franchisegivaren försett honom med, att endast sälja avtalsprodukterna i lokaler som är inredda i enlighet med franchisegivarens instruktioner, att inte flytta affärsstället till annan adress utan franchisegivarens tillstånd och att inte heller överlåta rättigheter eller skyldigheter enligt franchiseavtalet utan franchisegivarens samtycke⁴⁸. Alla dessa villkor godkändes ovillkorligt av GD och är sålunda inte en otillåten konkurrensbegränsning i artikel 85.1:s mening.

När det gällde franchisetagarens skyldighet att köpa avtalsvarorna enbart från franchisegivaren eller av denne godkända inköpskällor konstaterade GD att det i vissa fall, som t ex när det gäller modeprodukter, kan vara opraktiskt att uppställa objektiva kvalitetskrav och att man i dessa fall kan anse att en skyldighet för franchisetagaren att köpa avtalsvarorna inom nätet kan vara nödvändigt för att franchisenätets identitet och renommé skall kunna upprätthållas. Dessa bestämmelser får dock inte inkräkta på

⁴⁵ Pronuptia, domskäl 15

⁴⁶ Pronuptia, domskäl 16

⁴⁷ Pronuptia, domskäl 17

⁴⁸ Pronuptia, domskäl 18-20

franchisetagarens möjlighet att köpa avtalsvarorna från andra franchisetagare⁴⁹.

GD konstaterade också att avtalsbestämmelser som möjliggör för franchisegivaren att kontrollera all marknadsföring som utgår från franchisetagaren är skäliga eftersom marknadsföring påverkar nätets identitet och renommé. Detta gäller dock bara så länge kraven angår utformningen av marknadsföringen och ej på något vis fastställer priser⁵⁰. GD godtog alltså här en mängd begränsningar som de tidigare, i liknande fall rörande selektiv distribution, behandlat mycket strängt⁵¹. Och de undantog inte bestämmelserna i enlighet med 85.3 utan förklarade att de inte stred mot förbudet i artikel 85.1. Skyldigheten att köpa enbart från godkända källor godtogs dock enbart om detta var nödvändigt för att skydda franchisenätets identitet och renommé, men övriga begränsningar och skyldigheter godtogs utan att domstolen krävde prövning för varje enskilt avtal. Detta kan sägas vara en liberal syn på franchiseavtal och jämförelser har gjorts till den amerikanska behandlingen av anti-trustfrågor rörande franchiseavtal⁵².

GD fann dock ett antal bestämmelser i det aktuella avtalet som var konkurrensbegränsande och stridande mot artikel 85.1. Dessa klausuler var varken nödvändiga för att skydda franchisegivarens know-how, identiteten eller renommé hos nätet och rörde bestämmelser som uppdelade marknaden mellan franchisegivare och franchisetagare eller mellan franchisetagare samt bestämmelser som hindrade franchisetagare att internt priskonkurrera⁵³. GD fann att en skyldighet för franchisetagaren att endast sälja avtalsprodukterna från sitt försäljningsställe tillsammans med ett exklusiv rätt att använda franchisegivarens namn eller symbol utgjorde en uppdelning av marknaden vilken var i strid med artikel 85.1. Det gäller dock bara om det rör sig om ett redan välkänt namn eller symbol. Ett franchisenät som är mindre utbrett och mindre välkänt torde ej begränsa konkurrensen i artikel 85.1:s mening genom att franchisetagarna tilldelas exklusiva områden vilket beror på att de inte påverkar samhandeln eller begränsar konkurrensen på ett märkbart sätt och därför faller utanför förbudet. GD nämner dock att det eventuellt inte skulle vara intressant för en franchisetagare och gå med i nätet med den ekonomiska risk detta innebär om han inte visste att han fick ett exklusivt territorium och därigenom skydd mot konkurrens, men detta är enligt GD något som får bedömas enligt undantagsregeln i artikel 85.3⁵⁴. Uppdelning av marknader på detta sätt är en klassisk konkurrensrättslig ”no-no” vilken behandlas mycket strängt av konkurrensvårdande myndigheter. Det kan tyckas hårt mot franchisegivare och franchisetagare av ovan nämnda skäl, och också av den anledning att de är så tätt sammanhållna och nästan

⁴⁹ Pronuptia, domskäl 21

⁵⁰ Pronuptia, domskäl 22

⁵¹ Valentine Korah, a a, s 21

⁵² Valentine Korah, a a, s 21

⁵³ Pronuptia, domskäl 23

⁵⁴ Pronuptia, domskäl 24

kan betraktas som en enhet. De är dock skilda juridiska enheter och konkurrensrätten är mycket klar när det gäller uppdelning av marknader mellan företag⁵⁵.

När det gäller prissamarbete konstaterade GD att endast utgivandet av rekommenderade priser inte var att anse som stridande mot artikel 85.1 om det inte åtföljdes av en samordnat förfarande mellan franchisegivaren och franchisetagare eller mellan franchisetagare att följa dessa priser⁵⁶.

I sin avslutning säger GD att franchiseavtalets förenlighet med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i artikel 85.1 beror av innehållet i avtalsklausulerna samt deras ekonomiska sammanhang⁵⁷. Detta ekonomiska sammanhang verkar dock inte ha betydelse för bestämmelser som syftar till att skydda franchisenätets know-how, identitet eller renommé eftersom dessa i sig inte ansågs konkurrensbegränsande⁵⁸. Man kan dock se det på ett annat sätt och anse att det ekonomiska sammanhanget är av yttersta betydelse eftersom detta avgör vilka bestämmelser som är väsentliga för skyddet av know-how, identitet och renommé. Det är ju bara bestämmelser av väsentlig betydelse för skyddet av know-how, identitet och renommé som inte anses konkurrensbegränsande i artikel 85.1:s mening. Enkelt uttryck bör konkurrensmyndigheten veta mer om marknadens utseende i det enskilda fallet innan den kan uttala sig om väsentligheten i en konkurrensbegränsande klausul⁵⁹.

Efter Pronuptia-domen avgjorde Kommissionen en rad ärenden rörande både service- och distributionsfranchising för att skaffa sig den erfarenhet som enligt förordning 19/65⁶⁰ är nödvändig för att de skall få anta en gruppundantagsförordning.

⁵⁵ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 44

⁵⁶ Pronuptia, domskäl 25

⁵⁷ Pronuptia, domskäl 27

⁵⁸ Larsson, Remnelid, a a, s 33

⁵⁹ Pronuptia, domskäl 27

⁶⁰ Ingressen till förordning 19/65/EEC (of 2 March of the Council on application of Article 85(3) of the Treaty to certain categories of agreements and concerted practices.)

Kommissionens efterföljande beslut

Det enda beslut som Kommissionen fattat rörande franchising innan Pronuptia var Campari⁶¹. Det är ett äldre fall som rörde produktionsfranchising, en form som ej omfattas av gruppundantaget.

Efter Pronuptia avgjorde Kommissionen fem ärenden innan de antog gruppundantagsförordningen för franchiseavtal. Det är ett krav att Kommissionen skaffar sig erforderlig erfarenhet innan de antar en gruppundantagsförordning och flera av Kommissionens överväganden och beslut i dessa ärenden återfinns i förordning 4087/88.

De fem ärenden som Kommissionen avgjorde var Pronuptia och Yves Rocher i december 1986, Computerland i juli året därpå och ServiceMaster och Charles Jourdan under hösten 1988. I alla fem besluten bedömdes ett upplåtande av ett exklusivt område i kombination med en skyldighet för franchisetagaren att bara sälja från det i avtalet specificerade affärsstället strida mot artikel 85.1 men undantogs enligt 85.3. Detta även då marknaden var konkurrensintensiv och det territoriella skyddet begränsat. Jag skall nu kort redogöra för besluten vilket sedan naturligt leder över till gruppundantaget.

Pronuptia⁶²

Detta Pronuptiafall skall särskiljas från det som GD avgjorde. Beslutet rörde ett standardavtal som liknade det kontrakt som GD utvärderade men det var inte identiskt. Kommissionen följde de principer som fastslagits av GD och skilde ut de bestämmelser i det aktuella avtalet som stred mot artikel 85.1, från de bestämmelser som låg utanför artikel 85.1:s tillämpning. De fann två bestämmelser som var i strid med artikel 85.1, dels en klausul som gav en exklusiv rätt åt franchisetagaren att operera inom ett visst område under franchisegivarens namn, och dels en klausul som ålade franchisetagaren skyldigheten att enbart sälja från det anvisade affärsstället. Enligt Kommissionen var den kumulativa effekten av dessa bestämmelser i strid med artikel 85.1 då de syftade till att skydda franchisetagare från konkurrens från andra franchisetagare. Även övriga kriterier var uppfyllda och avtalen befanns strida mot 85.1⁶³. Men Kommissionen fann att de fyra rekvisiten för undantag i 85.3 var uppfyllda och beviljade undantag. Trots att vissa klausuler i avtalet stred mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete fann alltså Kommissionen att franchiseavtalets ekonomiska fördelar var större och beviljade undantag⁶⁴.

⁶¹ Kommissionens beslut Campari (78/253/EEC) OJ 1978, L70/69

⁶² Kommissionens beslut Pronuptia (87/17/EEC) OJ 1987, L13/39

⁶³ Kommissionens beslut Pronuptia, beslutsskäl 28

⁶⁴ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 49

Yves Rocher⁶⁵

I Yves Rocher undersökte och angav Kommissionen i detalj de klausuler i det aktuella avtalet som inte var konkurrensbegränsande. Den slutsats de drog i beslutet rörande dessa tillåtna begränsningar är väl återspeglad i gruppundantagsförordningen.

De fann också avtalsbestämmelser som stred mot artikel 85.1 och sålunda var konkurrensbegränsande. Återigen var det fråga om bestämmelser som tilldelade franchisetagaren ett exklusivt område, i kombination med bestämmelser som gav franchisetagaren ensamrätt till franchisegivarens varumärke och andra kännetecken inom detta område och en skyldighet för franchisegivaren att ej öppna ytterligare butiker inom sitt tilldelade område. Detta medföljde en uppdelning av marknaden vilken var i strid med artikel 85.1. Men återigen, liksom i Pronuptia, beviljades undantag enligt artikel 85.3 för dessa avtalsbestämmelser. För att beviljas undantag var dock Yves Rocher tvungna att modifiera avtalet så att klausulerna blev mindre rigorösa gentemot franchisetagare och deras interna priskonkurrens. I beslutet gav Kommissionen uttryck för sitt gillande av s k inommärkeskonkurrens (intra-brand competition)⁶⁶, dvs konkurrens mellan återförsäljare av samma varumärke.

Computerland⁶⁷

Beslutet i Computerland utmärktes av flera särskilda omständigheter. Även här fanns bestämmelser om exklusivitet rörande både område och varumärke och andra kännetecken, men avtalet innehöll också en skyldighet för franchisetagare att bara sälja till slutförbrukare (end users) eller till andra franchisetagare vilket befanns vara i strid med artikel 85.1. Kommissionen påpekade att det i vissa franchisenät kan vara motiverat med ett förbud för franchisetagare att sälja till andra återförsäljare utanför nätet för att skydda identitet eller renommé vilket skulle kunna skadas eftersom ingen know-how överförs till de utomstående. I det aktuella fallet såldes dock datorer och annan datautrustning under andra varumärken än Computerland. Franchiserätten rörde bara inredning av butik, rätten att få sälja under Computerlands varumärke och andra kännetecken. Därför kunde enligt Kommissionen ej heller Computerlands identitet eller renommé skadas genom vidareförsäljning till andra återförsäljare av datorer som bar varumärken från varje individuell tillverkare. Restriktionen var sålunda konkurrensbegränsande⁶⁸. Men denna begränsning uppvägdes av förhållanden i den aktuella branschen som innebar att en återförsäljare

⁶⁵ Kommissionens beslut Yves Rocher (87/14/EEC) OJ 1987, L8/49

⁶⁶ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 50

⁶⁷ Kommissionen beslut Computerland (87/407) OJ 1987, L222/12

⁶⁸ Kommissionens beslut Computerland, beslutsskäl 26

kunde vara medlem av ett franchisenät som Computerland och samtidigt vara utvald återförsäljare i ett nät av selektiv distribution. En franchisetagare för Computerland som samtidigt deltar i två återförsäljarnät måste enligt Kommissionen kunna uppfylla skyldigheter och utöva rättigheter för båda systemen. I enlighet med detta beviljade Kommissionen undantag, dock först efter att avtalet modifierats någon, särskilt avseende bestämmelserna om icke-konkurrens som i avtalet befanns onödigt vida⁶⁹.

ServiceMaster⁷⁰

ServiceMaster är det enda av dessa fem Kommissionsbeslut som rör servicefranchising. Avtalet avsåg städtjänster till privatpersoner och företag under ServiceMasters instruktioner och tillhandahållande av varor som var direkt knutna till utförandet av den ifrågavarande tjänsten. Fallet är intressant också av den anledningen att Kommissionen gjorde bedömningen att know-how som är knuten till en servicefranchise är av särskild betydelse och tillmätts större vikt än know-how knuten till en distributionsfranchise. Vidare diskuterade Kommissionen ganska utförligt kring inom- och mellanmärkeskonkurrens och fann att mellanmärkeskonkurrensen på marknaden var mycket hög och att inga inträdeshinder fanns till marknaden. Även inommärkeskonkurrensen befanns vara väl bevarad i det att franchisetagarna inbördes kunde konkurrera med priset och tilläts verka i andra franchisetagares områden⁷¹. Även i detta fall, efter tillägg i franchiseavtalet som skulle garantera inommärkeskonkurrensen, beviljades undantag enligt 85.3.

Charles Jourdan⁷²

Charles Jourdan är ett komplext fall och ett mycket extensivt beslut. Detta beror på det faktum att Charles Jourdan hade ett komplicerat system för distribution av sina produkter genom fyra olika typer av affärsställen: butiker som ägdes av Charles Jourdan koncernen själva, butiker med franchisekontrakt, butiker som hade franchiserättigheter men också sålde andra konkurrerande varor och vanliga återförsäljare som sålde Charles Jourdan utan annan legal bindning än att sälja produkterna under varumärket.

Beslutet rör bara de två formerna av franchising. Som i de övriga besluten var Charles Jourdan tvungen att ändra vissa bestämmelser i sitt franchisekontrakt för att tillmötesgå de krav Kommissionen uppställde. Framförallt betonades vikten av att tydliggöra att franchisetagarna inte var

⁶⁹ Kommissionens beslut Computerland, beslutsskäl 33-36

⁷⁰ Kommissionens beslut ServiceMaster (88/604/EEC) OJ 1988, L332/38

⁷¹ Kommissionens beslut ServiceMaster, beslutsskäl 27

⁷² Kommissionens beslut Charles Jourdan (89/94/EEC) OJ 1989, L35/31

bundna till de priser som franchisegivaren skickade ut i kataloger med riktpriiser. När väl detta var gjort godtogs avtalen och de beviljades undantag enligt 85.3.

Gruppundantaget för franchiseavtal

Efter att de tre första av ovan redovisade fall hade avgjorts ansåg sig Kommissionen ha skaffat nödvändig erfarenhet av franchising och började skissa på en gruppundantagsförordning. Kommissionen hade dock inte ens efter avgörandet av det femte ärendet skaffat sig någon erfarenhet från franchising på industriområdet vilket också framgår också av ingressen där det stadgas att förordningen inte gäller för franchising på industriområdet⁷³. Förordningen antogs 30 november 1988, två och ett halvt år efter domstolens beslut i Pronuptia.

Det finns också ett svensk franchisegruppundantag⁷⁴ vilket bygger på EU:s gruppundantag. I den svenska förordningen finns dels en bilaga innehållande EU:s gruppundantag, dels en del med de svenska anpassningarna. I huvudsak är det svenska gruppundantaget identiskt med det som gäller inom EU.

Det faktum att det existerar två gruppundantag vilka i det närmaste är identiska innebär att vi har en nationell förordning vilken undantar vissa bestämmelser i franchiseavtal från förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 6§ konkurrenslagen, men också en internationell reglering vilket undantar motsvarande avtal som strider mot artikel 85.1 i Romfördraget. De olikheter som finns mellan de två förordningarna rör främst giltighetstid, geografisk tillämplighet samt att det invändningsförfarande som återfinns i EU:s gruppundantag inte har någon motsvarighet i det svenska gruppundantaget.⁷⁵ Dessa skillnader kommer inte vidare att beröras utan framställningen i fortsättningen koncentreras på EU:s gruppundantag och de materiella bestämmelser däri som vi ju också återfinner i den svenska versionen med några få marginella undantag.

⁷³ Punkt 4 i ingressen till Förordning 4087/88

⁷⁴ Förordning (1993:79) om gruppundantag enligt 17§ KL (1993:20) för franchiseavtal

⁷⁵ Rolf Larsson, Pär Remnelid, a a, s 35f

Ingressen till Förordning 4087/88

Den legala betydelsen av preambeln

Enligt artikel 190 i Romfördraget måste förordningar vara försedda med de skäl och legala överväganden på vilka de baseras. Detta innebär att Kommissionens förordningar inleds med en preambel innehållande ett antal punkter där Kommissionen uppfyller denna skyldighet genom att uppräknat de överväganden som gjorts och som förordningen innehåller.⁷⁶ Man återfinner här det materiella innehållet vilket förordningen reglerar, om än i andra ord, eftersom ingressen är menad att vara en förklaring och ett stöd och ej enbart en upprepning.

Den viktigaste legala konsekvensen av preambeln är att den används vid tolkning av de materiella bestämmelserna i de olika artiklarna. Det gör den till en viktig och levande del av förordningen och ett bra instrument för förståelse.

Kommentarer till preambeln

Inte alla punkter i ingressen är viktiga men en del av dem innehåller information av betydelse och de skall här kort återges.

I punkt 2 återfinns ett uttalande om att franchiseavtal huvudsakligen består av licenser vilka är förenade med begränsningar beträffande leverans och inköp av varor för rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter rörande varumärken, skyltar och know-how. I nästa punkt stadgas att Kommissionen skiljer mellan tre typer av franchising: franchising på industriområdet vilket innebär tillverkning av varor, franchising på distributionsområdet vilket avser försäljning av varor och servicefranchising vilket avser tillhandahållandet av tjänster. I punkten 4 inskränks sedan förordningens tillämplighet till att omfatta de två sista typerna: franchiseavtal enligt vilka en av parterna levererar varor eller tillhandahåller slutförbrukare tjänster. Franchising på industriområdet, vilket oftast innebär horisontella avtal mellan producenter, omfattas således ej.

I punkten 5 står att förordningen omfattar franchiseavtal mellan två företag, att den även omfattar fall där förhållandet mellan franchisetagare och franchisegivare etableras genom ett tredje företag, en huvudfranchisetagare, samt att franchising rörande partihandel ej omfattas pga Kommissionens bristande erfarenhet på området.

⁷⁶ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 64

I punkt 6 till 10 uppräknas sedan rekvisiten för undantag enligt artikel 85.3 vilket inte kommenteras närmare.

Vidare sägs i punkten 11 att det i förordningen också upptas bestämmelser som är vanliga i franchiseavtal och som regel inte är konkurrensbegränsande, men om de av särskilda skäl skulle strida mot artikel 85.1 omfattas också de av undantaget. Uppräkningen är inte uttömmande men listar speciellt bestämmelser som är nödvändiga antingen för att bevara nätets gemensamma identitet eller anseende eller för att förhindra att den know-how som meddelas kommer konkurrenter till godo.

I punkten 12 stadgas att möjligheten till parallellimport alltid måste bibehållas och att det därför alltid måste finnas möjlighet till leveranser mellan franchisetagarna. Det stadgas också om en skyldighet för franchisetagarna att ange sin ställning som självständiga företagare.

Enligt punkt 13 skall det i förordningen uppräknas klausuler vilka ett franchiseavtal inte får innehålla och som generellt kan sägas inte komma att beviljas undantag. Det rör bestämmelser om marknadsdelning mellan konkurrerande tillverkare, bestämmelser som på ett otillbörligt sätt begränsar franchisetagares val av leverantör eller kunder och fall där franchisetagaren åläggs begränsningar i sin prissättning.

I punkten 14 återfinns bestämmelser om invändningsförfarandet, dvs att avtal som inte automatiskt omfattas av gruppundantaget ändå kan beviljas undantag om de anmäls till Kommissionen och Kommissionen ej invänder inom en viss tid.

Slutligen säger punkt 16 i preambeln att avtal som är automatiskt undantagna enligt denna förordning inte behöver anmälas och punkten 17 anger att avtal som till viss del är undantaget enligt förordningen inte samtidigt kan dra fördel av bestämmelserna i ett annat gruppundantag. Det är inte möjligt att få vissa klausuler i ett avtal undantagna enligt en gruppundantagsförordning och sedan andra klausuler i samma avtal undantagna med stöd av en annan förordning.

Artikel 1- inledande bestämmelser och definitioner

Artikel 1.1

Enligt fördragets artikel 85.3 och på de villkor som föreskrivs i denna förordning förklaras att fördragets artikel 85.1 inte gäller franchiseavtal i vilka två företag är parter och som innehåller en eller flera av de begränsningar som uppräknas i artikel 2.

Termen företag tolkas vitt i konkurrensrätten vilket torde innebära att skyldigheter som läggs på en franchisetagare också kan göras gällande mot med honom förbundna företag t ex ägarföretag. I ett rättsfall har EG-domstolen avgjort att flera företag får anses konstituera en avtalspart om de tillsammans utgör en ekonomisk enhet, dvs om de har samma ägare eller är tätt förbundna i en koncern eller liknande.⁷⁷

För att gruppundantaget skall vara tillämpligt krävs också att det aktuella avtalet innehåller någon av de begränsningar som uppräknas i artikel 2. Följaktligen gäller *é contrario* att ett franchiseavtal som inte innehåller några av de i artikel 2 listade begränsningarna inte omfattas av gruppundantaget.

Artikel 1.2

Här stadgas att förordningen också är tillämplig på avtal mellan franchisegivare och huvudfranchisetagare. Huvudfranchiseavtal definieras nedan i artikel 1.3 c.

8.2.3 Artikel 1.3 a “Franchise”

Franchise: en uppsättning rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter avseende varumärken, firmabeteckningar, butiksskyltar, bruksmönster, mönster, upphovsrätter, know-how eller patent, som utnyttjas vid återförsäljning av varor eller tillhandahållande av tjänster till slutanvändare

Slutanvändare är både konsumenter och yrkesmässiga användare. Vidare är det tillräckligt att en av rättigheterna återfinns i avtalet för att det skall räknas som ett franchiseavtal i gruppundantagets mening. Know-how måste dock alltid överföras för att det skall anses som ett franchiseavtal.⁷⁸

Artikel 1.3 b ”Franchiseavtal”

Denna definition klargör vilka avtal som faller in under gruppundantaget och syftar inte till att ge en generell definition på vad ett franchiseavtal är.

Franchiseavtal: ett avtal enligt vilket ett företag, franchisegivaren, till det andra företaget, franchisetagaren, mot direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag upplåter rätten att utnyttja en franchise för att marknadsföra angivna slag av varor och/eller tjänster; det omfattar åtminstone följande skyldigheter:

- *skyldigheten att använda ett gemensamt namn eller en gemensam butiksskylt och en enhetlig utstyrsel av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen,*

⁷⁷ Mål 170/83 Hydrotherm Gerätebau GmbH vs Firma Compact, (1984), ECR, s 2999

⁷⁸ Rolf Larsson, Per Remnelid, a a, s 48

- skyldigheten för franchisegivaren att meddela know-how till franchisetagaren,
- skyldigheten för franchisegivaren att kontinuerligt under avtalstiden lämna tekniskt eller kommersiellt bistånd till franchisetagaren

Definitionen förutsätter att direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag lämnas till franchisegivaren. Normalt torde detta lämnas i form av royalty, kanske i kombination med en betalning up-front dvs en initial engångsbetalning.

Artikel 1.3 c ”Huvudfranchiseavtal”

Huvudfranchiseavtal: ett avtal enligt vilket ett företag, franchisegivaren, till det andra företaget, huvudfranchisetagaren, mot direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag upplåter rätten att utnyttja en franchise för att träffa franchiseavtal med tredje man, franchisetagarna

Tidigare har konstaterats att gruppundantaget endast är tillämpligt på avtal mellan två företag. Det rör sig dock även här om avtal mellan två företag: mellan franchisegivare och huvudfranchisetagare och mellan huvudfranchisetagare och de enskilda franchisetagarna. Trots detta kommer antagligen de flesta huvudfranchiseavtal att falla utanför gruppundantaget då de pga franchisegivarens behov av att skydda sina rättigheter, varumärken, patent, upphovsrätt eller annat, utformas som trepartsavtal för att franchisetagaren skall erkänna franchisegivarens rättigheter. På detta sätt kan nämligen franchisegivaren hävda sina rättigheter gentemot franchisetagaren vilket han naturligtvis vill ha möjlighet att göra.⁷⁹

Artikel 1.3 d ”Franchisegivarens varor”

Franchisegivarens varor: varor tillverkade av franchisegivaren eller enligt dennes anvisningar och/eller försedda med dennes namn eller varumärke

Det är inget krav enligt 1.3 b ovan att avtalsprodukterna skall vara franchisegivarens varor men denna definition har betydelse vid tolkningen av 2 a, 2 e och 4 b.

Artikel 1.3 e ”De i avtalet angivna lokalerna”

De i avtalet angivna lokalerna: de lokaler som används för utnyttjandet av franchise eller, om franchise utnyttjas utanför dessa lokaler, den plats varifrån franchisetagaren opererar med de transportmedel som används för utnyttjandet av franchise (de i avtalet angivna transportmedlen)

⁷⁹ Valentine Korah, a a, s 46

Franchisetagaren kan i avtalet åläggas att endast utnyttja franchisen från de angivna lokalerna enligt artikel 2 c, varför denna definition är viktig.

Artikel 1.3 f ”Know-how”

I artikel 1.3 b innehåller definitionen av ett franchiseavtal överföringen av know-how, vilket är en nödvändig beståndsdel om ett avtal skall kunna karaktäriseras som ett franchiseavtal. Definitionen av know-how lyder:

Know-how: en samlad icke-patentskyddad praktisk information som är resultatet av franchisegivarens erfarenhet och provning och som är hemlig, substantiell och identifierad

Know-how kan enligt franchisegruppundantaget vara av både teknisk och kommersiell natur till skillnad från definitionen av know-how i Teknikförordningen där den enbart kan vara av teknisk natur. När det gäller hemlig, substantiell och identifierad är dessa rekvisit kumulativa dvs de måste vara uppfyllda alla tre för att viss information skall anses som know-how.

Artikel 1.3 g-i ”Hemlig, substantiell och identifierad”

I artikel 1.3 g – i definieras sedan hemlig, substantiell och identifierad. Hemlig innebär att informationen ej skall vara tillgänglig för andra än för de som erhållit den från franchisegivaren.

Substantiell innebär att informationen skall öka franchisetagarens förmåga att konkurrera och prestera, dvs att franchisetagaren ej skulle nått samma resultat utan denna information.⁸⁰

Att informationen också skall vara identifierad innebär att ifrågavarande know-how måste vara dokumenterad.

Artikel 2 – tillåtna begränsningar

Artikel 2 a och 2 b – exklusivt områdesskydd för franchisetagare

Skyldigheten för franchisegivaren att inom ett visst område inom den gemensamma marknaden – det avtalade området – inte

- *till tredje man överlåta rätten att helt eller delvis utnyttja franchisen,*
- *själv utnyttja franchisen eller enligt ett liknande system marknadsföra de varor eller tjänster som omfattas av franchisen,*
- *själv leverera franchisegivarens varor till tredje man*

⁸⁰ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 82

Med denna artikel säkras franchisetagarens ensamrätt till det avtalade området och de avtalade kännetecknen. GD sade i Pronuptia, med hänvisning till Consten/Grundig⁸¹, att begränsningar av detta slag utgör en konkurrensbegränsning enligt artikel 85.1 då avtalet rör ett välkänt märke eller kännetecknen. GD sade dock också i detta sammanhang att det finns risk för att en franchisetagare ej vågar sig in i ett samarbete med franchisegivaren om han inte vet att han åtnjuter ett visst skydd från konkurrenterna genom en ensamrätt varför dylika klausuler bör undantas.⁸² Detta aktualiserar inte längre något problem eftersom Kommissionen utställt ett generellt gruppundantag där klausulerna undantas. Rör det sig sålunda om ett mindre välkänt och utbrett märke strider ett exklusivt områdesskydd ej mot artikel 85.1 och rör det ett välkänt märke strider det mot artikel 85.1 men undantas enligt gruppundantaget.⁸³

Skyldigheten för huvudfranchisetagaren att inte utanför sitt avtalade område träffa franchiseavtal med tredje man

Artikel 2 b kan sägas vara en vidareutveckling av artikel 2 a och gör det möjligt att ge skydd åt franchisetagare mot konkurrens från andra franchisetagare utsedda av huvudfranchisetagare från ett annat område.

Artikel 2 c – att utnyttja franchisen bara från de i avtalet angivna lokalerna

Skyldigheten för franchisetagaren att utnyttja franchisen enbart från de i avtalet angivna lokalerna

Denna bestämmelse förbjuder franchisetagaren från att öppna ytterligare butiker och är en överträdelse av artikel 85.1 som är undantagen enligt gruppundantaget. Om bestämmelsen är nödvändig för att bevara franchisenätets renommé eller anseende strider den, enligt GD i Pronuptia, dock ej mot artikel 85.1.⁸⁴ Bestämmelsen innebär också att franchisetagaren ej kan flytta sitt affärsställe utan franchisegivarens samtycke.⁸⁵ Detta gäller även transportmedel.⁸⁶

Artikel 2 d – förbud mot aktiv försäljning

Skyldigheten för franchisetagaren att avstå från att utanför sitt avtalade område söka kunder till de varor eller tjänster som omfattas av franchisen

⁸¹ 56,58/64 Etablissements Consten SA et Grundig-Verkaufs-GmbH /. Kommissionen (1966) ECR 299

⁸² Pronuptia, domskäl 24

⁸³ Valentine Korah, a a, s 53

⁸⁴ Pronuptia, domskäl 17

⁸⁵ Jämför artikel 3.2 nedan

⁸⁶ Se artikel 1.3 e ovan

Denna bestämmelse tillåter alltså ett förbud för franchisetagaren att aktivt söka kunder och sälja utanför sitt avtalsområde.⁸⁷ Det är motsatsvis dock inte förenligt med gruppundantaget att ålägga franchisetagaren ett förbud mot passiv försäljning dvs ett förbud mot att sälja till uppsökande kunder utanför avtalsområdet, vilket också framgår av artikel 5 g där det stadgas att gruppundantaget ej är tillämpligt om franchisetagare förpliktigas att ej leverera varor eller tjänster som omfattas av franchisen till slutanvändare på grund av deras vistelseort.

Artikel 2 e – begränsningar i franchisetagarens sortiment

Skyldigheten för franchisetagaren att inte tillverka, sälja eller i samband med tillhandahållande av tjänster använda varor som konkurrerar med franchisegivarens varor som omfattas av franchisen; om föremålet med franchisen är försäljning eller användning i samband med tillhandahållandet av tjänster av såväl vissa typer av varor som reservdelar eller tillbehör till dessa, får inte denna skyldighet åläggas i fråga om dessa reservdelar eller tillbehör

GD uttalade i Pronuptia att en förpliktelse på franchisetagaren att enbart sälja varor från franchisegivaren eller från leverantörer denne valt måste betraktas som nödvändiga för att skydda franchisenätets renommé, dock under förutsättning att franchisetagaren har möjlighet att köpa från andra franchisetagare⁸⁸, vilket också framgår av artikel 4 a. Skyldigheten gäller bara för de varor som är det huvudsakliga föremålet för franchisen. Skyldigheten får inte omfatta reservdelar eller tillbehör till avtalsvarorna. Här blir en gränsdragning mellan de varor är det huvudsakliga föremålet för franchisen och tillbehör därtill av förklarliga skäl svår att göra. Är senapen till Pölsemannens korvar tillbehör eller ingår de i huvudvaran?

Artikel 3 – den vita listan

Begreppet den ”vita listan” antyder att det är fråga om bestämmelser som normalt inte anses konkurrensbegränsande och sålunda ej strider mot artikel 85.1 och inte heller behöver undantas enligt 85.3. Listan är som framgår av ingressen inte uttömmande.⁸⁹

Artikel 3.1

Artikel 1 gäller oavsett om franchisetagaren åläggs någon av följande skyldigheter, i den mån de är nödvändiga för att skydda franchisegivarens

⁸⁷ Jämför med motsvarande bestämmelser i Gruppundantagsförordningarna 1983/83 artikel 2, 2 st, c och 240/96 artikel 1, 1 st, nr 5

⁸⁸ Pronuptia, domskäl 21

⁸⁹ Ingressen p 11

rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter eller bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende:

Härefter upprädas en rad skyldigheter för franchisetagaren vilka är tillåtna att pålägga honom så länge det är nödvändigt för att skydda franchisegivaren immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende. Är skyldigheterna ej nödvändiga för detta syfte faller de utanför gruppundantagets tillämpningsområde. Huruvida förpliktelsen är nödvändig eller ej beror av fakta i det aktuella fallet och den ekonomiska kontext i vilken avtalet är slutet.⁹⁰

Artikel 3.1 a – objektiva minimikrav

Att uteslutande sälja eller i samband med tillhandahållandet av tjänster använda varor som uppfyller de objektiva minimikrav beträffande kvalitet som anges av franchisegivaren

Som vi sett också sett ovan i artikel 2 e tillåter gruppundantaget att franchisetagaren åläggs vissa begränsningar rörande inköp av avtalsvarorna. Enligt artikel 3.1 a kan franchisetagaren åläggas att uteslutande sälja, eller i samband med tillhandahållandet av tjänster uteslutande använda, varor som uppfyller vissa av franchisegivaren stipulerade objektiva minimikrav rörande kvalitet. Detta förutsätter dock att begränsningen i franchisetagarens frihet att fritt välja varor är nödvändig för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende. Det förutsätter också, enligt artikel 5 b, att inte franchisetagaren på detta sätt hindras från att få leveranser av motsvarande kvalitet som de som erbjuds av franchisegivaren, om ej annat följer av artiklarna 2 e eller 3.1 b.

Artikel 3.1 b – endast franchisegivarens varor

Att sälja eller i samband med tillhandahållande av tjänster använda varor som tillverkas endast av franchisegivaren eller av tredje man som är utsedd av denna, om det på grund av karaktären av de varor som omfattas av franchisen inte är praktiskt möjligt att tillämpa objektiva kvalitetsspecifikationer

I vissa branscher är det svårt att uppställa objektiva kvalitetskrav, som t ex när det gäller modeprodukter, och det kan då vara tillåtet med en klausul i franchiseavtalet som ålägger franchisetagaren att enbart köpa från franchisegivaren och av denne godkänd leverantör.⁹¹ Detta gäller dock inte enligt artikel 5 b, om ej annat följer av artikel 2 e, om franchisetagaren är skyldig att sälja varor eller i samband med tillhandahållandet av tjänster som

⁹⁰ Pronuptia, domskäl 27

⁹¹ Pronuptia, domskäl 21

tillverkats av franchisegivaren, och franchisegivaren av andra skäl än för att skydda sina immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende, vägrar att som auktoriserade tillverkare utse tredje man som föreslås av franchisetagaren.

Artikel 3.1 c – konkurrensklausul

Att inte direkt eller indirekt bedriva liknande verksamhet inom ett område där den skulle konkurrera med en medlem av franchisenätet, däri inbegripet franchisegivaren; franchisetagaren kan vara bunden av denna skyldighet efter avtalets upphörande under en skälig tidsperiod, som inte får överstiga ett år, inom det område där han utnyttjat franchisen

GD uttalade i Pronuptia att med hänsyn tagen till att undvika risken att överfört know-how eller annan kunskap kommer konkurrenter till godo skall en förpliktelse på franchisetagaren att ej öppna liknande verksamhet i avtalsområdet, även efter avtalets giltighetstid, inte anses strida mot artikel 85.1.⁹²

Artikel 3.1 d – ej förvärva inflytande över konkurrent

Att inte förvärva sådana ekonomiska intressen i ett konkurrerande företags kapital som skulle ge franchisetagaren möjlighet att påverka företagets ekonomiska skötsel

Också denna bestämmelse kan ses som en konsekvens av GD:s uttalande om konkurrensklausuler som refererats ovan. Know-how och annan kunskap skall inte komma konkurrerande verksamheter till godo.

Artikel 3.1 e – kundrestriktioner

Att sälja de varor som omfattas av franchisen endast till slutanvändare, andra franchisetagare och återförsäljare inom andra distributionskanaler som har inrättats av tillverkaren av dessa varor eller med dennes samtycke

Med stöd av denna bestämmelse kan franchisegivaren försäkra sig om att inga oauktoriserade återförsäljare skadar franchisenätet, dess identitet och renommé.

Artikel 3.1 f – best effort

Att på alla sätt anstränga sig för att sälja de varor eller tillhandahålla de tjänster som omfattas av franchisen; att saluföra en minimisortiment av

⁹² Pronuptia, domskäl 16

varor, uppnå en minimiomsättning, planlägga sina beställningar i förväg, hålla minimilager och tillhandahålla kund- och garantiservice

Dessa skyldigheter har liknande motsvarigheter i gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal. De skulle dock troligen bedömas som stridande mot artikel 85.1 om de återfanns i ett selektivt distributionsavtal.⁹³

Artikel 3.1 g – reklam

Att till franchisegivaren betala en angiven andel av sina intäkter för att täcka reklamutgifter samt själv göra reklam, vars utformning i förväg skall godkännas av franchisegivaren

Även denna bestämmelse har sitt ursprung i Pronuptia där GD uttalade att det ej är i strid med artikel 85.1 att ålägga franchisetagare en skyldighet att utforma sin marknadsföring i enlighet med franchisegivarens instruktioner. Detta motiveras med att det kan vara nödvändigt för att bevara nätets gemensamma identitet.⁹⁴

Artikel 3.2

Begränsningarna som är listade under artikel 3.2 är ovillkorligen förenliga med gruppundantaget och kräver ej såsom under artikel 3.1 att de aktuella begränsningarna är nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller för att skydda franchisenätets gemensamma identitet och anseende. De skyldigheter som uppräknas är normalt inte konkurrensbegränsande över huvud taget men skulle de i det enskilda fallet anses strida mot artikel 85.1 är de likväl undantagna enligt artikel 3.3.

Artikel 3.2 a – sekretess

Att inte för tredje man röja det know-how som meddelas av franchisegivaren; franchisegivaren kan vara bunden av denna skyldighet efter avtalets upphörande

Det är en naturlig förpliktelse för franchisetagaren. Utan denna säkerhet skulle en franchisegivare aldrig överföra någon know-how och avtal skulle aldrig komma till stånd.⁹⁵ Det förutsätts dock att aktuellt know-how är hemligt, substantiellt och identifierat enligt artikel 1.3 f. Om detta know-how blivit allmänt känt eller tillgängligt på annat sätt än genom franchisetagarens avtalsbrott är det dock ej förenligt med gruppundantaget att ålägga franchisetagaren en sekretessskyldighet efter avtalstidens upphörande, enligt artikel 5 d.

⁹³ Rolf Larsson, Pär Remnelid, a a, s 75

⁹⁴ Pronuptia, domskäl 22

⁹⁵ Fejø, a a, s 327

Artikel 3.2 b – grant back

Att till franchisegivaren meddela de erfarenheter som han vinner vid utnyttjandet av franchisen och att till denne och till andra franchisetagare meddela en icke-exklusiv licens för det know-how som är resultatet av dessa erfarenheter

Kommissionen har i ett beslut uttalat att klausuler innehållande icke-exklusiv grant back gynnar franchisenätet som helhet och bidrar till att höja nätets effektivitet eftersom förbättring då kommer alla nätets deltagare till nytta.⁹⁶

Artikel 3.2 c – underrättelseskyldighet vid intrång i immateriella rättigheter

Att underrätta franchisegivaren om intrång i licensierade rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter, att vidta åtgärder mot den som gör intrång eller att biträda franchisegivaren i rättsliga förfaranden mot den som har gjort intrång

Denna bestämmelse begränsar knappast franchisetagarens möjlighet att agera på marknaden och är därför inte heller att anse som konkurrensbegränsande. I artikel 5 f stadgas dock att franchisegivaren ej får förbjuda franchisetagaren att bestrida giltigheten i de aktuella rättigheterna, finns ett sådant förbud i franchiseavtalet är gruppundantaget ej tillämpligt. Det ligger dock ingen motsägelse i detta eftersom det i det första fallet är hela franchisenätet som riskerar att skadas då franchisegivarens legala rättigheter angrips, medan det i det andra fallet naturligtvis skall finnas en möjlighet för franchisetagare att ifrågasätta huruvida de rättigheter de arbetar under är legitima.⁹⁷

Artikel 3.2 d – begränsad användning av know-how

Att inte använda det know-how som meddelats av franchisegivaren för andra ändamål än utnyttjandet av franchisen; franchisetagaren kan vara bunden av denna skyldighet efter avtalets upphörande

Denna skyldighet för franchisetagaren gör det möjligt för franchisegivaren att meddela know-how utan att riskera att innehållet blir känt.

Artikel 3.2 e – utbildning

Att delta eller låta sin personal delta i utbildning anordnad av franchisegivaren

⁹⁶ ServiceMaster, beslutsskäl 14

⁹⁷ Martin Mendelsohn and Bryan Harris, a a, s 95

Skyldigheten för franchisetagaren att ta del av utbildning från franchisegivaren är också förenligt med gruppundantaget och torde samtidigt vara ett bra sätt att överföra know-how.⁹⁸ Antagligen skulle också en skyldighet att delta i utbildning arrangerad av en annan franchisetagare vara förenligt med gruppundantaget.⁹⁹ Bestämmelsen kan också anses motiverad för att upprätthålla en gemensam standard inom franchisenätet.

Artikel 3.2 f – kommersiella metoder

Att tillämpa de kommersiella metoder som utarbetats av franchisegivaren, inklusive eventuella senare ändringar av dessa, och att använda de licensierade rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter

En franchise innebär att man licensierar ett affärskoncept och metoder för att bedriva affärsverksamhet vilket gör en dylik förpliktelse naturlig. Bestämmelsen är självklart också viktig för att upprätthålla en gemensam identitet och ett gemensamt anseende för franchisenätet som helhet. Dessa argument ligger också bakom artikel 3.2 g och 3.2 h nedan.

Artikel 3.2 g – normer

Att iaktta franchisegivarens normer för utrustning och utstyrsel av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen

Artikel 3.2 h – kontroller

Att tillåta franchisegivaren att genomföra kontroller av de i avtalet angivna lokalerna och/eller transportmedlen, inklusive de varor som säljs och de tjänster som tillhandahålls, samt franchisetagarens lager och redovisning

Artikel 3.2 i – flyttning av lokalerna

Att inte utan franchisegivarens samtycke flytta de i avtalet angivna lokalerna

Denna begränsning är också naturlig i enlighet med ovan sagda men undantaget kan återkallas enligt artikel 8 e om franchisegivaren vägrar låta franchisetagaren flytta sitt affärsställe av annan anledning än för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter, bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende eller kontrollera att franchisetagaren uppfyller sina förpliktelser enligt avtalet.

⁹⁸ Rolf Larsson, Pär Remnelid, a a, s 79

⁹⁹ Valentine Korah, a a, s 73

Artikel 3.2 j – överlåtelse av franchiseavtalet

Att inte utan franchisegivarens samtycke överlåta rättigheter eller skyldigheter enligt franchiseavtalet

Även här måste franchisegivaren kunna motivera ett nekande i enlighet med det som stadgas i 8 e. I ServiceMaster beviljade Kommissionen undantag för en dylik klausul då den ansågs berättigad för att förhindra att franchisegivarens know-how och kunskap kom konkurrenter till godo.¹⁰⁰

Artikel 4 – Nödvändiga villkor

I denna artikel uppräknas ett antal villkor som måste vara uppfyllda för att gruppundantaget skall vara tillämpligt. Dessa villkor är absoluta och strider det aktuella franchiseavtalet mot något av dom gäller ej undantaget i artikel 1.

Artikel 4 a – parallellimport

Franchisetagaren har rätt att köpa de varor som omfattas av franchisen från andra franchisetagare; om sådana varor även säljs genom ett annat nät av auktoriserade återförsäljare, måste franchisetagaren ha rätt att köpa varorna från detta

Ett upprätthållande av parallellimporten är en av konkurrensrättens grundstenar och en klausul där franchisegivaren begränsar möjligheten för gränsöverskridande handel mellan franchisetagare eller andra auktoriserade återförsäljare ett konkurrensrättsligt no-no. Detta framgår också tydligt av ingressen.¹⁰¹

Artikel 4 b – garantiförpliktelser

Om franchisegivaren förpliktigar franchisetagaren att uppfylla garantiförpliktelser avseende franchisegivarens varor, skall denna skyldighet även gälla varor som inom den gemensamma marknaden levereras av någon medlem av franchisenätet eller av andra återförsäljare som lämnar en liknande garanti

¹⁰⁰ ServiceMaster, beslutsskäl 12

¹⁰¹ Ingressen p 12

Denna skyldighet ligger i linje med EU:s strävan mot en gemensam marknad och konsumentskydd vilket också Kommissionen uttalade i Computerland.¹⁰²

Artikel 4 c – självständig ställning

Franchisetagaren är skyldig att ange sin ställning som självständigt företag; detta skall dock inte inkräkta på franchisenätets gemensamma identitet, som följer särskilt av det gemensamma namnet eller den gemensamma butiksskylten och lokalernas och/eller transportmedlens gemensamma utseende

Det sista villkoret i artikel 4 är att franchisetagaren måste ange sin ställning som självständigt företag. Detta anses motiverat av att allmänheten ej skall missuppfatta vem som äger ett visst affärsställe och ansvarar för verksamheten.¹⁰³

Artikel 5 – den svarta listan

I artikel 5 listas de klausuler som är oacceptabla i ett franchiseavtal ur konkurrensrättslig synvinkel. Det innebär att om ett avtal innehåller någon av de klausuler som här räknas upp gäller inte undantaget enligt artikel 1 och avtalet är konkurrensbegränsande, strider mot artikel 85.1 i Romfördraget och kan troligen ej beviljas individuellt undantag enligt 85.3. Det rör sig särskilt om ett antal begränsningar som brukar kallas konkurrensrättsliga no-no's; marknadsdelning mellan konkurrerande tillverkare, situationer där franchisegivaren försöker styra franchisetagarens prissättning samt bestämmelser som på ett otillbörligt sätt styr franchisetagarens val av leverantör eller kunder. De framgår också av ingressen.¹⁰⁴

Artikel 5 a – avtal mellan konkurrenter

Företag som tillverkar varor eller tillhandahåller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade, träffar franchiseavtal beträffande sådana varor eller tjänster

Finns det en dylik bestämmelse i avtalet gäller inte gruppundantaget enligt artikel 1. Det rör horisontella avtal där konkurrenter genom denna bestämmelse hindras från att dela upp marknaden mellan sig.

¹⁰² Computerland, beslutsskäl 23

¹⁰³ Computerland, beslutsskäl 24 och Pronuptia, domskäl 35

¹⁰⁴ Ingressen p 13

Marknaden begränsas inte geografiskt i artikeln vilket innebär att den skulle kunna vara tillämplig på ett franchiseavtal ingånget mellan två producenter av samma vara även om den ena befinner sig i Europa och den andra i USA vilket kan tyckas lite märkligt eftersom de inte agerar eller är konkurrenter på samma marknad.¹⁰⁵

Artikeln verkar vidare bara omfatta horisontella avtal mellan producenter och ej mellan konkurrerande återförsäljare enligt en lexikalisk tolkning.¹⁰⁶

Artikel 5 b och 5 c – val av inköpskälla

Genom dessa artiklar garanteras franchisetagarens frihet att välja sina leverantörer så länge detta inte äventyrar franchisenätets gemensamma identitet och anseende. I artikel 5 b stadgas att artikel 1 inte gäller om:

Franchisetagaren, om inte annat följer av artiklarna 2 e och 3.1 b, hindras från att få leveranser av motsvarande kvalitet som de varor som erbjuds av franchisegivaren

Detta stadgande är troligen mycket sällan tillämpligt eftersom en begränsning av inköpskällorna ofta kan motiveras med hänsyn till nätets gemensamma identitet och anseende.¹⁰⁷ Det är dock inte lika självklart då det gäller reservdelar eller tillbehör.

I artikel 5 c anges att gruppundantaget ej är tillämpligt om franchisetagaren, om inte annat följer av artikel 2 e, är skyldig att sälja eller i samband med tillhandahållande av tjänster använda varor som tillverkas av franchisegivaren eller tredje man som är utsedd av franchisegivaren, och franchisegivaren, av andra skäl än för att skydda sina rättigheter som åtnjuter immateriellt rättsskydd eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende, vägrar att som auktoriserade tillverkare utse tredje man som föreslås av franchisetagaren. Om franchisetagaren använder franchisegivarens varor är en skyldighet i avtalet att ej använda konkurrerande varor undantagen enligt artikel 2 e. Även här kan dock en dylik skyldighet bli tveksam om det rör sig om reservdelar eller tillbehör.

Artikel 5 d – användande av känt know-how efter avtalstidens utgång

Undantaget enligt artikel 1 gäller ej heller om:

Franchisetagaren hindras från att använda licensierat know-how efter avtalets upphörande om detta know-how blivit allmänt känt eller tillgängligt på annat sätt än till följd av att franchisetagaren brutit en förpliktelse

¹⁰⁵ Valentine Korah, a a, s 83

¹⁰⁶ Rolf Larsson, Pär Remnelid, a a, s 86

¹⁰⁷ Valentine Korah, a a, s 83

I begreppet know-how ingår att det skall vara hemligt. Har det kommit till allmän kändedom är det fritt för alla att använda och en förpliktelse för franchisetagaren att ej använda dylikt know-how efter avtalstidens utgång strider mot konkurrensrätten. Däremot får franchisetagaren naturligtvis inte använda allmänt känd know-how i kombination med franchisegivarens varumärke eller annat kännetecken efter avtalstidens utgång.

Artikel 5 e – prisöverenskommelser

Det strider mot gruppundantaget om:

Franchisetagaren direkt eller indirekt av franchisegivaren åläggs begränsningar när det gäller att bestämma försäljningspriser för de varor eller tjänster som omfattas av franchisen, utan att detta inkräktar på franchisegivarens möjlighet att rekommendera försäljningspriser

Detta förbud är ett av de mest rigida i Kommissionens behandling av konkurrensrätten. Prisöverenskommelser eller bruttoprissättning är motsatsen till den marknad man vill skapa inom gemenskapen och sålunda förbjudet. Det gäller oavsett om det sker direkt eller indirekt men inkräktar inte på en franchisegivares möjligheter att rekommendera försäljningspriser, under förutsättning att det inte förekommer något samordnat förfarande.¹⁰⁸ Förekommer det kan undantaget återkallas enligt artikel 8 d. Avgörande är alltså om franchisetagaren i realiteten är fri att bestämma sina priser.

Artikel 5 f – bestridande av immateriella rättigheter

Undantaget enligt artikel 1 gäller vidare inte om:

Franchisegivaren förbjuder franchisetagaren att bestrida giltigheten av de rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter som ingår i franchisen utan att detta inkräktar på franchisegivarens möjlighet att säga upp avtalet om så sker

Normalt har naturligtvis franchisegivaren sina immateriella rättigheter väl skyddade och lagliga och det finns det ingen anledning att pålägga en skyldighet för franchisetagaren att inte angripa desamma. Gör han ändå detta är inte gruppundantaget tillämpligt.

Artikel 5 g – kundrestriktioner

Franchiseavtalet får inte heller innehålla bestämmelser om att:

¹⁰⁸ Pronuptia, domskäl 25

Franchisetagaren förpliktigas att inte inom den gemensamma marknaden leverera de varor eller tjänster som omfattas av franchise till slutanvändare på grund av deras vistelseort

Denna typ av territoriell uppdelning är inte tillåten och återfinns en dylik klausul i avtalet är det stridande mot gruppundantaget. Det är ett konkurrensrättsligt förbud av grundläggande betydelse till hinder mot geografisk uppdelning av marknader.

Artikel 6 och 7 – invändningsförfarandet

Även om ett franchiseavtal ej uttryckligen faller in under gruppundantaget finns det möjlighet att beviljas undantag genom en ansökan till Kommissionen. Förutsättningar för en framgångsrik anmälan är att avtalet inte strider mot den svarta listan i artikel 5 samt att avtalet uppfyller de villkor som anges i artikel 4.¹⁰⁹ Vidare måste anmälan i alla avseenden vara formellt korrekt för att Kommissionen skall behandla den.¹¹⁰

Finner Kommissionen vid sin granskning av anmälan inget hinder mot att bevilja undantag och inte gör någon invändning mot anmälan inom sex månader anses det aktuella avtalet vara förenligt med gruppundantaget och dess artikel 1. Bestämmelserna utvidgar gruppundantaget och är antagligen tillkomna för att undvika en alltför stor mängd individuella undantagsansökningar vilka är betydligt mer arbetskrävande för berörda myndigheter än invändningsförfarandet i gruppundantaget.

I artikel 7 stadgas om Kommissionens och nationella myndigheters sekretesskyldighet vid behandlandet av dessa ärenden. Innehållet i ett franchiseavtal är naturligtvis inte avsett att komma allmänhetens kännedom och artikel 7 reglerar myndigheternas åtaganden rörande detta vid behandlingen av ärenden enligt artikel 6.

Artikel 8 – Kommissionens kompetens att återkalla

Kommissionen kan återkalla ett beviljat gruppundantag om någon av de uppräknade förutsättningarna i artikel 8 är för handen.¹¹¹ Det gäller då ett avtal som är undantaget enligt gruppundantaget ändå har verkningar som är oförenliga med de villkor som anges i Romfördragets artikel 85.3, och särskilt om franchisetagaren ges ett områdesskydd i kombination med någon av nedanstående:

¹⁰⁹ Artikel 6.1

¹¹⁰ Artikel 6.2

¹¹¹ Motsvarande kompetens har även KKV enligt 18§ KL

Artikel 8 a – parallella system

Här stadgas att återkallelse av undantaget kan ske om franchisetagaren åtnjuter ett områdesskydd i kombination med att:

Tillträdet till den relevanta marknaden eller konkurrensen på den i betydande grad begränsas av den samlade verkan av parallella system av liknande avtal träffade av konkurrerande tillverkare eller återförsäljare

Detta kan nämligen avskärma den aktuella marknaden helt från nya aktörer av det enkla skälet att distributionskanalerna är upptagna och att det inte finns plats för fler aktörer. Denna kumulativa effekt av i övrigt godkända franchisesystem gör att Kommissionen kan återkalla ett undantag som följer av ett gruppundantag.

Artikel 8 b – ej effektiv konkurrens

Undantaget kan också återkallas då franchisetagaren åtnjuter områdesskydd och

De varor eller tjänster som omfattas av franchisen inte inom en väsentlig del av den gemensamma marknaden utsätts för effektiv konkurrens från varor eller tjänster som är identiska eller som på grund av sina egenskaper, pris och tilltänkta användning av konsumenterna betraktas som likartade

Här kan alltså Kommissionen eller KKV på basis av en marknadsbedömning återkalla ett avtal som är undantaget enligt gruppundantaget. Motsvarande bestämmelse finns också i flera andra gruppundantag t ex gruppundantagen för ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal.

Artikel 8 c – hindrande av parallellimport

Vidare kan återkallelse ske då franchisetagaren åtnjuter områdesskydd och

Parterna, eller en av dem, hindrar slutanvändare på grund av deras vistelseort från att direkt eller genom mellanhänder inom den gemensamma marknaden få tillgång till de varor eller tjänster som omfattas av franchisen eller utnyttjar skillnader i specifikationerna för dessa varor eller tjänster inom olika medlemsstater för att isolera marknader

Denna bestämmelse vill förhindra att olika priser upprätthålls på olika marknader. Det ligger i den gemensamma marknadens målsättning att uppmuntra parallellimport och Kommissionen eller KKV har här en möjlighet att återkalla undantaget om parallellimport hindras genom avtalsbestämmelser.

Artikel 8 d – prissamarbete

En annan situation då återkallelse är möjlig är då franchisetagaren åtnjuter områdesskydd i kombination med att:

Franchisetagare deltar i samordnade förfaranden beträffande försäljningspriserna på de varor eller tjänster som omfattas av franchisen

Artikel 5 e förbjuder de situationer där franchisegivaren ålägger franchisetagaren begränsningar i prissättningen. Artikel 8 d utvidgar detta till att gälla även horisontella överenskommelser mellan franchisetagare.

Artikel 8 e – otillbörlig kontroll av franchisetagarna

Slutligen kan återkallelse ske då franchisetagaren åtnjuter områdesskydd och

Franchisegivaren utnyttjar sin rätt att kontrollera de i avtalet angivna lokalerna och transportmedlen eller vägrar att tillmötesgå franchisetagarens begäran att flytta de i avtalet angivna lokalerna eller att överlåta sina rättigheter enligt franchiseavtalet av andra skäl än för att skydda franchisegivarens rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd eller immateriella rättigheter, bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende eller kontrollera att franchisetagaren fullgör sina skyldigheter enligt avtalet

Artikel 3 h ger franchisegivaren rätt att kontrollera franchisetagarens lokaler och transportmedel utan att detta skall anses strida mot artikel 85.1 och utan att det skall ske för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende eller för att skydda immateriella rättigheter. Ett återkallande måste då bevisligen ha ett annat syfte än de ovan angivna vilket måste vara svårt att konstatera och torde ske mycket sällan.

Praxis efter Pronuptia¹¹²

Praxis från KKV

Avslutningsvis skall nu fyra beslut från Konkurrensverket granskas lite närmare. De rör svenska franchisesamarbeten och syftet med denna genomgång är att utvärdera hur konkurrensverket förhåller sig till franchising och hur de tillämpar gruppundantaget. Som väntat följer KKV i allt väsentligt GD och Kommissionen men det är ändå intressant med ett tvärsnitt av svensk praxis.

Dukabutikerna¹¹³

Bakgrund

Dukabutikerna, vilka är verksamma inom glas- och porslinsbranschen, ingick franchiseliknande avtal med Duka AB. I avtalen återfanns prisrekommendationer, bestämmelser om butikernas inredning, användande av varumärke och sortiment vilka avsåg att ge butikerna en enhetlig utformning. Duka AB har i anledning av dessa avtal till KKV ansökt om icke-ingripandebesked alternativt individuellt undantag.

KKV:s beslut

Konkurrensverket inleder med att konstatera att ett icke-ingripande besked inte kan bli aktuellt eftersom avtalen i flera avseenden är konkurrensbegränsande och i strid med 6§ KL. Därefter går verket över på möjligheten att bevilja undantag för de aktuella franchiseavtalen i enlighet med 8§ KL. Det förutsätter att fyra kriterier är uppfyllda, två positiva och två negativa. KKV går igenom dessa fyra kriterier och finner att alla är uppfyllda och beviljar sålunda undantag. Intressant med detta beslut är att det kom innan det svenska gruppundantaget och KKV:s bedömning är sålunda baserad på möjligheten att bevilja icke-ingripande besked alternativt individuellt undantag.

Kommentar

Avtalet innehåller många av de karaktäristika som franchiseavtal typiskt innehåller. Butikerna skall delta i marknadsföringsaktiviteter, köpa visst sortiment från franchisegivaren, bedriva verksamheten i vissa lokaler m m.

¹¹² Det har avgjorts ett antal fall rörande franchising i GD och vid Kommissionen efter det att gruppundantaget tillkom. De kommer dock inte att redogöras för utan istället skall vi titta på några beslut ur svensk praxis.

¹¹³ Konkurrensverkets beslut 1431/93 Dukabutikerna

Franchisegivaren meddelade också butikerna cirkapriser genom listor, gemensamt datasystem samt sk serviskort där cirkapriser var angivna som butikens pris. Detta fann KKV inte omfattas av förbudet i 6§ KL eftersom det enbart rörde sig om rekommendationer och inget samordnat förfarande kunde konstateras. Däremot fann verket övriga avtalsbestämmelser i olika grad begränsande för franchisetagarens valfrihet och en begränsning av konkurrensen. Det intressanta är att KKV anser en rad avtalsvillkor, som enligt Pronuptias kriterier om nödvändighet för skydd av immateriella rättigheter eller bevarande av nätets anseende och identitet skulle ansetts icke konkurrensbegränsande, varande i strid med 6§ KL. Tydliga exempel på detta är avtalsvillkoren om gemensam marknadsföring och skyldigheten att hålla visst sortiment. Det kan bero på att beslutet kom innan det svenska gruppundantaget och tidigt i KKV:s praxis rörande franchising eller att KKV inte lagt någon vikt vid kriterierna ur Pronuptia.

Hemglass¹¹⁴

Bakgrund

Beslutet rörde ett standardavtal som Hemglass Sverige AB (Hemglass) tillämpade i förhållande till sina franchisetagare avseende försäljning av glass. Ärendet kom under KKV:s bedömning efter en anmälan om individuellt undantag enligt 8§ KL från Hemglass. Det som bedömdes var franchiseavtalet och tillhörande manual vilka innehöll ett upplåtande av ensamrätt att sälja Hemglass djupfrysta produkter direkt till privathushåll inom ett visst geografiskt område. Franchisetagarna fick även del av Hemglass ekonomiska och tekniska know-how, bl a genom en manual samt rätt att utnyttja Hemglass varumärken.

Hemglass tillhandahöll också system för ekonomisk planering och kontroll samt marknadsföringsaktiviteter. Franchisetagaren skulle sälja produkterna och delta i marknadsföringsaktiviteterna. Försäljningen skulle ske från de i avtalet specificerade fordonen och endast därifrån. Vidare rekommenderade franchisegivaren priser genom förtryckta annonsblad vilka delas ut till hushållen i franchisetagarens område.

KKV:s beslut

KKV börjar med att pröva huruvida avtalet är i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 6§ KL vilket är en förutsättning för att undantag enligt 8§ skall kunna beviljas. Vid denna prövning finner de att avtalen uppfyller de i 6§ KL uppräknade rekvisiten och kommer fram till att vissa bestämmelser i avtalen är konkurrensbegränsande. Detta förutsätter, enligt KKV, att det finns inskränkningar i det aktuella avtalet som ej är nödvändiga för att skydda Hemglass immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende. De villkor som

¹¹⁴ Konkurrensverkets beslut 1765/93 Hemglass

KKV fann gå utöver vad som är nödvändigt var bestämmelser i avtalet om franchisetagarens områdesskydd, att ej sälja Hemglass produkter från andra fordon än de som var godkända av Hemglass och att inte direkt eller indirekt sälja eller tillverka varor som konkurrerar med Hemglass varor. Dessa villkor ansåg KKV vara konkurrensbegränsande i KL:s mening. KKV utredde vidare prisrekommendationerna och konstaterade att prisrekommendationer i sig inte strider mot 6§ KL men att de kan göra det om rekommendationerna ingår som ett led i ett samordnat förfarande. Enligt det aktuella franchiseavtalet skulle Hemglass ange prisrekommendationer på de förtryckta reklamblad som skickas ut till hushåll i de olika distrikten. Detta skulle kunna innebära att Hemglass indirekt fastställer priser på franchisetagarens bekostnad. Hemglass utlovade dock att på de aktuella reklambladen tydligt markera att priserna endast var rekommendationer och att varje återförsäljare var fri att bestämma sina priser. Med detta löfte lät sig KKV nöja och fastslog att prisrekommendationerna inte var i strid med 6§ KL.

Efter att fastslagit att avtalet var i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete övergick KKV till frågan om eventuellt undantag enligt 8§ KL. I beslutet hänvisar KKV till det aktuella gruppundantaget för franchiseavtal och konstaterar utan att närmare motivera att det aktuella franchiseavtalet omfattas av gruppundantaget. De konstaterar slutligen att ingen grund för ett återkallande av avtalet från gruppundantaget finns och beviljar undantag.

Kommentar

KKV fann för det första ett antal bestämmelser i avtalet som var tillåtna med hänsyn till att de var nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter och för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende. De strider inte mot 6§ KL. Vidare konstaterar KKV att vissa bestämmelser i avtalet inte kan anses nödvändiga för detta syfte utan är att se som konkurrensbegränsningar i 6§ KL:s mening. Dessa bestämmelser kan dock anses falla inom gruppundantaget, vilket det i själva verket inte är någon tvekan om, och undantas. Sammanfattningsvis följer KKV Pronuptia i avgränsningen av vad som överhuvudtaget är konkurrensbegränsande och sedan gruppundantaget vid en bestämning av vad som kan undantas.

Radisson¹¹⁵

Bakgrund

Radisson Hotels International Inc. är en USA-ägd global hotellkedja som genom tecknande av franchiseavtal med två hotell i Sverige, Hotel Frösundavik AB och Västerås Plaza AB, ville in på den svenska marknaden. Ansökan kom till KKV från de tre parterna med begäran om icke-ingripande besked alternativt individuellt undantag.

KKV:s beslut

Avtalen omfattar framförallt licens av Radissons varumärke och andra skyddade kännetecken, tillgång till Radissons bokningssystem samt know-how avseende hoteldrift och utbildning av personal. Genom villkoren åläggs de svenska hotellen ett antal restriktioner, vilka begränsar deras kommersiella handlingsfrihet. Franchisetagarna är skyldiga att använda Radissons bokningssystem, de får ej använda andra kännetecken än Radissons utan godkännande, de åtar sig att delta i Radissons marknadsföring och att härvid bara använda godkänt material. Vidare får de svenska hotellen ej anlita managementkonsulter utan Radissons samtycke, ej anställa hotellchef som inte godkänts av Radisson, de måste också delta i utbildning och åtar sig sekretess rörande konfidentiell information och slutligen också att inte överlåta franchiseavtalet utan Radissons godkännande.

KKV hänvisar i sitt beslut till praxis från gemenskapen och då särskilt till den grundläggande principen att franchisegivaren måste kunna överföra know-how och annan assistans till franchisetagaren utan risk för att denna kunskapsöverföring direkt eller indirekt kommer konkurrenter till godo. Franchisegivaren måste också ha möjlighet att ålägga franchisetagaren begränsningar för att upprätthålla skyddet av sina immateriella rättigheter samt franchise nätets gemensamma identitet och anseende. Klausuler i franchiseavtal som syftar till att upprätthålla dessa två villkor är normalt inte konkurrensbegränsande. KKV gör bedömningen att de i avtalet uppräknade avtalsvillkoren alla uppfyller villkoren och sålunda ej är konkurrensbegränsande. De anses nödvändiga för franchisesystemets funktion varmed avtalet inte strider mot 6§ KL och icke-ingripande besked lämnas.

Kommentar

Det intressanta med Radisson-beslutet är att KKV beviljar ett icke-ingripande besked med motivering att alla i franchiseavtalet listade klausuler är nödvändiga för att skydda överförd kunskap, immateriella rättigheter samt identitet och anseende hos nätet. Detta är ett rakt och generöst tillämpande

¹¹⁵ Konkurrensverkets beslut 596/94 Radisson

av grundprinciperna ur Pronuptia. Beslutet skiljer sig härvidlag från beslutet i Dukabutikerna där KKV överhuvud inte nämnde Pronuptia eller principerna därifrån.

ILO Damkonfektion¹¹⁶

Bakgrund

AB ILO Damkonfektion (ILO) hade ingått franchiseavtal med Twilfit och i det aktuella avtalet pålagts en skyldighet att under avtalstiden och ett år därefter inte direkt eller indirekt konkurrera med den verksamhet som bedrivs enligt avtalet. ILO framställde klagomål över detta och hemställde att Konkurrensverket skulle företa en förändring av det som ILO kallar den nya lagen om franchise.

KKV: beslut

KKV börjar med att för ansökaren beskriva de uppgifter KKV ålagts som myndighet och de huvudbestämmelser som KL innehåller nämligen 6§ och 19§. Vidare förklaras de möjligheter till undantag som finns och sedan klargörs för sökanden att det han kallar den nya lagen om franchise egentligen är ett gruppundantag för franchiseavtal. I detta gruppundantags artikel 3.1 c stadgas att det är tillåtet för franchisegivaren att ålägga franchisetagaren skyldigheten att inte konkurrera med den verksamhet som bedrivs, varken direkt eller indirekt, samt att denna skyldighet kan utsträckas att gälla även ett år efter avtalstidens utgång. Det förutsätter dock att en dylik bestämmelse är nödvändig för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller för att bevara franchisenätets gemensamma identitet och anseende.

Efter att ha förklarat detta konstaterar KKV att klausulen i Twilfits franchiseavtal faller in under gruppundantaget och sålunda är fullt tillåten. KKV avslutar med att lite lakoniskt konstatera att de inte på grundval av det anförda finner anledning att företa några förändringar i det aktuella gruppundantaget.

Kommentar

Förutom den lätt ironiska tonen som KKV håller i detta beslut finns det inte mycket spännande att säga, utom möjligen konstatera att verket gör en bedömning vilken baserar sig direkt på gruppundantaget och principerna ur Pronuptia och undviker eventuella längre och mer generellt hållna resonemang.

Svensk praxis i förhållande till Pronutia och

Förordning 4087/88

I tre av de fyra beslut från konkurrensverket vilka redovisats ovan har de svenska myndigheterna utan tvekan applicerat de principer vilka knäslattes i Pronuptia och sedan befästes i efterföljande Kommissionsbeslut och skrevs ned i gruppundantaget för franchiseavtal¹¹⁷. De börjar generellt med en värdering av det aktuella avtalet för att avgöra om villkoren över huvud är att anse som konkurrensbegränsande i konkurrensrättens mening. Det är inte om syftet med bestämmelsen är att skydda överförd know-how eller annan kunskap, eller om syftet är att bevara immateriella rättigheter och franchisenätets gemensamma identitet och anseende. Faller avtalsvillkoren in under dessa två förutsättningar är franchiseavtalet ej konkurrensbegränsande och ett icke-ingripande besked kan utfärdas. Finner man dock begränsningar som går längre än det ovan anförda och att avtalet strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete går man vidare och utvärderar huruvida avtalet kan undantas enligt gruppundantaget eller individuellt.

I KKV:s praxis kan sålunda utläsas att de håller sig inom de ramar vilka GD och Kommissionen satt upp vid bedömning av franchiseavtal och att det alltså inte finns någon diskrepans mellan gemenskapens bedömning och den nationella bedömningen av franchiseavtals konkurrensrättsliga giltighet. Tvärtom verkar de konkurrensrättsliga gränserna för franchisesamarbete rimligt klara. Troligtvis har gruppundantaget inverkat mycket för att klargöra hur de konkurrensvårdande myndigheterna skall göra sin värdering av franchiseavtal.

¹¹⁶ Konkurrensverkets beslut AB ILO Damkonfektion, dnr: 25/95

¹¹⁷ Det avvikande beslutet i Dukabutikerna vilket inte baseras på principerna ur Pronuptia är det äldsta av de fyra och KKV verkar i alla senare beslut klart tillämpa Pronuptia varför Dukabutikerna tillmäts mindre betydelse i min analys.

Slutsats & analys

Franchising innebär en möjlighet att sprida framgångsrika koncept och affärsidéer i varumärkesintensiva branscher. Samarbetsformen växer för varje år och visar de krafter som finns inbyggda i ett starkt varumärke och ett framgångsrikt affärssystem. Franchising är ingen enhetlig avtalstyp utan avtalen kan se mycket olika ut. Det finns inte heller någon ensamt rådande definition men avtalen innehåller i allmänhet vissa gemensamma element: ett firmanamn, varumärke eller annat kännetecken och ett affärssystem med know-how eller annan kunskap som via licens överförs till en franchisetagare mot betalning.

I avtalen ålägger franchisegivare och franchisetagare varandra begränsningar för att skydda sina intressen. De bestämmelser som ingår i avtalen är inte alltid förenliga med den nationella och gemenskapsrättsliga konkurrensrätten och förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete. Längre var franchiseavtal en oklar rättsfigur som levde en osäker tillvaro i skuggan av de hårda konkurrensreglerna. Men i mitten av 1980-talet avgjorde EU-domstolen fallet Pronuptia och gav i sitt avgörande de principer vilka styr bedömningen av ett franchiseavtals förenlighet med konkurrensrätten. Dessa principer är väl återspeglade i det gruppundantag som utfärdades några år efter GD:s dom. I gruppundantaget undantas grupper av franchiseavtal per automatik om de uppfyller villkoren. Även senare praxis både på gemenskapsnivå och på nationell nivå följer grundprinciperna som kom ur Pronuptia och som befästes i gruppundantaget.

Kärnan i den konkurrensrättsliga bedömningen av franchising ligger på två plan. Den första principen som guidar den konkurrensrättsliga bedömningen är huruvida bestämmelserna i det aktuella avtalet kan sägas vara motiverade med hänsyn till att skydda den kunskap eller know-how som överförs till franchisetagaren eller för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter eller franchisenätets identitet och anseende. Detta kan anses vara grundförutsättningar för att en franchisegivare skall vara intresserad av att upplåta några rättigheter och överföra kunskap. Kan begränsningarna i avtalen motiveras med dessa hänsyn är avtalet ej i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete vilket också framgår av gruppundantaget vilken innehåller en exemplifierande lista av klausuler vilka är förenliga med gruppundantaget om de är nödvändiga av ovan nämnda skäl. Detta är sålunda franchiseavtalets kärna, dess förutsättning och absoluta livsvillkor. Märkligt är att GD i Pronuptia klart uttryckte att villkor som var nödvändiga för ovan nämnda skäl inte stred mot artikel 85.1 medan Kommissionen i gruppundantaget stadgar nödvändigheten som ett villkor för undantag. Den andra principen innehåller ett antal konkurrensrättsliga förbud vilka kan sägas vara absoluta. De är konkurrensrättens kärna och dess egentliga grundförbud; marknadsuppdelning, hinder mot parallellimport,

prisöverenskommelser och kunduppdelning. De framgår av den svarta listan i gruppundantaget, är förbjudna och orsakar ett avtal ogiltighet.

Många klausuler i franchiseavtal hamnar naturligtvis mellan de två motstående principerna. Men de skall ändå hänföras till de tillåtna eller otillåtna klausulerna på grundval av huruvida de innehåller villkor som strider mot de grundläggande konkurrensrättsliga förbuden eller om de är motiverade för att skydda överförd know-how, andra immateriella rättigheter eller för att bevara nätets identitet och anseende. De två principerna används i varje avgörande av franchising och är av fundamental betydelse för förståelsen av den konkurrensrättsliga bedömningen av franchiseavtal.

Principerna är enligt min mening klart utmejslade och tillämpade i praxis och i gruppundantaget och tillämpas lika av konkurrensmyndigheter både inom EU och i Sverige. Detta framgår tydligt av de beslut granskade ovan och ger bedömningen av franchiseavtal en enhetlighet och konsekvens vilken är till nytta för förutsägbarheten.

En granskning av gruppundantaget ger dock upphov till ett antal frågeställningar. Den första rör den ovan nämnda diskrepansen mellan GD:s beslut i Pronuptia och artikel 3.1 i gruppundantaget. Avtalsvillkor som är nödvändiga för att skydda överförd kunskap och överförda rättigheter eller för att bevara nätets anseende skall enligt Pronuptia ej anses vara konkurrensbegränsande. I artikel 3.1 i gruppundantaget måste dock vissa avtalsvillkor motiveras av just detta för att anses undantagna vilket innebär att gruppundantaget är mer restriktivt än Pronuptia. Varför klausuler som enligt Pronuptia ej strider mot 85.1 skall behöva undantas enligt gruppundantaget är svårt att förstå.

Nästa frågeställning rör definitionen av de franchiseavtal som är omfattade av gruppundantaget. Denna är något vag och en rad gränsdragningsproblem torde uppkomma då man skall avgöra huruvida ett avtal är en distributions-, service- eller tjänstefranchise.¹¹⁸ Vilken typ tillhör framställandet av hamburgare i en fast food kedja? Produkten inte bara säljs utan bearbetas vilket skulle kunna innebära att det rör sig om en produktionsfranchise och att avtalet faller utanför gruppundantaget, men det skulle också kunna anses vara en servicefranchise och falla inom gruppundantaget. Hur dras gränserna mellan de olika typerna av franchising? De borde framgå tydligare för att öka förutsägbarheten för de avtalsskrivande. Det är dock svårt att dra några klara gränser mellan olika typer eftersom ett franchiseavtal ofta innehåller moment från både produktion-, service- och distributionsfranchising vilket kanske säger mer om avtalstypens lämplighet att gruppundantas än om lagstiftarens kompetens.

En sista frågeställning rör just om franchising till sin natur lämpar sig för ett gruppundantag vilket kan ifrågasättas bl a på grund av ovan nämnda definitionssvårigheter. Franchisingens utbredning i form av nät ger generellt

¹¹⁸ Valentine Korah, a a, s 133

en rad fördelar både för distribution och konsumenter vilket Kommissionen uttalar i preambeln till gruppundantaget och konkurrensvårdande myndigheter ofta konstaterar i sina undantagsprövningar. Franchising alstrar generellt också en hög inommärkeskonkurrens om nätet är någorlunda utbrett och beroende på att föremålet för franchisen oftast är en konkurrensintensiv konsumentvara, också en hög mellanmärkeskonkurrens. Detta innebär enligt min mening att det vore bättre att upprätthålla ett antal konkurrensrättsliga no-no's motsvarande den svarta listan vilka absolut inte godkänns och i övrigt anse villkor i franchiseavtal som godkända och motiverade. Detta skulle också lösa problemet med att gruppundantagen i nuvarande utformning anses stela och används som standardavtal vilket inte gynnar en utveckling av avtalen och dess villkor.

Avslutningsvis kan jag också konstatera att konkurrensvårdande myndigheters bedömning av franchiseavtal i EU och i Sverige verkar vara överensstämmande. Detta har naturligtvis sin förklaring i att det svenska gruppundantaget är identiskt med EU:s och att KKV är väl insatta i Pronuptia och övrig praxis.

Litteraturförteckning

- Curt Axberg Franchising –en handbok, Liber-Hermods 1993
- Coyet, Gustafson m fl Konkurrensrätten inom EU och EES, Göteborg 1994
- Rolf E Ericsson Franchising – en värld av möjligheter, Liber Svenska 1986
- Jens Fejø EU-Konkurrenseret, 2.udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København 1997
- Rosa Greaves EC Block Exemption Regulations, Chancery Law UK 1994
- Jones, van der Woude, Lewis EEC Competition Law Handbook, London 1990
- Valentine Korah Franchising and the EEC competition rules regulation 4087/88, ESC Publishing Limited, Oxford 1989
- Hans Henrik Lidgard Licensavtal i EU, Norstedts Juridik, Stockholm 1997
- Rolf Larsson, Per Remnelid Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, Juristförlaget, Stockholm 1996
- Martin Mendelsohn, Bryan Harris Franchising and the Block Exemption Regulation, Longman Group UK Ltd, 1991
- Martin Mendelsohn m fl Franchising in Europe, Cassel Plc, Avon 1992
- John Naisbitt Megatrender 2000 –tio utvecklingslinjer inför 1990-talet, Stockholm 1990
- Stig Sohlberg Franchisejuridik, Norstedts Juridikförlag, Lund 1991

Rättsfallsförteckning

EU domstolen

56,58/64 Etablissements Consten SA och Grundig-Verkaufs-GmbH ./.
Kommissionen (1966) ECR 299
170/83 Hydrotherm Gerätebau GmbH ./.. Firma Compact, (1984) ECR 2999
161/84 Pronuptia de Paris GmbH ./.. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (1986)
ECR 353
56/65 La Technique Minière ./.. Maschinenbau Ulm (1966) ECR 235

Kommissionen

Kommissionens beslut Campari (78/253/EEC) OJ 1978, L70/69
Kommissionens beslut Pronuptia (87/17/EEC) OJ 1987, L13/39
Kommissionens beslut Yves Rocher (87/14/EEC) OJ 1987, L8/49
Kommissionens beslut Computerland (87/407) OJ 1987, L222/12
Kommissionens beslut ServiceMaster (88/604/EEC) OJ 1988, L332/38
Kommissionens beslut Charles Jourdan (89/94/EEC) OJ 1989, L35/31

Konkurrensverket

Konkurrensverkets beslut 596/94 Radisson
Konkurrensverkets beslut 1431/93 Dukabutikerna
Konkurrensverkets beslut 1765/93 Hemglass
Konkurrensverkets beslut 25/95 AB ILO Damkonfektion

Övriga källor

Officiellt tryck

SOU 1987:17 Franchising, Betänkande av Franchiseutredningen
Proposition 1992/93:56 Ny konkurrenslag
Kommissionens förordning 1983/83 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på grupper av ensamåterförsäljaravtal.
Förordning (1996:341) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för ensamåterförsäljaravtal.
Kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.
Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring.
Kommissionens förordning 1984/83 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på grupper av exklusiva inköpsavtal.
Förordning (1996:342) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för exklusiva inköpsavtal.
Förordning 17/62 om tillämpningen av fördragets artiklar 85 och 86
KKVFS allmänna råd 1993:2
Förordning 19/65 om tillämpningen av fördragets artikel 85(3) rörande vissa kategorier av avtal och samordade förfaranden
Kommissionens förordning 4087/88 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på grupper av franchiseavtal
Förordning (1993:79) om gruppundantag enligt 17§ konkurrenslagen (1993:20) för franchiseavtal

Internet

<http://www.frannet.com/history.html> 1998-02-09
<http://www.smart.net/~cybernet/eobm/mtp/franchis.htm> 1998-02-13
<http://www.francorpinc.com/frangrow.htm> 1998-02-09

Övrigt

Svenska Franchiseföreningens verksamhetsberättelse 1998
EFF/NatWest Franchise Survey, European Franchise Federation 1997
Franchising i Sverige 1997, EFFECTUM Franchise Consulting, Svenska Franchiseföreningen och Ernst&Young
Katja Margell, Sverige välkomnar fler gruppundantag, artikel i Finanstidningen 970814