



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustav Nilsson

Skydd av know-how i franchiseavtal

– en analys av EG:s konkurrensrätt

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Lars Gorton

Förmögenhetsrätt, konkurrensrätt

Höstterminen 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte, problemställningar och avgränsningar	4
1.3 Teori och metod	6
1.4 Material och forskningsläge	7
1.5 Disposition	7
2 BEGREPPSBESTÄMNINGAR	9
2.1 Franchising	9
2.2 Know-how	12
3 SÄTT ATT SKYDDA KNOW-HOW I FRANCHISEAVTAL	14
3.1 Inledande anmärkningar	14
3.2 Sekretess	14
3.3 Ändamål	16
3.4 Konkurrens	16
3.5 Överlåtelse	18
3.6 Kontroll	19
3.7 Återöverföring	20
4 EG:S KONKURRENSRÄTT	21
4.1 Inledande anmärkningar	21
4.2 Grundläggande om konkurrensrätten	21
4.2.1 Konkurrensreglernas syfte	21
4.2.2 Rättskällor	21
4.2.3 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal	22

4.2.3.1	Grundläggande rekvisit	22
4.2.3.2	Bagatellavtal	23
4.2.3.3	Undantagsmöjligheter	25
4.2.3.4	Sanktioner mot överträdelser	26
4.3	Ej konkurrensbegränsande skyldigheter	27
4.3.1	Pronuptia-domen	27
4.3.2	Kommissionsbeslut	30
4.4	Det vertikala gruppundantaget	32
4.4.1	Tidigare rättsläge	32
4.4.2	Utgångspunkter	34
4.4.3	Struktur	35
4.4.4	Allmänt tillämpningsområde	35
4.4.5	Avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter	36
4.4.6	Maximal marknadsandel	38
4.4.7	Svarta klausuler	39
4.4.8	Grå klausuler	40
4.5	Individuella undantag och legalundantag	41
4.5.1	Utgångspunkter	41
4.5.2	Huvudsakliga bedömningsgrunder	43
4.5.3	De fyra undantagskriterierna	44
4.5.3.1	Första villkoret – rationaliseringskriteriet	44
4.5.3.2	Andra villkoret – konsumentkriteriet	46
4.5.3.3	Tredje villkoret – proportionalitetskriteriet	46
4.5.3.4	Fjärde villkoret – ickeeliminationskriteriet	47
5	ANALYS	48
5.1	Ansats	48
5.2	Klausulvis genomgång	50
5.3	Avslutning	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55

Sammanfattning

I detta arbete utreds hur en franchisegivare kan skydda sin know-how i franchiseavtal, med hänsyn till de begränsningar som EG:s konkurrensrätt uppställer. För att göra detta används en tvåstegsmetod. För det första identifieras de klausuler som är ägnade att skydda know-how i franchiseavtal. För det andra undersöks huruvida och i vilken utsträckning dessa klausuler är förenliga med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i EG-fördragets artikel 81.

Skyddet för know-how är ofta av central betydelse för franchisegivare. De betror franchisetagarna, genom att upplåta sitt affärskoncept till dem, med värdefull kunskap om hur verksamheten skall bedrivas. För att förhindra att överförd know-how kommer till konkurrenternas nytta eller annars missbrukas, måste franchisegivaren skaffa sig garantier i avtalet mot detta.

I detta arbete identifieras ett flertal avtalsbestämmelser som kan skydda know-how i franchiseavtal: klausuler om sekretess för överförd know-how, begränsningar av användningsändamål, konkurrensförbud, överlåtelseförbud, förlust av kontroll över franchisetagarens verksamhet samt återöverföring av nyvunnen know-how.

Dessa klausuler kan vara känsliga ur konkurrensrättsligt perspektiv, eftersom de innebär en begränsning av franchisetagarens möjligheter att disponera över sin egendom och över huvud taget fritt ta ekonomiska beslut i sin verksamhet. Uppsatsen avgränsar därvid det konkurrensrättsligt tillåtna området från det förbjudna. Intressant i detta sammanhang är särskilt den s.k. Pronuptia-omen och det vertikala gruppundantaget. Vidare diskuteras förutsättningarna för att tillämpa undantagsbestämmelsen i EG-fördragets artikel 81.3. I analyskapitlet sker en sammanfattande redogörelse för och analys av gällande rätt. Dessutom företas en genomgång av rättsläget för varje individuell klausul som har relevans för skydd av know-how.

Förord

Denna uppsats markerar slutet på min juristutbildning. Som de flesta började jag på den första terminen med diffusa föreställningar om juridik, men med en stark känsla för vad som var rätt och fel. Efter hand under utbildningen har en juridisk identitet – en föreställning om att ”man är jurist” – växt fram och även en insikt om att ens moraluppfattningar i de allra flesta fall kan inrymmas i det juridiska systemet. Detta hoppas jag bygga vidare på i mitt framtida arbete.

Jag vill tacka min familj, min släkt och mina vänner. Särskilt vill jag säga tack till Mikael Andersson och Gorm von Wendt för deras insats med att korrekturläsa uppsatsen. Slutligen vill jag tacka min handledare Lars Gorton för hans värdefulla kommentarer.

Förkortningar

EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen <i>Direkt efter artikelangivelse:</i> Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (Romfördraget) i dess lydelse efter den 1 maj 1999
EU	Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FF	Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nu artikel 81.3) på grupper av franchiseavtal (inte längre gällande)
FHL	Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter
ICC	International Chamber of Commerce
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPs	Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)
VF	Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Franchising är en relativt ny företeelse i Sverige. Först på 1970-talet började begreppet bli känt, men redan innan dess fanns samarbeten som påminde om franchising. Exempelvis utvecklade Anticimex ett franchiseliknande system redan år 1934. Alltsedan 70-talet har franchising som distributionsform växt oavbrutet i Sverige. Idag är några av de mest kända franchisesystemen McDonald's, 7-Eleven, Hemglass, Polarn O. Pyret och Adena Picko's.¹ Enligt en aktuell uppskattning av Svenska Franchiseföreningen omsätter franchiseföretag cirka 100 miljarder kronor och har 100 000 anställda i Sverige.²

Det som utmärker ett franchiseavtal är att en person, franchisegivaren, mot ersättning upplåter sitt affärskoncept till en självständig näringsidkare, franchisetagaren. I konceptet ingår bl.a. franchisegivarens kunskap och erfarenhet av att driva den aktuella rörelsen. Sådan know-how kan vara mycket värdefull. Problemet som uppstår för franchisegivaren är att när han eller hon väl har avslöjat sin know-how går den inte att ta tillbaka. Risken finns att franchisetagaren t.ex. avslöjar informationen för en konkurrent, själv börjar bedriva konkurrerande verksamhet eller blir uppköpt av en för franchisegivaren oönskad person.

Franchisegivaren måste mot denna bakgrund skaffa sig garantier i avtalet om att så inte kommer att ske. Detta kan exempelvis åstadkommas genom att franchisetagaren åläggs att inte avslöja mottagen know-how för tredje man eller att inte bedriva konkurrerande verksamhet. Att ta in sådana klausuler i franchiseavtalet kan dock vara problematiskt ur konkurrensrättslig synvinkel. De medför ju ofta en inskränkning av franchisetagarens möjlighet att fritt ta ekonomiska beslut i sin verksamhet. Då en överträdelse av EG:s konkurrensregler kan resultera i att avtalet förklaras civilrättsligt ogiltigt eller att dryga administrativa böter utdöms, är det av yttersta vikt vid avtalsutformningen att ha kunskap om dessa bestämmelser.

1.2 Syfte, problemställningar och avgränsningar

Denna uppsats syftar till att beskriva och analysera hur en franchisegivare kan skydda sin know-how genom att utforma franchiseavtalet på ett lämpligt sätt och i överensstämmelse med konkurrensrätten. För att göra

¹ Sohlberg, s. 7-8. Larsson och Remnelid, s. 11.

² Dalqvist: "Franchising erövrar nya branscher – förenar fördelarna med stort och smått" i Entreprenör, år 2003 nr 9, s. 39.

detta krävs för det första att de avtalsförpliktelser som kan skydda know-how identifieras. För det andra måste det undersökas huruvida dessa är förenliga med EG-rättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Tonvikten kommer att ligga på frågan vilka hinder som konkurrensrätten uppställer mot användandet av avtalsförpliktelserna.

Begränsningen att endast behandla franchiseavtalet innebär att lagen om skydd för företagshemligheter (FHL)³ i princip inte kommer att beröras, annat än som ett led i att definiera begreppet know-how. Inte heller kommer den allmänna straffrätten eller arbetsrättsliga spörsmål att avhandlas.

Den konkurrensrättsliga inriktningen medför att uppsatsen inte, annat än parentetiskt, tar upp frågor om avtalsbestämmelsernas giltighet med hänsyn till avtalslagen eller annan nationell civilrättslig lagstiftning. Av samma anledning omfattas inte heller frågor som rör den internationella privaträtten. Den civilrättsliga ogiltighet som kan följa av EG-fördragets förbud mot konkurrensbegränsande avtal hör dock till det konkurrensrättsliga området och den kommer därför att behandlas ingående.

Uppsatsen behandlar EG:s konkurrensrätt. Förutom den gällande EG-rätten kommer även det förändrade rättsläget fr.o.m. den 1 maj 2004 att avhandlas. Då upphävs kommissionens rätt att bevilja individuella undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Istället införs ett system där EG-fördragets artikel 81 i sin helhet kommer att ha direkt effekt. Medlemsstaternas domstolar kommer då att vara skyldiga att tillämpa bestämmelsen. Eftersom saken rör tolkning av EG-fördraget har dessa domstolar enligt fördragets artikel 234 möjlighet att begära förhandsavgörande av EG-domstolen.

Den svenska konkurrensrätten har sålunda valts bort. Syftet med denna avgränsning är att kunna gå djupare in i det EG-rättsliga regelverket, vilket i sig utgör en komplex regelmassa. Den som är intresserad av behandlingen av den aktuella frågeställningen i svensk rätt torde dock kunna läsa uppsatsen med viss behållning. Detta beror på att den svenska konkurrenslagen (1993:20) har utformats efter EG-rättslig förebild. Den svenska lagens materiella bestämmelser skall enligt förarbetena tolkas mot bakgrund av den rättspraxis som utvecklas inom EG. Om det i ett särskilt fall råder särskilda förhållanden i Sverige skall det dock beaktas. Även när det gäller undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal för vissa grupper av avtal, s.k. gruppundantag, råder stora likheter mellan systemen. Regeringen har valt att föra över EG:s gruppundantag med endast mindre ändringar till svensk rätt.⁴ Exempel på detta utgörs av regeringsförordningen om gruppundantag för vertikala avtal, vars EG-rättsliga motsvarighet grundligt kommer att behandlas i detta arbete.⁵

³ SFS 1990:409, Lag om skydd för företagshemligheter.

⁴ Prop. 1992/93:56 s. 18-21. Bernitz, s. 20.

⁵ SFS 2000:1193, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal.

1.3 Teori och metod

Den grundläggande metoden som används i detta arbete är den traditionellt juridiska, vilken kan beskrivas som ett användande och en tolkning av de etablerade rättskällorna för att kunna dra slutsatser om gällande rätt. Vid tillämpning av EG-rättsligt material är det viktigt att anamma EG-domstolens speciella tolkningsmetod. Denna präglas av integrationsvänlighet och dynamik. Fördragets bakomliggande syfte är viktiga tolkningsdata för EG-domstolen, liksom ingressen till förordningar och direktiv.⁶ Till exempel sker ofta en teleologisk tolkning när det föreligger skillnader mellan olika språkversioner. Metoden innebär att domstolen fokuserar på att reglernas avsedda effekt skall uppnås.⁷

Perspektivet i detta arbete är, såsom problemställningen utformats, av nödvändighet franchisegivarens. Det är skyddet av dennes know-how som arbetet i största möjliga utsträckning försöker tillgodose.⁸ För ögonen finns primärt ett internationellt franchiseavtal med en franchisegivare i ett EU-land och en franchisetagare i ett annat sådant land.

I syfte att få klarhet över tolkningen av gällande rätt kommer i vissa fall även en historisk metod att användas. Genom att belysa rättsutvecklingen är förhoppningen i synnerhet att klarlägga tillämpningen av det s.k. vertikala gruppundantaget. Detta undantag är av stor betydelse för franchising eftersom det undantar åtskilliga franchiseavtal från det konkurrensrättsligt förbjudna området.

I inledningen på detta arbete har bakgrunden till frågeställningen redan skisserats. Där anges tre faktorer som varje franchisegivare måste beakta: värdet som know-how har, dess vitala del i varje franchiseavtal och problemen som hänger ihop med att skydda den. Dessa svårigheter hänger ihop med den immateriella karaktär som know-how har. Till exempel går det av uppenbara skäl inte att skydda den mot angrepp genom nödvärn eller genom att fysiskt återta den om ett olovligt ingrepp sker. Istället måste franchisegivaren försöka bygga upp ett skydd för sin know-how med hjälp av lagar, särskilt FHL, och avtal. Den senare möjligheten till skydd är begränsad av konkurrensrätten.

En annan sak som ger relevans åt uppsatsens frågeställning är de nyss omnämnda förändringarna av tillämpningen av undantagsbestämmelsen i EG-fördragets artikel 81.3. Företagen och deras juridiska rådgivare kommer under det nya rättsläget inte, genom en anmälan av avtalet, att kunna skjuta över den juridiska bedömningen till kommissionens bord. Istället måste

⁶ Ingressen innehåller motiven till rättsakten. Förordningar, direktiv och beslut måste enligt artikel 253 EG vara motiverade.

⁷ Bernitz och Kjellgren, s. 44-50.

⁸ Uppsatsen har därigenom valt bort franchisetagarens perspektiv. Detta synsätt är intressant vad gäller frågor om information till blivande franchisetagare, uppsägningstid, relation till arbetsrätten etc. Se därvid SOU 1987:17, s. 23, s. 83-113. I förhållande till konkurrensrätten finns det däremot få beröringspunkter.

företagen själva försöka göra de ofta invecklade ekonomiska bedömningar som är nödvändiga för att tillämpa bestämmelsen.

1.4 Material och forskningsläge

I denna uppsats används som källor i första hand EG-rättsligt material, såsom EG-fördraget, förordningar, beslut, tillkännagivanden och rättsfall. Av särskild vikt är därvid EG-fördragets artikel 81, det vertikala gruppundantaget och den s.k. Pronuptia-domen. På grund av den EG-rättsliga inriktningen utnyttjas svenskt offentligt tryck i princip endast i kapitlet om begreppsbestämningar.

I litteraturväg kan, vad gäller konkurrensrättsområdet, särskilt nämnas Bernitz och Kjellgrens bok "Europarättens grunder" samt Korahs och O'Sullivan's "Distribution Agreements under the EC Competition rules". Den förra behandlar EG:s konkurrensrätt i allmänhet och den senare framför allt det nu gällande gruppundantaget för vertikala avtal. Det tidigare gällande gruppundantaget för franchiseavtal är ämnet för Larssons och Remnelids "Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv". Franchising ur juridisk synvinkel avhandlas i Sohlbergs "Franchisejuridik", medan Axberg m.fl. i "Franchising i praktiken" anlägger ett mer ekonomiskt perspektiv. Know-how behandlas i Ståhlros "Företagshemligheter – know how", medan Fahlbeck dryftar företagshemligheter och konkurrensklausuler i boken "Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet – En kommentar".

Hänvisning kommer i förekommande fall att ske till de s.k. europeiska etiska reglerna, vilka har utformats av *European Franchise Federation*. Dessutom har två handledningar till utformandet av franchiseavtal varit till nytta för att beskriva avtalspraxis. Den första är ett modellavtal för internationell franchising, vilket har utformats av *International Chamber of Commerce (ICC)*. Den andra utgörs av Unidroits handledning till internationella huvudfranchiseavtal.

Något arbete som specifikt och enbart behandlar den aktuella frågeställningen finns sålunda veterligen inte tillgängligt. Den bok som har flest beröringspunkter med arbetet är Korahs och O'Sullivan's, i det att den behandlar franchising med hänsyn till gällande konkurrensrätt. Övrig förefintlig litteratur kombinerar inte faktorerna franchising, konkurrensrätt och know-how, utan behandlar sina respektive ämnesområden mer separat.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel där begreppen franchising och know-how definieras (kap. 2). Nästföljande kapitel beskriver hur skyddsobjektet, know-how, kan försvaras i franchiseavtal. Resonemanget är i detta kapitel

helt principiellt och tar inte hänsyn till konkurrensrätten. Utformningen av tänkbara avtalsförpliktelser diskuteras (kap. 3).

I nästa kapitel behandlas uppsatsens huvudsakliga frågeställning, d.v.s. vilka gränser som konkurrensrätten uppställer mot användandet av dessa avtalsklausuler (kap. 4). Slutligen sammanfattas och analyseras rättsläget (kap. 5).

2 Begreppsbestämningar

2.1 Franchising

Ordet franchising härstammar från latinets ”franco”, vilket betyder ”rättighet” eller ”privilegium”.⁹ Möjliga översättningar till svenska av franchising är ”konceptupplåtelse” eller ”konceptsamarbete”, men den engelska benämningen är numera vedertagen i Sverige och den används därför i detta arbete.¹⁰

Franchising är ett system för distribution och marknadsföring av varor och tjänster, vilket kan användas av företag som önskar etablera sig eller expandera på en viss marknad. Istället för att bygga upp eller förvärva en egen försäljningsorganisation av filialer och dotterbolag med den insats och de risker som det medför, kan företaget lämna över ansvaret för försäljningen till någon annan. Det expanderande företaget kan t.ex. ge ansvaret för ett visst geografiskt område till en kommissionär eller handelsagent.¹¹ En annan möjlighet är att anlita en återförsäljare. Om ett företag har utvecklat ett framgångsrikt affärskoncept, kan företaget välja att kommersialisera konceptet genom att använda en särskild form av återförsäljning, nämligen franchising.

Eftersom det i svensk rätt inte finns lagstiftning som specifikt rör franchising, finns det ingen svensk legaldefinition av begreppet. Ej heller finns en allmänt accepterad definition i doktrinen. Företeelsens kärna är dock att franchisegivaren genom avtal upplåter sitt affärskoncept till en självständig näringsidkare. Denna person, som benämns franchisetagare, betalar ersättning till franchisegivaren för detta. Såväl inträdesavgifter som löpande licensavgifter (royalties) förekommer.

Franchisetagaren kan med detta arrangemang minska sitt risktagande eftersom han eller hon får tillgång till ett redan beprövat och framgångsrikt affärskoncept. Franchisegivaren kan för sin del utnyttja sitt affärssystem utan att själv ta på sig omfattande investeringar, affärsmässiga risker och arbetsgivaransvar. Systemet kan anses möjliggöra en kombination av det stora företagets stordriftsfördelar och det lilla företagets effektivitet.¹²

⁹ Axberg m.fl., s. 19. Hela avsnittet bygger, om ej annat anges, på SOU 1987:17, s. 35, 39-47, 54-60.

¹⁰ Den förra benämningen har hämtats från Svenska Franchiseförningens hemsida (http://www.franchiseforeningen.se/index/index_franchising.html, länk Frågor & svar, 2003-11-26). Den senare återfinns i Sohlberg, s. 11.

¹¹ D’arcy, Murray och Cleave, s. 644. En kommissionär handlar i eget namn, men för huvudmannens räkning, medan en handelsagent bedriver handel såväl i huvudmannens namn som för dennes räkning, se 4 § lagen (1914:45) om kommission och 1 § lagen (1991:351) om handelsagentur. På detta sätt skiljer sig dessa mellanmän från återförsäljare, vilka är självständiga näringsidkare som handlar i eget namn och för egen räkning.

¹² Dalqvist: ”Franchising erövrar nya branscher – förenar fördelarna med stort och smått” i Entreprenör, år 2003 nr 9, s. 39.

Affärskonceptet innehåller dels varor och/eller tjänster, dels immateriella rättigheter, såsom franchisegivarens kännetecken, varumärken och know-how.¹³ Franchisegivaren erbjuder i regel också franchisetagaren kommersiellt eller tekniskt bistånd, som t.ex. utbildning, rådgivning om fastigheter och finansiell planering.¹⁴

En utgångspunkt för franchising är att kunderna alltid skall ges samma bild av verksamheten, trots att den bedrivs av flera ägarmässigt och juridiskt självständiga näringsidkare. Varken sortimentet, priserna, lokalernas utformning eller bemötandet får vara (alltför) skiftande vid de olika säljenheterna.¹⁵ Smakar t.ex. en hamburgare på ett visst sätt i en franchiserörelse i USA skall den i princip smaka på samma sätt i restauranger som drivs under samma varumärke i Sverige. Inte heller får en sådan svensk restaurang istället, i strid med franchisegivarens koncept, börja sälja korv med bröd. För att uppnå en dylik, långt gående enhetlighet i image krävs att franchisetagaren i avtalet förpliktas att noga följa franchisegivarens affärskoncept. Detta är ofta beskrivet i manualer. För att värna enhetligheten kontrollerar franchisegivaren att franchisetagaren följer affärskonceptet.

I linje med det ovanstående gav franchiseutredningen i SOU 1987:17 följande definition:

Med franchising avses ett kontraktsbundet samarbete mellan franchisegivare och franchisetagare enligt vilket en franchisegivare mot ersättning medger en eller flera franchisetagare att driva viss näringsverksamhet med användande av franchisegivarens näringskännetecken, varumärken eller andra särskilda varukännetecken.¹⁶

Denna begreppsbestämning fanns i utredningens förslag till lag om franchising. Förslaget ledde dock, som tidigare nämnts, inte till lagstiftning.

En särskild typ av avtal i franchisesammanhang utgörs av huvudfranchiseavtalet (master franchise agreement). Detta innebär att franchisegivaren ger en huvudfranchisetagare rätt att mot ersättning sluta franchiseavtal med tredje man.¹⁷ Sådana ”vanliga” franchisetagare kallas nedan för under-

¹³ Att, som i detta arbete, inkludera know-how i begreppet immateriella rättigheter överensstämmer med EG-rättens terminologi, se Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar [cit. Vertikala riktlinjerna], punkt 37. Varumärken och andra särskilda varukännetecken kan skyddas enligt varumärkeslagen (1960:644). För legalt skydd av know-how se avsnitt 2.2.

¹⁴ Punkt 42 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁵ Sohlberg, s. 13.

¹⁶ SOU 1987:17, s. 23, 1 § Förslag till lag om franchising. Det finns åtskilliga andra definitioner av begreppet franchising, se t.ex. SOU 1987:17, s. 39-40, ”De europeiska etiska reglerna”, punkt 1 samt kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 (inte längre gällande), artikel 1 punkt 3.

¹⁷ Kommissionens förordning nr 4087/88 (inte längre gällande), artikel 1 punkt 3 c.

franchisetagare. Med ett huvudfranchiseavtal får en huvudfranchisetagare en licens att exempelvis utse alla underfranchisetagare i ett visst land.¹⁸

I franchiseavtal förekommer ofta s.k. exklusivitetsförpliktelser. Franchise-givaren förpliktar sig i sådana fall att inte själv bedriva verksamhet eller utse andra återförsäljare inom ett visst geografiskt område. Med detta löfte blir den utvalda franchisetagaren ensamåterförsäljare inom området, och kan i och med det känna sig säker på att där inte möta direkt konkurrens från andra medlemmar i franchisenätverket. Detta är i många fall en förutsättning för att franchisetagaren skall våga göra de nödvändiga investeringarna. Ofta kombineras denna exklusivitetsförpliktelse från franchisegivarens sida med en skyldighet för franchisetagaren att inte bedriva verksamhet eller aktivt uppsöka kunder utanför sitt område. Om franchisegivaren och franchisetagaren ger varandra sådana ömsesidiga förpliktelser om exklusivitet föreligger så kallad dubbelsidig exklusivitet.¹⁹

Vid distribution av vissa typer av produkter, särskilt märkesprodukter, vill leverantören i regel undvika att de säljs på ett sätt som strider mot märkets framtoning. För att förhindra det förekommer s.k. selektiv distribution. Detta innebär att återförsäljare väljs ut efter vissa kriterier, t.ex. med hänsyn till försäljningspersonalens utbildning. Vidare åläggs återförsäljarna inom systemet att inte sälja produkter till icke auktoriserade återförsäljare, eftersom dessa inte uppfyller kriterierna.²⁰

Franchising bör skiljas från s.k. frivilligkedjor, där detaljisterna bildat en systemcentral som de äger och beslutar i demokratisk ordning över. En bolagsordning reglerar normalt samverkansformerna. Frivilligkedjan är väsensskild från en franchisekonstruktion, som karaktäriseras av att det inte finns något ägarmässigt samband mellan parterna. Vidare saknas i franchise-samarbeten den demokratiska beslutsprocedur som finns inom frivilligkedjor. Exempel på frivilligkedjor utgörs av ICA och Järnia. ICA är dock, till följd av en förändrad ägarbild och börsnotering, gradvis på väg att utvecklas mot ett franchisesystem.²¹

Det skall slutligen anmärkas att den ovan givna definitionen på franchising är den allmänt vedertagna i Europa och motsvarar vad som i USA kallas *Business Format Franchising*. Med amerikansk terminologi hänförs även andra, mindre omfattande samarbeten kring återförsäljning och licensering till begreppet franchising. I denna uppsats används dock den snävare europeiska definitionen.

¹⁸ Axberg m.fl., s. 200-201. Ett exempel på en huvudlicens utgörs av den 25-åriga rätt som svenska McDonald's fick år 1973 av McDonald's Inc. att bearbeta den svenska marknaden.

¹⁹ Sohlberg, s. 60-61.

²⁰ Punkt 184-185 i Vertikala riktlinjerna.

²¹ Axberg m.fl., s. 36-37.

2.2 Know-how

Know-how är ett omstritt begrepp i doktrinen. I vid betydelse betecknar know-how all den tekniska och ekonomiska kunskap och erfarenhet som behövs för att driva en viss näringsverksamhet. I vissa fall uppfattas know-how som ett mer inskränkt begrepp, t.ex. som den tekniska kunskap som behövs för att producera en viss vara, dra nytta av en uppfinning eller använda en viss maskin.²² I andra fall krävs att informationen hålls hemlig för att den skall räknas som know-how.²³

Det är utmärkande för know-how att den avser ett särskilt mått av vetande eller erfarenhet. Information som inte har något värde kan inte utgöra know-how. Detsamma gäller för kunnande som varje normalt utbildad fackman inom området besitter.²⁴

Utredningen om skydd för företagshemligheter konstaterade i SOU 1983:52 att know-how var ett i hög grad oprecist begrepp och att det därför var olämpligt som juridiskt begrepp. Istället valde utredningen termen företagshemlighet, som ju i sig nödvändigtvis avser hemlig information, för att beteckna den föreslagna lagens skyddsobjekt.²⁵ Den nu gällande FHL definierar företagshemligheter som information om affärs- och driftförhållanden ”vars röjande är ägnat att medföra skada för honom [näringsidkaren; min anmärkning] i konkurrenshänseende”.²⁶ Lagen kan sägas ha både konkurrensfrämjande och konkurrensbegränsande effekter. Å ena sidan hindras andra näringsidkare från att utnyttja den hemliga informationen i sin verksamhet. Vid sidan av detta finns det en risk att arbetstagare inte fritt kan utnyttja sin erfarenhet och sitt kunnande hos andra arbetsgivare, vilket kan minska rörligheten på arbetsmarknaden. Å andra sidan kan ett skydd för företagshemligheter öka företagets investeringsvilja, produktutveckling och kunskapsutbyte med andra företag. Rekvisitet ”skada i konkurrenshänseende” syftar till att endast utsträcka lagens skydd till sådant hemlighållande som är förenligt med en sund och effektiv konkurrens.²⁷

Sverige är som medlem i det s.k. TRIPs-avtalet skyldigt att skydda företagshemligheter (Undisclosed Information).²⁸ Enligt artikel 39 i avtalet krävs för skydd att informationen är hemlig och har kommersiellt värde. Vidare måste personen som har kontroll över informationen ha vidtagit

²² SOU 1966:71, s. 119.

²³ Se Ståhlros, s. 30.

²⁴ Levin: ”Något om riskerna vid överlåtelse av know-how i samband med tillverkningsavtal” i Festskrift till Jan Ramberg, s. 364.

²⁵ SOU 1983:52, s. 294-296.

²⁶ 1 § första stycket lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

²⁷ Fahlbeck, s. 70-72.

²⁸ Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (TRIPs).

under omständigheterna rimliga åtgärder för att hålla den hemlig. I Sverige har ansetts att FHL svarar mot den skyddsnivå som föreskrivs i TRIPs.²⁹

Vid en jämförelse mellan den vida definitionen av know-how och legaldefinitionen av företagshemligheter i FHL kan det konstateras att know-how är ett bredare begrepp. Kunskap och erfarenhet som utgör företagshemligheter utgör alltid know-how. Däremot kan det finnas information som utgör know-how, men som inte uppfyller legaldefinitionen för företagshemligheter.³⁰

I denna uppsats används den definition som finns i förordningen om gruppundantag för vertikala avtal. Där definieras begreppet know-how på följande sätt:

en viss mängd icke patenterad praktisk information, som är ett resultat av leverantörens erfarenhet och tester och som är hemlig, väsentlig och identifierad³¹

Vidare definieras de använda uttrycken hemlig, väsentlig och identifierad:

i detta sammanhang innebär ”hemlig” att ifrågavarande know-how i sin helhet eller beträffande den exakta utformningen och sammansättningen av dess delar inte är allmänt känd eller lättillgänglig; ”väsentlig” innebär att ifrågavarande know-how omfattar information som är oundgänglig för köparen när det gäller användning och vidareförsäljning av de varor eller tjänster som omfattas av avtalet; ”identifierad” innebär att ifrågavarande know-how skall vara beskriven på ett tillräckligt omfattande sätt, för att det skall vara möjligt att kontrollera att den uppfyller kriterierna om hemlighet och väsentlighet.³²

Som exempel på know-how i franchiseavtal kan nämnas kommissionsbeslutet *Charles Jourdan*.³³ Detta beslut gällde ett franchisesystem för distribution av märkesskor, kläder, skinnprodukter och accessoarer. Franchisetagarna fick inom systemet för det första tillgång till franchisegivarens know-how och bistånd i deras inköp, bl.a. med avseende på säsongens kollektion, trender, färger o.dyl. För det andra fick de hjälp och råd vad gällde affärens inredning, lagerhållning och skötsel. För det tredje fick franchisetagarna tillgång till franchisegivarens rekommendationer för marknadsföring. Denna överföring av know-how ansåg kommissionen vara väsentlig. Dock måste det noteras att beslutet inte avsåg en tillämpning av regeln som citerats ovan.

²⁹ Levin: ”Något om riskerna vid överlåtelse av know-how i samband med tillverkningsavtal” i Festskrift till Jan Ramberg, s. 363.

³⁰ Jfr Helgesson, s. 70.

³¹ Artikel 1 f i kommissionens förordning nr 2790/99 [cit. Vertikala gruppundantaget].

³² Artikel 1 f i Vertikala gruppundantaget.

³³ Kommissionens beslut 89/94/EEG (*Charles Jourdan*), punkt 11.

3 Sätt att skydda know-how i franchiseavtal

3.1 Inledande anmärkningar

I detta kapitel identifieras de avtalsbestämmelser som kan skydda know-how i ett franchiseavtal. Med andra ord, vilka avtalsmässiga medel finns att tillgå för att uppnå målet att skydda know-how? Två saker bör inledningsvis repeteras. För det första diskuteras här i princip inte giltighet med hänsyn till avtalslagen och annan civilrättslig lagstiftning, då detta ligger utanför uppsatsens ram. För det andra anläggs i detta kapitel inte några konkurrensrättsliga aspekter på framställningen. Detta kommer istället att göras i det nästföljande kapitlet.

För att skydda know-how i franchiseavtal intas klausuler som rör sekretess för överförd know-how, begränsningar av användningsändamål, konkurrensförbud, överlåtelseförbud, kontrollförlust samt återöverföring av nyvunnen know-how. Med dessa avtalsbestämmelser vill franchisegivaren inte bara undvika att informationen blir offentlig. Det är också centralt att den inte kan komma konkurrenterna till godo på annat sätt, t.ex. genom att franchisetagaren blir konsult i ett företag som konkurrerar med en medlem i franchisenätverket. Franchisegivaren kan i regel inte heller tillåta att viktig know-how innehas av vissa medlemmar i franchisenätverket och inte av andra, då detta kan riskera systemets enhetliga image.

Efter en allmän beskrivning av de nämnda klausulerna, kommer exempel på konkreta avtalsskrivningar att hämtas från ICC:s modellavtal för internationell franchising. Med detta avtal har ICC försökt uppnå en rättvis balans mellan franchisegivarnas och franchisetagarnas intressen, utan att utgå ifrån något visst rättssystem. ICC utfärdar i avtalet varningar för att vissa av de föreslagna klausulerna kan stå i strid med EG:s konkurrensrätt.³⁴ Efter ICC:s modellavtal refereras i förekommande fall till Unidroits vägledande kommentarer beträffande internationella huvudfranchiseavtal.

3.2 Sekretess

De manualer som beskriver franchisesystemets affärskoncept skyddas förvisso av upphovsrätt. Namn, logotyper, mönster och andra delar av konceptet kan vidare, under vissa förutsättningar, skyddas av de olika immaterialrättsliga lagarna, de marknadsrättsliga reglerna eller FHL. Det är emellertid avtalet med dess sekretessbestämmelser som utgör det främsta skyddet för affärskonceptet.

³⁴ ICC Model International Franchising Contract, s. 7 samt not 10 och 34.

En sekretessklausul innebär att franchisetagaren förpliktar sig att för tredje man hålla hemlig den know-how som konceptet innehåller. Genom särskilda sekretessförbindelser utsträcks denna förpliktelse även till andra personer, särskilt nyckelpersoner, inom företaget. Sekretessskyldigheten gäller under hela avtalstiden och ofta även för obegränsad tid därefter. Vid sekretessbrott förekommer klausuler som ger rätt till hävning eller avtalsvite.³⁵ Enligt de europeiska etiska reglerna för franchising skall franchisetagaren för obestämd tid hemlighålla mottagen know-how.³⁶

Tystnadsplikten omfattar enligt ICC:s modellavtal i princip all information som franchisegivaren har lämnat till franchisetagaren:

The Franchisee acknowledges that all information delivered by the Franchisor is of a strictly confidential nature and should be treated as such³⁷

Dock undantas information som franchisetagaren bevisar att han redan hade tillgång till eller som har blivit offentlig på annat sätt än genom ett sekretessbrott. Vidare gäller sekretessen inte information som oundgängligen röjs för kunderna vid bedrivande av verksamheten. Sekretessplikten gäller såväl under avtalets löptid som därefter. För att franchisetagaren skall få ge informationen till sina anställda eller andra personer inom verksamheten krävs enligt avtalet att dessa avger särskilda förbindelser att iaktta samma sekretess som franchisetagaren.

I ICC:s avtal finns ingen klausul som ger franchisegivaren rätt att omedelbart häva avtalet vid brott mot sekretessplikten. Inte heller finns någon vitesklausul. Franchisetagaren är emellertid själv ansvarig för avtalsbrott (directly liable), även om överträdelsen förorsakats av arbetstagarna.³⁸ Vad detta innebär framgår inte direkt av avtalet. Emellertid anges under rubriken "tillämplig lag" att avtalet är underkastat regler och principer som är allmänt accepterade i internationell handel samt *Unidroits Principles on International Commercial Contracts*. De senare upptar bestämmelser om konsekvenser vid avtalsbrott. I artikel 7.3.1 anges att den förfördelade parten har rätt att häva avtalet om motpartens avtalsbrott är väsentligt (fundamental non-performance). Avtalsbrott ger dessutom i regel rätt till skadestånd för hela den uppkomna skadan, artikel 7.4.1-7.4.2.³⁹

Unidroits guide för internationella huvudfranchiseavtal rekommenderar i likhet med ICC:s avtal sekretess för all information som inte är allmänt känd eller som inte måste avslöjas vid bedrivande av verksamheten. Förpliktelsen gäller såväl huvudfranchisetagaren som underfranchisetagarna, samt nyckelpersoner i dessa företag. Normalt bör sekretessbestämmelsen gälla till dess att informationen blivit allmänt tillgänglig, oavsett om avtalet i övrigt

³⁵ Sohlberg, s. 57-59, 72.

³⁶ "De europeiska etiska reglerna", punkt 2.3.

³⁷ *ICC Model International Franchising Contract*, artikel 22.1.

³⁸ *ICC Model International Franchising Contract*, artikel 22.

³⁹ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*.

fortfarande löper eller inte. Ett tillgängliggörande som skett genom avtalsbrott får inte till följd att sekretessen bortfaller.⁴⁰

3.3 Ändamål

Ändamålsklausuler (field-of-use clauses) begränsar franchisetagarens rätt att använda överförd know-how. Han eller hon får enligt en sådan avtalsbestämmelse använda informationen endast för att bedriva franchiseverksamheten. För övrig användning krävs franchisegivarens tillstånd. För franchisegivaren handlar denna klausul i grunden om kontroll över och ersättning för utnyttjande som ligger utanför avtalets ram. Ändamålsklausuler fortsätter i allmänhet att gälla efter avtalets löptid.

Både ICC:s modellavtal och Unidroits huvudfranchiseguide upptar en ändamålsbestämmelse enligt ovan. I ICC:s avtal upptas följande klausul som gäller för obegränsad tid, oavsett anledningen till avtalets upphörande:

The Franchisee shall ensure that neither itself nor any member of its staff or other person performing the obligations of this Agreement shall use any of the Confidential Information for any purposes other than those permitted under this Agreement.⁴¹

I Unidroits vägledning anges att ändamålsbestämmelsen i ett huvudfranchiseförhållande skall gälla både för huvudfranchisetagaren och underfranchisetagarna.⁴²

3.4 Konkurrens

Konkurrensklausuler förekommer ofta i franchiseavtal. De innebär att franchisetagaren förbjuds att själv bedriva eller över huvud taget engagera sig i konkurrerande verksamhet. Förbudet omfattar i regel all typ av direkt eller indirekt inblandning, t.ex. som ägare, delägare, anställd eller konsult. Denna skyldighet utsträcks i vissa fall även till ägarna och nyckelpersoner hos franchisetagaren.

I tid sträcker sig konkurrensförbudet primärt över avtalets löptid. Även efter denna tidpunkt kan franchisegivaren ha ett berättigat intresse av ett förbud. Exempelvis vill han eller hon undvika att den avträdande franchisetagaren, med hjälp av de kunskaper som denne fått inom franchisesystemet, direkt försöker konkurrera ut en medlem i franchisenätverket. I vissa fall kan det dock framstå som orimligt att franchisetagaren skall vara förhindrad att bedriva konkurrerande verksamhet efter avtalets slut, t.ex. om avtalet har

⁴⁰ *Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements*, s. 139-140, 142.

⁴¹ *ICC Model International Franchising Contract*, artikel 22.4.

⁴² *Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements*, s. 141, 143.

upphört p.g.a. att franchisegivaren har brutit mot, sagt upp eller vägrat förlänga avtalet.⁴³

Vid sidan av detta allmänna förbud mot konkurrens förekommer andra typer av konkurrensklausuler som i praktiken hindrar franchisetagaren från att konkurrera med franchisegivaren. Franchisetagaren kan t.ex. åläggas att endast köpa sina varor och tjänster från franchisegivaren eller någon av denne utsedd leverantör (exklusiv leverantörsklausul). Vidare finns klausuler som förpliktar franchisetagaren att endast sälja de i avtalet angivna produkterna (exklusiv produktklausul). Det förekommer också förpliktelser om att inte sälja till vissa kategorier av kunder, t.ex. till konkurrenter (kundklausul).⁴⁴

Syftet för franchisegivaren med de ovanstående avtalsskrivningarna är att förhindra att franchisesystemets know-how kommer till konkurrenternas nytta. Dessutom riskerar systemets enhetliga image att försvagas. Därför anses normalt en överträdelse av en konkurrensklausul utgöra ett allvarligt avtalsbrott som berättigar franchisegivaren att häva avtalet.⁴⁵

Till gruppen konkurrensklausuler kan också hänföras avtalsbestämmelser som förpliktar franchisetagaren att inte bedriva verksamhet utanför det område som anges i avtalet. Sådana exklusivitetsförpliktelser från franchise-tagarens sida kan t.ex. gälla förbud mot att öppna nya butiker eller sälja till kunder utanför området. Dessa klausuler, som endast begränsar franchise-tagaren i geografiskt hänseende, synes inte kunna skydda know-how.

I ICC:s modellavtal finns flera olika typer av konkurrensklausuler som parterna kan, genom att kryssa för dem, välja att införliva i avtalet. Bestämmelserna förbjuder engagemang i liknande verksamhet, anskaffande av affärsmässiga intressen i ett konkurrerande företag och drift av någon annan rörelse utan franchisegivarens tillstånd:

During the Term of the Agreement, the Franchisee shall not: [...]

f) engage, directly or indirectly, either independently or as an employee, on its own behalf or in the name for any other person in a similar business in a territory where it would compete with a member of the franchised network, including the Franchisor;

g) acquire financial interests in the capital of a competing undertaking which would give the Franchisee the power to influence the economic conduct of such undertaking;

⁴³ Sohlberg, s. 40, 60-62, 72.

⁴⁴ Se de utdrag ur ICC:s avtal som behandlas i löptexten samt Sohlberg, s. 60-62.

⁴⁵ Sohlberg, s. 40, 60-62, 72. Konkurrensklausuler kan i nationell rätt vara ogiltiga eller jämkas om de sträcker sig längre än vad som är nödvändigt, se *Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements*, s. 140. För svenska förhållanden se 36, 38 §§ avtalslagen (1915:218). Enligt 38 § avtalslagen föreligger en konkurrensklausul om "någon för att förebygga konkurrens betingat sig av annan att denne icke skall bedriva verksamhet av visst slag eller icke taga anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet".

h) operate or be involved in any business other than the Business⁴⁶ without the prior approval in writing of the Franchisor.⁴⁷

Dessa skyldigheter kan parterna låta gälla även en viss period efter avtalets slut. Avtalet specificerar inte hur lång denna period skall vara, utan lämnar frågan till parterna att bestämma. Skyldigheten att inte konkurrera efter avtalets slut gäller i princip oavsett anledningen till att avtalet upphört. Ett undantag är dock om avtalet har upphört i förtid p.g.a. franchisegivarens avtalsbrott. Som påföljd för brott mot dessa bestämmelser anges avtalsvite. Förutsättningen för detta är dock att franchisetagaren inte avhjälpert avtalsbrottet inom en viss tid efter det att franchisegivaren påtalat det. Om avtalet faller inom ramen för EG:s vertikala gruppundantag, rekommenderar ICC att klausulerna bör anpassas så att de uppfyller dess krav.⁴⁸

I ICC:s modellavtal finns även en exklusiv leverantörs- och produktklausul, som parterna kan välja att ta med i sitt avtal:

The Franchisee shall purchase the Products from no other source of supply than the Franchisor or the suppliers selected by the Franchisor and accordingly sell from the Premises no other Products than the Franchisor's Authorized Supplies.⁴⁹

För avtal som faller inom det vertikala gruppundantagets tillämpningsområde rekommenderar ICC avtalsklausulen endast om det är omöjligt för franchisegivaren att fastställa objektiva kvalitetskrav för produkterna.⁵⁰

Unidroits guide till huvudfranchiseavtal framhäver särskilt risken med att låta huvudfranchisetagaren och underfranchisetagarna skaffa sig affärsmässiga intressen i konkurrerande verksamhet. Ifrågavarande know-how kan i sådant fall allvarligt äventyras. Att konkurrenterna inte redan hade tillgång till informationen vore enligt Unidroit mycket svårt att bevisa.⁵¹

3.5 Överlåtelse

Mot bakgrund av det nära samarbete som franchising innebär, är det mycket viktigt för en franchisegivare att noga välja sina franchisetagare. Dessa kommer att få tillgång till betydelsefull know-how och vara franchise-verksamhetens ansikte utåt.⁵² I de europeiska etiska reglerna anges att

⁴⁶ Detta begrepp, "Business" med versal begynnelsebokstav, definieras i artikel 1 i modellavtalet som "the business of providing ----- [för parterna att fylla i typen av varor eller tjänster; min anmärkning], when conducted in conformity with the System".

⁴⁷ ICC Model International Franchising Contract, artikel 6.1.

⁴⁸ ICC Model International Franchising Contract, artikel 6 med tillhörande fotnoter.

⁴⁹ ICC Model International Franchising Contract, artikel 19.2 B.

⁵⁰ ICC Model International Franchising Contract, not 34.

⁵¹ Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements, s. 140-143.

⁵² Sohlberg, s. 15-16, 63.

franchisegivaren endast får välja som franchisetagare ”den som efter rimlig undersökning kan antagas ha det kunnande, den utbildning, de personliga kvalitéer och ekonomiska resurser som krävs för att driva den franchiserade verksamheten”. Medlemskap i Svenska Franchiseföreningen medför en förpliktelse att tillämpa detta etiska regelverk.⁵³

Rätten för franchisegivaren att initialt välja sin partner, och därigenom skydda sin know-how, vore nästan inget värd om en franchisetagare fritt kunde överlåta sin verksamhet till vem som helst. Därför förekommer ofta avtalsbestämmelsen att franchisetagaren måste inhämta franchisegivarens tillstånd för att få överlåta rörelsen. Ibland anges att franchisegivaren skall godkänna franchisetagare som uppfyller vissa kriterier.⁵⁴

I ICC:s modellavtal anges ett förbud mot överlåtelse utan samtycke:

This Agreement is entered into in consideration of the person of the Franchisee who therefore may not, without the prior written consent of the Franchisor, transfer, sub-license or sub-contract to any third party, free of charge or otherwise, all or part of the rights and obligations referred to in this Agreement. A third party is considered to include any person or corporation that controls, is controlled by or is under common control with the Franchisee.⁵⁵

Franchisegivarens tillstånd måste enligt ICC:s avtal även inhämtas vid äganderättsförändringar till följd av franchisetagarens dödsfall, psykiska störning eller invaliditet.⁵⁶

3.6 Kontroll

Föregående avsnitt handlade särskilt om begränsningarna vad gäller överlåtelse av det franchisetagande företaget, inklusive franchise-rättigheterna. En annan sak är att den som driver den franchisetagande rörelsen, i likhet med andra ägare, fritt kan sälja sina aktier eller andelar i företaget. Visserligen förblir i sådant fall samma bolag förpliktat gentemot franchisegivaren i avtalet, men kontrollen över det franchisetagande företaget kan komma i händerna på en konkurrent eller en annan för franchisegivaren oönskad person. Ett annat sätt som franchisetagaren kan förlora kontroll över sin verksamhet på är vid eget obestånd (konkurs, likvidation, betalningsinställelse o.dyl.).

Med förlorad kontroll löper franchisegivaren liknande risker vad gäller know-how som vid överlåtelse av hela verksamheten. I avtalet pareras dessa

⁵³ ”De europeiska etiska reglerna”, punkt 4 och 6.

⁵⁴ Sohlberg, s. 63-64.

⁵⁵ ICC Model International Franchising Contract, artikel 25.1.

⁵⁶ ICC Model International Franchising Contract, artikel 25.2. Se i denna fråga även fotnot 179.

risker i regel med klausuler som ger franchisegivaren rätt att omedelbart häva avtalet.⁵⁷

Så är fallet i ICC:s modellavtal, vari följande klausul upptas:

If all or a substantial part of the capital stock or other property assets or interests of the Franchisee is acquired by any third party, or if a major change in the allocation of the voting rights held by the Franchisee occurs, or if the Franchisee merges with any third party or if (the Franchisee being a corporation) there shall be a change in the ownership of ----- % [för parterna att fylla i; min anmärkning] or more of the shareholdings in the Franchisee from that existing at the date of this Agreement without the prior written consent of the Franchisor, the Franchisor may in its own discretion terminate this Agreement with immediate effect (without need to obtain a Court's decision in this respect).⁵⁸

Enligt avtalet har franchisegivaren också rätt att häva avtalet om franchisetagaren är insolvent, i likvidation eller underkastad någon annan typ av konkurs- eller obeståndsförfarande. Detsamma gäller om franchise-tagaren söker skydd från sina borgenärer eller annars inte kan betala sina skulder allteftersom de förfaller.⁵⁹

3.7 Återöverföring

Återöverföringsklausuler (grant-back clauses) innebär att franchisetagaren i avtalet förpliktas att överföra know-how som denne själv förvärvat i verksamheten till franchisegivaren. Dessutom åläggs franchisetagaren att bevilja franchisegivaren och övriga medlemmar i franchisenätverket en licens för återöverförd know-how. I regel är denna licens icke-exklusiv. Syftet med en sådan återöverföringsklausul är att bibehålla franchise-systemets enhetliga image, vilken skulle äventyras om en franchisetagare förfogade över betydelsefull know-how som andra medlemmar saknade.⁶⁰

ICC:s modellavtal anger att franchisetagaren skall meddela franchisegivaren alla förbättringar som görs i franchisesystemet. Dessutom förpliktas franchisetagaren att bevilja franchisegivaren en permanent, vederlagsfri, exklusiv och världsomspännande licens för förbättringarna.⁶¹

⁵⁷ Sohlberg, s. 64, 72-73. Det kan i nationell rätt finnas hinder för att häva avtalet vid obestånd. För svenska förhållanden se 2 kap. 20 § lagen (1996:764) om företagsrekonstruktion, jfr SOU 2001:80.

⁵⁸ ICC Model International Franchising Contract, artikel 27.3.

⁵⁹ ICC Model International Franchising Contract, artikel 27.2.

⁶⁰ Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements, s. 141.

⁶¹ ICC Model International Franchising Contract, artikel 12.

4 EG:s konkurrensrätt

4.1 Inledande anmärkningar

Nedan undersöks de i förra kapitlet behandlade avtalsbestämmelsernas förenlighet med EG:s konkurrensrätt. Inledningsvis sker en grundläggande redogörelse för konkurrensrätten, särskilt för förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Därefter behandlas avtal som inte är konkurrensbegränsande.

Det därpå följande avsnittet gäller de avtal som förvisso faller inom förbudet i EG-fördragets artikel 81.1, men som tack vare gruppundantaget för vertikala avtal är lagliga. Slutligen behandlas de konkurrensbegränsande avtal som inte är undantagna enligt gruppundantaget. Frågan är därvid om de uppfyller kraven för ett individuellt undantag eller, vad gäller rättsläget från och med den 1 maj 2004, omfattas av EG-fördragets legalundantag.

4.2 Grundläggande om konkurrensrätten

4.2.1 Konkurrensreglernas syfte

EG:s konkurrenspolitik syftar till att främja integrationen mellan medlemsstaterna.⁶² Enligt artikel 3 i EG-fördraget i dess lydelse efter den 1 maj 1999 (nedan EG) skall gemenskapen verka för att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.⁶³ Den ekonomiska politiken skall bedrivas enligt principen om en marknadsekonomi med fri konkurrens, artikel 4 EG. Denna uppgift är nära sammanbunden med målet om en inre marknad med fri rörlighet för produktionsfaktorerna.

Medan den fria rörligheten hindrar statliga organ från att uppställa handelshinder, förhindrar konkurrensrätten privata aktörer från att göra detsamma. Målet är att varor och tjänster skall kunna röra sig fritt mellan medlemsländerna och produceras där det är ekonomiskt lämpligast. I slutänden är tanken att systemet skall leda till ökat välstånd.

4.2.2 Rättskällor

Bindande bestämmelser i EG-rätten kan ha s.k. direkt effekt. Detta innebär att normerna kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter. Förutsättningen för att en regel skall ha direkt effekt är att den

⁶² Hela detta avsnitt bygger, om ej annat anges, på Bernitz och Kjellgren, s. 87-89, 265-280.

⁶³ I uppsatsen används genomgående EG-fördragets nya numrering, även i referat av rättspraxis och i redogörelser för rättsakters innehåll.

är ovillkorlig, att eventuella övergångsperioder har löpt ut samt att regelns innebörd är klar och precis.

I målet *Van Gend & Loos* slog EG-domstolen för första gången fast att en bestämmelse i EG-fördraget hade direkt effekt.⁶⁴ Målet gällde en enskild persons rättigheter gentemot staten, s.k. vertikal direkt effekt, men i *Defrenne* fastställde domstolen att artiklar i fördraget också kan ha horisontell direkt effekt.⁶⁵ Detta betyder att bestämmelsen kan åberopas av en enskild gentemot en annan enskild part.

Enligt artikel 249 EG har förordningar allmän giltighet, är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat. Med hänsyn till detta står det klart att förordningar har direkt effekt. Enligt samma artikel är beslut till alla delar bindande för dem som det är riktat till.

Inom konkurrensområdet har kommissionen utfärdat ett antal tillkännagivanden. Dessa avser att uttrycka kommissionens uppfattning om gällande rätt i en viss fråga. De är inte bindande för EG-domstolen eller nationella domstolar, men ses ofta som vägledande. Om tillkännagivandet rör något som faller inom kommissionens diskretionära beslutanderätt, t.ex. fastställande av böter, kan det dock vara bindande för kommissionen själv. Förutsättningen för detta är att tillkännagivandet kan sägas skapa berättigade förväntningar.⁶⁶

4.2.3 Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal

4.2.3.1 Grundläggande rekvisit

Artikel 81.1 EG förbjuder konkurrensbegränsande avtal, beslut av företags-sammanslutningar och samordnade förfaranden, vilka kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Sådana överenskommelser är enligt punkt 2 ogiltiga. Båda dessa punkter har direkt effekt.

För att förbudet i artikel 81.1 EG skall kunna tillämpas krävs enligt fördragstexten ett otillåtet agerande som påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Detta rekvisit undantar från artikelns tillämpningsområde sådana konkurrensbegränsningar som endast har verkningar i ett enda EU-land. Emellertid räcker en indirekt eller potentiell påverkan på samhandeln för att kriteriet skall vara uppfyllt. En konkurrensbegränsning som härrör från företag i ett och samma EU-land kan i sådant fall påverka handeln mellan medlemsstaterna, t.ex. om marknadstillträdet för företag från andra EU-länder försvåras. Begreppet företag skall uppfattas vidsträckt. Det omfattar både juridiska personer och enskilda som bedriver ekonomisk verksamhet.

⁶⁴ Mål 26/62 *van Gend & Loos* mot Nederländska skatteförvaltningen. Målet gällde förbudet mot tullar och avgifter med motsvarande verkan i artikel 25 EG.

⁶⁵ Mål 43/75 *Defrenne* mot *Sabena*. Målet gällde likalönsprincipen i artikel 141 EG.

⁶⁶ *Korah* och *O'Sullivan*, s. 125-126.

Utöver påverkan på samhandeln krävs för att förbudet skall tillämpas att två rekvisit är uppfyllda, nämligen avtalskriteriet och konkurrensbegränsningskriteriet. Avtalskriteriet innebär att det otillåtna handlandet skall ha formen av avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden. Även då inget juridiskt bindande avtal föreligger kan alltså kriteriet vara uppfyllt, t.ex. vid oförbindande överenskommelser och gemensamma rekommendationer. Även samordnade förfaranden omfattas uttryckligen av fördragstexten. Sådana förfaranden föreligger då två eller flera företag samarbetar för att undvika en fri konkurrens, dock utan att ett direkt avtal slutits mellan parterna. Det kan t.ex. röra sig om informella kontakter om prissättning mellan företagen. Samordnade förfaranden kan vara svåra att skilja från s.k. parallellt uppträdande, vilket helt naturligt sker på oligopolmarknader. I sådana fall följer konkurrenterna, genom individuellt fattade beslut, varandras prissättning och konkurrensåtgärder. Sådana beteenden är inte otillåtna, eftersom företagen handlar ensidigt.

Konkurrensbegränsningskriteriet anger att handlandet skall syfta till eller ha som resultat att konkurrensen inom den gemensamma marknaden hindras, begränsas eller snedvrids. Om det finns ett konkurrensbegränsande syfte, behöver inga effekter ha uppkommit.

Vissa särskilt betydelsefulla typer av begränsningar finns uppräknade i artikel 81.1 EG. Bland annat nämns prissamarbete, begränsning eller kontroll av produktion eller marknader, uppdelning av marknader eller inköpskällor, diskriminerande överenskommelser och kopplingsförbehåll. De konkurrensbegränsande verkningarna bedöms inte bara med hänsyn till det enskilda avtalet, utan även med beaktande av förhållandet till andra liknande avtal. Om flera avtal tillsammans bildar ett konkurrensbegränsande system, kan de komma att bedömas som en helhet.

4.2.3.2 Bagatellavtal

Vissa avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen, s.k. bagatellavtal, omfattas enligt EG-domstolens rättspraxis inte av förbudet i artikel 81.1 EG. Denna regel, som ofta benämns *de minimis*, grundlades i målet *Völk mot Vervaecke*.⁶⁷ I denna dom ansåg EG-domstolen att det föreliggande ensamåterförsäljaravtalet, med hänsyn till parternas svaga ställning på den relevanta produktmarknaden, endast hade en obetydlig påverkan på marknaden.

Kommissionen har i ett tillkännagivande angivit vad den anser vara avtal av mindre betydelse. I detta fastställs tröskelvärden för parternas marknadsandelar beträffande de varor och tjänster som avtalet omfattar. För avtal

⁶⁷ Mål 5/69 *Völk mot Vervaecke*.

mellan faktiska eller potentiella konkurrenter⁶⁸ får avtalsparternas sammanlagda marknadsandel maximalt uppgå till 10 procent av den relevanta marknaden. För avtal mellan ickekonkurrenter är motsvarande siffra 15 procent. I fall där kumulativa utestängningseffekter uppstår p.g.a. parallella nät av avtal mellan leverantörer eller distributörer sänks procentsatsen till 5 procent.⁶⁹ Franchiseavtal sluts i regel mellan ickekonkurrenter, vilket innebär att tröskelvärde blir 15 procent. Emellertid är det inte ovanligt att många franchiseavtal i förening skapar kumulativa utestängningseffekter så att den tillåtna marknadsandelen minskas till 5 procent. För åtskilliga franchiseavtal innebär denna sänkning att tillkännagivandet inte kan utnyttjas.⁷⁰

Dessa procentsatser avser marknadsandelen på den relevanta marknaden. Denna avgränsas såväl produktmässigt som geografiskt. Den relevanta produktmarknaden omfattar alla varor eller tjänster som med hänsyn till egenskaper, pris och användning är utbytbara. Den relevanta geografiska marknaden utgörs av det område där de berörda företagen tillhandahåller de relevanta produkterna eller tjänsterna och där konkurrensvillkoren är tillräckligt likartade.⁷¹

Även om ett avtal hamnar inom de ovan angivna tröskelvärdena kan det vara otillåtet om det innehåller någon av de särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar som anges i tillkännagivandet. Bl.a. svartlistar kommissionen prissamarbete och geografisk marknadsuppdelning. Även begränsningar av vilka kunder som köparen får sälja till ses som särskilt allvarliga. Dessa kundklausuler är endast tillåtna om någon av de i tillkännagivandet angivna undantagssituationerna är för handen. Formuleringarna har i detta avseende mycket stora likheter med de som finns i det vertikala gruppundantagets svarta lista (se avsnitt 4.4.7).⁷²

Tillkännagivandet avser endast avtal och samordnade förfaranden som inte märkbart begränsar *konkurrensen*. Avtal och samordnade förfaranden kan också, enligt EG-domstolens praxis, vara tillåtna om de inte märkbart påverkar *samhandeln*. Kommissionen anser därvid att avtal mellan små och mellanstora bolag sällan kan anses ha sådan effekt.⁷³ Detta är bra för de

⁶⁸ Kommissionen definierar begreppet faktiska eller potentiella konkurrenter i ett tillkännagivande med riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, fotnot 8 och 9.

⁶⁹ Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (*de minimis*) [cit. *De minimis*-tillkännagivandet], punkt 7-8.

⁷⁰ Korah och O'Sullivan, s. 69.

⁷¹ Punkt 7-8 i kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning. Att avgränsa den relevanta marknaden är ett mycket komplext problemområde som inte behandlas i detalj i denna uppsats.

⁷² Punkt 11 i *De minimis*-tillkännagivandet. Svartlistningen i tillkännagivandet är förvisso svårförenad med EG-domstolens dom i mål 5/69 Völk mot Vervaecke, i vilket domstolen accepterade ett återförsäljaravtal med absolut områdesskydd med hänsyn till att påverkan på marknaden var obetydlig. Se också Korah och O'Sullivan, s. 69.

⁷³ Punkter 2-3 i *De minimis*-tillkännagivandet. Se punkt 3 för den närmare definitionen av vad som avses med små och medelstora företag.

franchisegivare och franchisetagare som inte kan utnyttja tillkännagivandet. De kan istället, såvida de uppfyller de angivna kraven på antal anställda samt omsättning eller balansomslutning, förlita sig på att avtalet sannolikt inte har en märkbar påverkan på samhandeln. Avtalsbestämmelser som hör till konkurrensreglernas hårda kärna, t.ex. prissamarbete, geografisk marknadsuppdelning och vissa typer av kundklausuler, är dock fortfarande otillåtna.⁷⁴

4.2.3.3 Undantagsmöjligheter

Artikel 81.3 EG stadgar att förbudet i punkt 1 kan förklaras icke tillämpligt på avtal, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som har övervägande positiva effekter för konkurrensen.⁷⁵ Fördragstexten anger att två positivt och två negativt bestämda villkor måste vara uppfyllda. Avtalet måste bidra till att förbättra produktionen eller distributionen av varor, eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (rationaliseringskriteriet). Det måste samtidigt tillförsäkra konsumenterna en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås (konsumentkriteriet). Avtalet får dock inte ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå dessa mål (proportionalitetskriteriet), och inte ge företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga (ickeeliminationskriteriet).

Rådets förordning nr 17/62 ger kommissionen exklusiv rätt att bevilja individuella undantag enligt artikel 81.3 EG. Kommissionen kan endast besluta om sådant undantag efter ansökan av de berörda företagen.⁷⁶ Enligt förordningen har kommissionen också möjlighet att lämna ett s.k. icke-ingripandebesked. Ett sådant innebär att kommissionen inte anser att det finns anledning att ingripa med stöd av artikel 81.1 EG mot ett visst avtal. Beskedet lämnas endast på grundval av de omständigheter som kommit till kommissionens kännedom.⁷⁷ Ibland lämnar kommissionen istället ett informellt besked, ett s.k. *comfort letter*, om att den i nuläget inte avser vidta några åtgärder mot avtalet.

EG-domstolen har givit kommissionen ganska fria händer vid tillämpningen av undantagsregeln i artikel 81.3 EG. Den som klandrar ett beslut från kommissionen om att vägra individuellt undantag har att bevisa att de fyra kriterierna är uppfyllda.⁷⁸

⁷⁴ Korah och O'Sullivan, s. 69-70.

⁷⁵ Nedan innefattar begreppet avtal också beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden.

⁷⁶ Rådets förordning nr 17/62 [cit. Förordning nr 17], artikel 4 och 7. Enligt gällande rätt har sålunda artikel 81.3 EG inte direkt effekt.

⁷⁷ Artikel 2 i Förordning nr 17.

⁷⁸ Korah och O'Sullivan, s. 58.

Det administrativt betungande systemet med individuella undantag kommer fr.o.m. den 1 maj 2004 att bytas ut.⁷⁹ Artikel 81.3 EG kommer då istället att bli ett legalundantag, av allt att döma med direkt effekt. Punkten kommer direkt att kunna tillämpas av EG:s och medlemsstaternas domstolar. I det enskilda fallet blir det upp till de berörda företagen att bedöma huruvida deras avtal står i överensstämmelse med artikeln.

Ett system som inte förändras av denna reform är användandet av gruppundantag. Rådet har i olika förordningar delegerat rätten till kommissionen att undanta vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden från förbudet i artikel 81.1 EG. Avtal som omfattas av en gruppundantagsförordning är tillåtna utan vidare. Detta innebär en trygghet, eftersom de avtalslutande företagen kan känna sig säkra på att avtalet inte kan angripas med stöd av konkurrensrätten. Detta faktum medför också att en ansökan om individuellt undantag för avtalet är överflödigt.

Efter den 1 maj 2004 måste, som nyss angivits, företagen själva försöka bedöma huruvida deras avtal uppfyller undantagskriterierna i artikel 81.3 EG. Mot bakgrund av de svårigheter som är förknippade med detta, blir den trygghet som gruppundantaget står för viktig, i synnerhet för riskaversiva företag.⁸⁰

Rådet har delegerat normgivningskompetens till kommissionen genom förordning nr 19/65. Enligt den nu gällande versionen har kommissionen kompetens att förklara att förbudet i artikel 81.1 EG inte skall tillämpas på ”grupper av avtal, som ingås mellan två eller flera företag av vilka – såvitt avser avtalet – vart och ett är verksamt i olika led av produktions- och distributionskedjan, och som avser de villkor enligt vilka parterna får köpa, sälja eller återförsälja vissa varor eller tjänster”.⁸¹ Med stöd av denna bestämmelse har kommissionen utfärdat ett gruppundantag för vertikala avtal.

4.2.3.4 Sanktioner mot överträdelser

Enligt artikel 81.2 EG är ett förbjudet avtal civilrättsligt ogiltigt. Ett felande företag riskerar dessutom att beläggas med administrativa böter. Dessa utgår vid uppsåtlig eller oaktsam överträdelse av konkurrensbestämmelserna och kan maximalt uppgå till 10 procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen.⁸² I ett meddelande har kommissionen fastställt vilka kriterier som den tillämpar vid bötesberäkningen.⁸³

⁷⁹ Vid detta tillfälle kommer rådets förordning nr 1/2003 [cit. Nya tillämpningsförordningen] att ersätta Förordning nr 17.

⁸⁰ Korah och O’Sullivan, s. 227.

⁸¹ Artikel 1.1 a i rådets förordning nr 19/65.

⁸² Artikel 15 i Förordning nr 17.

⁸³ Meddelande från kommissionen, Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget.

Kommissionen har också möjlighet att ålägga företag att upphöra med överträdelser av artikel 81 EG. Dessa förelägganden kan förenas med vite.⁸⁴

4.3 Ej konkurrensbegränsande skyldigheter

4.3.1 Pronuptia-domen

EG-domstolen gav i den s.k. *Pronuptia*-domen för första gången sin syn på ett franchiseavtals förenlighet med artikel 81.1 EG (dåvarande artikel 85.1 i EG-fördraget).⁸⁵ Pronuptia de Paris GmbH (nedan Pronuptia) var ett tyskt dotterbolag till ett franskt företag som sålde bröllopsklänningar och andra bröllopskläder. I Tyskland skedde varudistributionen dels i Pronuptias egna butiker dels genom självständiga näringsidkare som drev sin verksamhet i franchiseform. En av franchisetagarna var Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (nedan Schillgalis), som genom tre avtal gavs exklusiv försäljningsrätt i lika många tyska städer.

I avtalen förpliktade sig Schillgalis att under löptiden och ett år efter avtalets upphörande inte bedriva eller delta direkt eller indirekt i verksamhet med samma eller liknande syfte. Detta konkurrensförbud gällde i Västtyskland, inklusive Västberlin, samt inom andra områden där Pronuptia fanns representerat. Schillgalis förpliktade sig vidare att bara sälja varor under firmanamnet och varumärket "Pronuptia de Paris" i den butik som angavs i avtalet. Slutligen fick Schillgalis inte överlåta de rättigheter och skyldigheter som följde av avtalen till tredje part utan Pronuptias föregående samtycke. Det var dock underförstått att denne skulle ge sitt samtycke till en överlåtelse som skedde av hälsoskäl om den nya parten kunde visa att han var solvent och inte en konkurrent till franchisegivaren.

Pronuptia yrkade inför tysk domstol att utfå förfallna licensavgifter från Schillgalis enligt franchiseavtalet. Schillgalis bestred detta och gjorde gällande att avtalet mellan parterna stod i strid med artikel 81.1 EG. Den tyska förbundsdomstolen, Bundesgerichtshof, ansåg att målets avgörande berodde på tolkning av gemenskapsrätten och begärde därför ett förhandsavgörande av EG-domstolen. Den första frågan som ställdes var huruvida artikel 81.1 EG var tillämplig på den typ av franchiseavtal som tvisten gällde. Om svaret på detta var jakande, ville Bundesgerichtshof veta om, och i så fall under vilka förutsättningar, det då gällande gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal kunde tillämpas på avtalet.⁸⁶

EG-domstolen ansåg inledningsvis att det var nödvändigt att skilja mellan olika slags franchiseavtal, särskilt avtal om tjänstefranchising, produktionsfranchising och distributionsfranchising. Den förstnämnda typen avsåg

⁸⁴ Artikel 3 och 16 i Förordning nr 17.

⁸⁵ Mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis. I referatet används genomgående EG-fördragets nya numrering.

⁸⁶ Kommissionens förordning nr 67/67 (inte längre gällande).

franchisetagarens utbudande av tjänster under franchisegivarens kännetecken, firmanamn eller varumärke. Den andra åsyftade fall där franchisetagaren själv tillverkade produkter enligt franchisegivarens instruktioner och sålde dessa under dennes varumärke. Den sistnämnda typen innebar att franchisetagaren sålde varor i en butik med användande av franchisegivarens varukännetecken. EG-domstolen begränsade uttryckligen domen till att bara gälla distributionsfranchising. Vidare angavs att bedömningen av denna typ av avtal inte kunde ske abstrakt utan att den berodde på bestämmelserna i avtalen.

EG-domstolen konstaterade att franchising, mer än en distributionsform, var ett sätt för företag att utnyttja sitt kunnande utan att själv göra omfattande investeringar. För franchisetagarna var det en fördel dels att kunna tillägna sig affärsmetoder som annars skulle vara svåra att skaffa sig, dels att kunna dra nytta av varukännetecknets anseende. Distributionsfranchiseavtal skilde sig i detta avseende från försäljningsavtal och återförsäljaravtal i selektiva distributionssystem i det att dessa inte omfattade användning av ett gemensamt varukännetecken, enhetliga affärsmetoder eller betalning av licensavgifter. EG-domstolen ansåg inte att ett sådant system i sig hade någon skadlig påverkan på konkurrensen. För att det skulle fungera fann dock domstolen att två villkor måste vara uppfyllda.

För det första måste franchisegivaren kunna överföra sin know-how och ge bistånd till sina franchisetagare utan att riskera att affärsmetoderna på något sätt skall komma till konkurrenternas nytta. EG-domstolen uttalade att bestämmelser som var ”absolut nödvändiga”⁸⁷ för att undanröja denna risk inte utgjorde en konkurrensbegränsning enligt artikel 81.1 EG. Detta gällde enligt domstolen för en klausul som förpliktade franchisetagaren att inte öppna en butik med samma eller liknande syfte i ett område där den kunde konkurrera med andra deltagare i systemet. Denna klausul var tillåten under avtalets löptid och en rimlig tid därefter. Vidare utgjorde enligt EG-domstolen inte heller en avtalsbestämmelse som förbjöd franchisetagaren att överlåta sin verksamhet utan franchisegivarens samtycke en otillåten konkurrensbegränsning. Anledningen till detta var att en sådan klausul syftade till att undvika att know-how och bistånd indirekt gynnade en konkurrent.

För det andra måste franchisegivaren ges möjlighet att skydda franchise-systemets identitet och anseende. EG-domstolen angav av denna anledning att bestämmelser om kontroll av franchisetagarens verksamhet, vilka var absolut nödvändiga föll utanför artikel 81.1 EG. Detsamma gällde bl.a. bestämmelser om skyldighet att tillämpa den know-how som överförts och att bara sälja varorna i lokaler som inretts enligt franchisegivarens anvisningar. En klausul som också föll utanför artikelns tillämpningsområde var förbudet att överlåta franchisetagarens verksamhet utan franchisegivarens tillstånd. Denna bestämmelse skyddade enligt EG-

⁸⁷ Stycke 16 av domskälen. Uttrycket motsvarar i engelsk version: *essential*, i fransk version: *indispensables*, i tysk version: *unerlässlich*. Mot bakgrund av detta är det något förvånande att den svenska versionen inskräper nödvändigheten med ordet ”absolut”.

domstolen den sistnämndes rätt att fritt välja franchisetagare, vars goda yrkeskvalifikationer var en förutsättning för att upprätta och skydda franchisesystemets anseende.

Domstolen konstaterade att franchisegivarens kontroll av franchisetagarens varuutbud möjliggjorde för allmänheten att finna varor av samma kvalitet hos alla franchisetagare. Ibland fanns det dock tillfällen då objektiva kvalitetskrav inte kunde uppställas eller då kostnaderna för övervakningen blev för stora p.g.a. franchisetagarnas stora antal. I sådana fall kunde en avtalsbestämmelse om att franchise tagaren endast fick sälja varor från franchise givaren eller från en av denne utsedd leverantör vara nödvändig för att skydda distributionsnätets anseende. EG-domstolen uttalade dock att förutsättningen för att en sådan exklusiv leverantörsklausul skulle vara tillåten var att franchisetagaren inte hindrades från att köpa de aktuella varorna från andra franchisetagare inom systemet.

EG-domstolen anförde slutligen att avtalet innehöll vissa klausuler som inte alls var nödvändiga för att skydda systemets know-how, identitet eller anseende. Klausulen som förpliktade franchisetagaren att endast bedriva handel i de angivna lokalerna förhindrade denne från att öppna en andra butik. Denna förpliktelse satte domstolen samman med franchise givarens skyldighet att inte själv bedriva verksamhet eller tillåta andra att göra det inom franchisetagarens område. Följden av dessa två korresponderande förpliktelser blev en marknadsuppdelning mellan medlemmarna i distributionsnätet. Med hänvisning till domstolens dom i målet *Consten och Grundig*, utgjorde detta en konkurrensbegränsning enligt artikel 81.1 EG om den avsåg ett varukännetecken som redan var mycket spritt.⁸⁸ De fördelar som fanns med exklusivitetsförpliktelser kunde enligt EG-domstolen endast beaktas vid en prövning inom ramen för undantagsbestämmelsen i artikel 81.3 EG.⁸⁹

Vad gäller den första frågan kom sålunda domstolen fram till att förpliktelser i avtal om distributionsfranchising i och för sig kan falla inom tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG. Denna bedömning skall inte göras abstrakt, utan med hänsyn till avtalsbestämmelserna och det ekonomiska sammanhang i vilket de ingår. Därvid utgör avtalsbestämmelser som är absolut nödvändiga för att skydda franchisesystemets know-how, identitet eller anseende inte en konkurrensbegränsning enligt den nyssnämnda artikeln.

EG-domstolen behandlade därefter den andra frågan, d.v.s. huruvida det då gällande gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal kunde tillämpas på franchiseavtal. Domstolen kom fram till att så inte kunde ske, eftersom

⁸⁸ Mål 56/64, 58/64 *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH* mot kommissionen.

⁸⁹ Kommissionen hade (och har) enligt Förordning nr 17 exklusiv behörighet att tillämpa undantagsbestämmelsen i artikel 81.3 EG. Mot bakgrund av att målet endast gällde en begäran om förhandsavgörande lämnades det slutgiltiga avgörandet om den dubbelsidiga exklusiviteten till den nationella domstolen.

distributionsfranchiseavtal skilde sig på avgörande punkter från avtal om ensamåterförsäljning. Bland annat konstaterade domstolen att det i gruppundantaget inte fanns någon uttrycklig hänvisning till användande av samma varukännetecken, tillämpning av gemensamma affärsmetoder eller betalning av licensavgifter.

4.3.2 Kommissionsbeslut

Efter att EG-domstolen i Pronuptia-domen hade fastställt att gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal inte kunde tillämpas på franchiseavtal, önskade kommissionen anta ett gruppundantag för denna avtalstyp. Anledningen var att de flesta franchisetagare ville ha åtminstone ett litet exklusivt område som de kunde driva sin verksamhet inom. En omedelbar konkurrens från franchisegivaren eller från en annan franchisetagare skulle nämligen göra det svårt för franchisetagaren att tjäna tillbaka de gjorda investeringarna. Att en sådan vanligt förekommande exklusivitetsförpliktelse varken var tillåten enligt 81.1 EG eller inrymdes i ett gruppundantag ansågs problematiskt, eftersom avtalen i sådant fall måste anmälas till kommissionen för individuellt undantag.⁹⁰ För att vara behörig enligt delegationsförordningen att utfärda gruppundantaget krävdes att kommissionen hade förvärvat tillräcklig erfarenhet av att utfärda individuella beslut rörande franchiseavtal.⁹¹ I denna kontext fattade kommissionen fem beslut som rörde franchisesystem.⁹²

I beslutet *Yves Rocher* ansåg kommissionen att en förpliktelse om att överförd know-how fick utnyttjas av franchisetagaren endast för sitt avsedda användningsområde låg i själva den immateriella äganderättens existens.⁹³ Utan en sådan förpliktelse vore en överföring av affärssystemet inte möjlig och därför föll den utanför artikel 81.1 EG. Nödvändig för att skydda systemets know-how ansågs också en klausul om att franchisetagaren inte fick avslöja informationen för tredje man.

Avtalet innehöll vidare en förpliktelse för franchisetagaren att i princip bara sälja Yves Rocher-produkter. Denna produktklausul ansåg kommissionen vara en logisk följd av företagets distributionsmetod, vilken gick ut på att sälja en fullständig serie av produkter under Yves Rocher-beteckningen med användande av systemets bevisat effektiva försäljningsmetod. Om franchisetagarna tilläts köpa produkter av andra märken riskerade överförd know-how komma till konkurrenters gagn och förringa verksamhetens enhetlighet. Såsom nödvändig var klausulen tillåten enligt artikel 81.1 EG, dock under förutsättning att franchisetagaren hade rätt att beställa produkter från andra franchisetagare inom systemet.

⁹⁰ Korah och O'Sullivan, s. 99.

⁹¹ Stycke 10 i ingressen till rådets förordning nr 19/65.

⁹² Se *Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements*, s. 278. Besluten refereras endast i den mån de innehåller något nytt i förhållande till tidigare praxis.

⁹³ Kommissionens beslut 87/14/EEG (*Yves Rocher*).

Slutligen godkände kommissionen en klausul som angav att franchisetagaren inte hade rätt att engagera sig personligen i konkurrerande företag i vilka ägarintressen förvärvades.

Beslutet *Pronuptia* gällde en ansökan från det franska moderbolaget i Pronuptia-koncernen om individuellt undantag eller icke-ingripandebesked för dess standardfranchiseavtal.⁹⁴ Avtalet innehöll en klausul som stadgade att franchisegivaren hade rätt att häva avtalet om franchisetagaren ansökte om konkurs, gick i likvidation eller upphörde med sin verksamhet. Kommissionen omnämnde inte denna klausul i sitt beslut.

I Pronuptias standardavtal angavs också att franchisetagaren endast hade rätt att bedriva verksamheten i de lokaler som utpekats av franchisegivaren. Denna bestämmelse, i kombination med franchisegivarens exklusivitetsförpliktelse, skapade enligt kommissionen en marknadsuppdelning. I enlighet med Pronuptia-domen stred detta mot artikel 81.1 EG. Kommissionen beviljade dock ett individuellt undantag för avtalet.

Beslutet *Computerland* rörde ett franchisesystem för datorförsäljning. Franchisetagarna förpliktade sig i systemets standardavtal bl.a. att meddela franchisegivaren vilka uppfinningar eller förbättringar som gjordes under bedrivande av rörelsen.⁹⁵ Franchisetagaren åtog sig att bevilja franchisegivaren en vederlagsfri, världsomspännande och icke-exklusiv licens för sagda förbättringar. Kommissionen behandlade inte uttryckligen denna klausul. Däremot beviljades i varje fall ett individuellt undantag för de konkurrensbegränsande avtalsbestämmelser som fanns i avtalet.

I *ServiceMaster* fattade kommissionen ett beslut om ett franchisesystem som i huvudsak gällde tillhandahållande av tjänster, närmare bestämt olika städ- och underhållstjänster.⁹⁶ Kommissionen ansåg att tjänstefranchising hade stora likheter med distributionsfranchising och tillämpade därför samma grundsatser som den hade gjort i tidigare beslut.

Icke desto mindre identifierade kommissionen en faktor som utmärkte tjänstefranchising, nämligen att know-how ofta är av större betydelse än när det gäller varudistribution. Anledningen till detta var dels att utförande av tjänster krävde att ett specifikt arbete skulle utföras, dels att starka personliga förbindelser skapades mellan den som tillhandahöll och den som tog tjänsten i anspråk. Franchisegivarens know-how och anseende kunde mot denna bakgrund vara ännu viktigare att skydda vid tjänstefranchising än vid distributionsfranchising.

I franchiseavtalet förpliktade sig franchisetagaren att meddela och ge franchisegivaren licens för alla förbättringar som gjordes i verksamheten. Klausulen innebar en icke-exklusiv och ömsesidig överföring av nyvunnen know-how. Kommissionen ansåg att denna förpliktelse inte omfattades av

⁹⁴ Kommissionens beslut 87/17/EEG (Pronuptia).

⁹⁵ Kommissionens beslut 87/407/EEG (Computerland).

⁹⁶ Kommissionens beslut 88/604/EEG (ServiceMaster).

artikel 81.1 EG, eftersom den förbättrade franchisenätets effektivitet och var nödvändig för att skydda franchisesystemets identitet och rykte.

Det sista beslutet i serien, *Charles Jourdan*, gällde ett franchisesystem för distribution av märkesskor, kläder, skinnprodukter och accessoarer.⁹⁷ Beslutet synes inte tillföra något nytt vad gäller skydd av know-how.

De olika besluten innebär sålunda att kommissionen ansåg klausuler om sekretess och ändamålsbegränsning vara förenliga med artikel 81.1 EG. För de konkurrens- och återöverföringsklausuler som behandlades tillämpade kommissionen ett nödvändighetstest. I de aktuella fallen ansågs de vara nödvändiga och därmed var de tillåtna. Slutligen tillämpade kommissionen, i enlighet med Pronuptia-domen, grundsatsen att de klausuler som innebar en marknadsuppdelning inte var tillåtna enligt artikel 81.1 EG. I de aktuella fallen ansåg dock kommissionen att förutsättningarna för ett individuellt undantag var uppfyllda.

4.4 Det vertikala gruppundantaget

4.4.1 Tidigare rättsläge

Med stöd av den behörighet som förvärvats genom besluten om individuella undantag, utfärdade kommissionen år 1988 en gruppundantagsförordning för franchiseavtal (nedan FF).⁹⁸ Den har senare upphävts, men är intressant då den specifikt behandlade franchising. Begreppen franchise och franchiseavtal definierades på följande sätt i förordningen:

a) *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,

b) *franchiseavtal*: ett avtal enligt vilket ett företag, franchisegivaren, till det andra företaget, franchisetagaren, mot direkt eller indirekt ekonomiskt vederlag överlåter⁹⁹ 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,

⁹⁷ Kommissionens beslut 89/94/EEG (*Charles Jourdan*).

⁹⁸ Kommissionens förordning nr 4087/88 (inte längre gällande) [cit. *Franchise-gruppundantaget*].

⁹⁹ I regeringsförordningen (1996:369) korrigeras den felaktiga svenska översättningen av rådets gruppundantagsförordning på så sätt att "överlåter" ersätts med "upplåter" (jfr engelskans "grant" och franskans "accorde"), Larsson, s. 35-36. Se nästa not angående översättningens rättsliga status.

- skyldigheten för franchisegivaren att meddela know-how till franchise- tagaren,
- skyldigheten för franchisegivaren att kontinuerligt under avtalstiden lämna kommersiellt eller tekniskt bistånd till franchisetagaren¹⁰⁰

Av dessa definitioner framgår att gruppundantaget omfattade såväl distributionsfranchising som tjänstefranchising. Dock föll produktionsfranchising utanför. Värt att notera är att överföring av know-how gjordes till ett nödvändigt villkor för att gruppundantaget skulle kunna tillämpas.

I artikel 1.1 och 1.2 FF stadgades om undantag enligt artikel 81.3 EG för franchiseavtal och huvudfranchiseavtal i vilka två företag var parter och som innehöll en eller flera av de begränsningar som angavs i artikel 2 FF. Om avtalet inte innehöll minst en sådan begränsning eller det inrymde en förpliktelse som var mindre långtgående, var gruppundantaget inte tillämpligt.¹⁰¹

Till dessa undantagna bestämmelser räknades exklusivitetsförpliktelser från franchisegivarens sida och förbudet för en huvudfranchisetagare att inte teckna franchiseavtal utanför avtalets geografiska område. Vidare upptogs franchisetagarens förpliktelse att endast bedriva verksamheten från den angivna affärslokalen, att inte söka upp kunder utanför avtalsområdet samt att inte tillverka, sälja eller använda konkurrerande varor och tjänster, artikel 2 FF.

Artikel 3 FF innehöll den s.k. vita listan. I denna angavs skyldigheter som normalt återfanns i franchiseavtal och som normalt inte var konkurrensbegränsande. De täcktes emellertid av gruppundantaget om de i ett visst fall, p.g.a. särskilda ekonomiska eller rättsliga omständigheter, omfattades av artikel 81.1 EG.¹⁰² Den vita listan innehöll klausuler om sekretess, återöverföring av nyvunnen know-how, ändamålsbegränsning och överlåtelse. Dessa kunde alltid åläggas en franchisetagare.

Vidare var ett antal klausuler tillåtna under förutsättning att de var nödvändiga för att skydda franchisegivarens intellektuella äganderätt eller rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd, eller för att bibehålla franchisenätverkets enhetliga identitet och anseende. Till denna kategori hörde klausuler som förbjöd franchisetagaren att engagera sig eller förvärva betydande ägarintressen i konkurrerande verksamhet. Franchisetagaren kunde också, under förutsättning att objektiva kvalitetskrav inte kunde uppställas för produkterna, förpliktas att bara köpa varor som var tillverkade av franchisegivaren eller av någon av denne utsedd person.

¹⁰⁰ Artikel 1.3 i Franchisegruppundantaget. Förordningen har veterligen aldrig publicerats i svensk version i EUT, utan citatet har hämtats från den svenska översättning som finns i bilagan till förordningen (1993:79) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för franchiseavtal. Se föregående not.

¹⁰¹ Larsson och Remnelid, s. 59.

¹⁰² Se punkt 11 i ingressen till Franchisegruppundantaget.

I artikel 5 FF räknades de begränsningar upp som inte fick förekomma om ett avtal skulle omfattas av gruppundantaget. Denna s.k. svarta lista förbjöd avtal mellan konkurrenter inom samma produktmarknad. Vidare fick inte franchisetagaren hindras att använda överförd know-how efter avtalets slut, om denna blivit allmänt känd eller lättillgänglig på annat sätt än genom franchisetagarens avtalsbrott.

Gruppundantaget var i princip inte tillämpligt för ett franchiseavtal som innehöll en annan konkurrensbegränsande klausul än de ovan nämnda. Dock fanns det en möjlighet till ett förenklat ansökningsförfarande. Om kommissionen inte gjorde invändning mot ett avtal som annars uppfyllde gruppundantagets krav inom en period av sex månader efter ansökan, omfattades det av undantaget, artikel 6 FF.

Kommissionen hade enligt artikel 8 FF möjlighet att återkalla gruppundantaget om den ansåg att ett avtal, trots att den uppfyllde undantagets krav, hade effekter som var oförenliga med artikel 81.3 EG. Detta kunde bland annat ske i fall då franchisetagaren hade givits ett områdesskydd och det fanns parallella nät av liknande avtal.

4.4.2 Utgångspunkter

Gruppundantagsförordningen för vertikala avtal (nedan VF) trädde i kraft den 1 januari 2000. Den ersatte gruppundantagen för franchiseavtal, ensamåterförsäljaravtal samt exklusiva inköpsavtal.¹⁰³ Vissa problem hade konstaterats med de gamla gruppundantagen. Med deras vita listor och andra tillämpningsbegränsningar av formell natur ansåg kommissionen att de hade kommit att utgöra en tvångströja för företagen. Samtidigt hade företag med mycket stora marknadsandelar möjlighet att dra nytta av dem, vilket kunde medföra allvarliga utestängningseffekter och högre priser. Gruppundantagen uteslöt dessutom vissa typer av avtal, t.ex. sådana som avsåg mellanprodukter, utan anledning. För att avhjälpa dessa brister ansåg kommissionen att ett mer ekonomiskt synsätt var nödvändigt. Det vertikala gruppundantaget utformades för att ta hänsyn till detta.¹⁰⁴

Gruppundantaget för vertikala avtal är endast tillämpligt på avtal som omfattas av artikel 81.1 EG. Detta innebär att det inte är nödvändigt att gå vidare till gruppundantaget för ett franchiseavtal som är tillåtet med hänsyn till t.ex. *de minimis*-regeln eller den grundsats som tillämpades i Pronuptia-domén. För övriga avtal är det vertikala gruppundantaget intressant, då det vid tillämplighet skapar en presumtion för att avtalet är lagligt.¹⁰⁵

¹⁰³ Kommissionens förordning nr 2790/99 [cit. Vertikala gruppundantaget]. Förordningen stadgar att den skall börja tillämpas från och med den 1 juni 2000. För avtal som uppfyllde kraven i de gamla gruppundantagsförordningarna och inte i den nya finns övergångsperioder. Dessa har emellertid gått till ände. Se artikel 12 och 13 i Vertikala gruppundantaget.

¹⁰⁴ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av EG:s konkurrensregler på vertikala begränsningar (Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar).

¹⁰⁵ Punkter 8 och 21 i Vertikala riktlinjerna.

Om kommissionen i ett särskilt fall finner att ett avtal som omfattas av gruppundantaget har verkningar som är oförenliga med artikel 81.3 EG, kan den förklara att undantaget inte skall tillämpas, artikel 6 VF. Särskilt gäller detta för avtal som begränsar tillträdet till eller konkurrensen på den relevanta marknaden p.g.a. den kumulativa effekten av parallella nät av vertikala avtal. I vissa fall kan de behöriga myndigheterna i medlemsstaterna också ha kompetens att dra undan avtal från gruppundantagets tillämpningsområde. Sådana beslut får dock endast gälla medlemsstatens eget territorium, artikel 7 VF.

Gruppundantaget tolkas lämpligen med hjälp av riktlinjerna i kommissionens tillkännagivande om vertikala begränsningar.¹⁰⁶ Detta dokument är inte bindande för EG-domstolen.

4.4.3 Struktur

Gruppundantaget gäller vertikala avtal men kan endast tillämpas under förutsättning att det relevanta företags, normalt leverantörens, marknadsandel på marknaden inte överstiger 30 procent, artikel 2 och 3 VF.

I gruppundantaget finns en svart och en grå lista, artikel 4 respektive 5 VF. Om en eller flera av de i den svarta listan angivna klausulerna finns med i avtalet kan gruppundantaget över huvud taget inte tillämpas. Om en klausul som är med i den grå listan finns med i avtalet kan gruppundantaget inte tillämpas på den klausulen. Avtalet i övrigt kan ändå omfattas av undantaget, under förutsättning att de tillåtna delarna av avtalet kan avskiljas från de grå klausulerna.¹⁰⁷

I motsats till det tidigare gruppundantaget för franchiseavtal finns i det vertikala gruppundantaget ingen vit lista som begränsar tillämpningsområdet. Alla avtalsbestämmelser som inte räknas upp i den svarta och grå listan omfattas av undantaget.¹⁰⁸

4.4.4 Allmänt tillämpningsområde

Gruppundantaget omfattar vertikala avtal. Detta begrepp definieras i artikel 2.1 VF som "avtal eller samordnade förfaranden som ingås mellan två eller flera företag som vart och ett, inom ramen för avtalet, är verksamt i olika led i produktions- eller distributionskedjan, och som avser villkoren för parternas inköp, försäljning eller återförsäljning av vissa varor eller tjänster". Denna definition är påtagligt bred. Den omfattar t.ex. även ensamåterförsäljaravtal, avtal om selektiv distribution och franchiseavtal.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar [cit. Vertikala riktlinjerna].

¹⁰⁷ Punkter 46, 57 och 66-67 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁰⁸ Korah och O'Sullivan, s. 154.

¹⁰⁹ Korah och O'Sullivan, s. 130.

En jämförelse med franchiseavtalet i Pronuptia-domen ger för handen att det skulle ha uppfyllt kraven på ett vertikalt avtal. Pronuptia-avtalet gällde försäljning av bröllopsklänningar och andra bröllopskläder. Pronuptia agerade inom ramen för avtalet som leverantör till Schillgalis, vilket innebar att de var verksamma inom olika led i distributionskedjan. Att Pronuptia sålde bröllopskläder i egna butiker, d.v.s. själv verkade på detaljistnivå, är inget hinder för att erkänna att de är verksamma i olika led eftersom bedömningen enligt artikeln endast görs inom ramen för avtalet.¹¹⁰

Gruppundantaget är i regel inte tillämpligt för avtal som ingås mellan konkurrerande företag, artikel 2.4 VF. I artikel 1 a VF anges att företag anses som konkurrerande om de är faktiska eller potentiella leverantörer på samma produktmarknad, oavsett om företagen verkar på samma geografiska marknad.¹¹¹ Trots detta kan gruppundantaget tillämpas på ett avtal mellan konkurrenter i vissa fall då avtalet är icke-ömsesidigt. Ett sådant avtal föreligger t.ex. då en tillverkare distribuerar en annan tillverkares varor, men den sistnämnda inte distribuerar den förstnämndas varor.¹¹² Icke-ömsesidiga avtal mellan konkurrenter omfattas av undantaget endast om de uppfyller de krav som ställs i artikel 2.4 VF. Ett sådant avtal är tillåtet om köparen har en sammanlagd årsomsättning som inte överstiger 100 miljoner euro. Detsamma gäller om ”leverantören är tillverkare och distributör av varor medan köparen är en distributör som inte tillverkar varor som konkurrerar med de varor som omfattas av avtalet”. För tjänster finns en liknande bestämmelse.¹¹³

Vertikala avtal vars innehåll omfattas av en annan gruppundantagsförordning faller utanför gruppundantaget, artikel 2.5 VF. Syftet med denna regel är att förhindra att företag kan undvika de strängare regler som finns i andra gruppundantagsförordningar. Med artikeln utesluts från tillämpningsområdet bl.a. vissa typer av patentlicensavtal och know-how-licensavtal.¹¹⁴

4.4.5 Avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter

I artikel 2.3 VF finns en särskild regel för avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter, vilka innefattar ”rättigheter som åtnjuter industriellt rättsskydd, upphovsrätt och besläktade rättigheter”. De rättighetstyper som har störst betydelse i detta sammanhang är varumärken,

¹¹⁰ Mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis. Jfr Korah och O’Sullivan, s. 131.

¹¹¹ En potentiell leverantör är enligt punkt 26 i Vertikala riktlinjerna ”ett företag som inte faktiskt tillverkar en konkurrerande produkt men som skulle kunna och sannolikt kommer att göra det om avtalet inte ingås för att svara mot en liten och varaktig ökning av de relativa priserna”.

¹¹² Punkt 27 i Vertikala riktlinjerna.

¹¹³ Artikel 2.4 i Vertikala gruppundantaget.

¹¹⁴ Se Korah och O’Sullivan, s. 139-140. Dessa avtal om tekniköverföring omfattas av kommissionens förordning (EG) nr 240/96.

upphovsrätt och know-how.¹¹⁵ Enligt artikeln skall gruppundantaget tillämpas på avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter under förutsättning att fem kriterier är uppfyllda.

För det första måste avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter utgöra en del av ett vertikalt avtal. Detta innebär att gruppundantaget till exempel inte omfattar avtal där en part ger den andre ett recept och en licens för att tillverka en viss dryck, eftersom detta avtal sluts på ett horisontellt plan.

För det andra måste de immateriella rättigheterna gälla överlåtelse till köparen eller dennes användning av dessa. Avtal som gäller det motsatta förhållandet, d.v.s. att köparen tillhandahåller leverantören de immateriella rättigheterna, omfattas därför inte av undantaget.

För det tredje får inte avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter utgöra det primära syftet med avtalet. Kommissionen menar att kriteriet säkerställer att det primära syftet med avtalet är att köpa in eller distribuera varor eller tjänster. Vid t.ex. ett rent licensavtal är inte detta krav uppfyllt.

För det fjärde måste avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter ha direkt avseende på användning, försäljning eller återförsäljning av varor eller tjänster av köparen eller dennes kunder. I regel gäller bestämmelserna marknadsföring. Ett typexempel på detta är ett franchiseavtal där franchisegivarens varumärke och know-how används för att marknadsföra de varor och tjänster som franchisetagaren saluför.

För det femte får de varor och tjänster som omfattas av avtalet inte, i relation till bestämmelserna om immateriella rättigheter, begränsa konkurrensen på samma sätt eller med samma syfte som vertikala konkurrensbegränsningar som inte är undantagna enligt förordningen. Dessa ej undantagna konkurrensbegränsningar finns i den s.k. svarta och grå listan, artikel 4 respektive 5 VF (se nedan).¹¹⁶

De flesta franchiseavtal och huvudfranchiseavtal uppfyller dessa fem kriterier.¹¹⁷ Exempelvis skulle franchisesystemet i Pronuptia-domen ha uppfyllt åtminstone de fyra första kriterierna. Pronuptia och Schillgalis slöt ett vertikalt avtal som gav den senare rätt till know-how och bistånd från franchisegivaren. Dessutom fick Schillgalis rätt att använda varumärket "Pronuptia de Paris". Det primära syftet med denna överföring av immateriella rättigheter var att sälja bröllopskläder. Det sista kriteriet, att avtalet inte får ha samma syfte eller effekt som de klausuler som upptas i den svarta och grå listan, lämnar större utrymme för bedömning. Mot bakgrund av att kriteriet inte närmare berörs i kommissionens riktlinjer och att praxis saknas får rättsläget betraktas som osäkert.

¹¹⁵ Punkt 37 i Vertikala riktlinjerna.

¹¹⁶ Punkt 30-36 i Vertikala riktlinjerna.

¹¹⁷ Punkt 43 i Vertikala riktlinjerna.

Kommissionen menar att avtal som innehåller bestämmelser om immateriella rättigheter måste uppfylla de fem kriterierna för att omfattas av gruppundantaget, även om de uppfyller kraven i artikel 2.1 VF.¹¹⁸ Denna restriktiva tillämpning av gruppundantaget stöds av Pronuptia-domen i vilken EG-domstolen ansåg att det då gällande gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal inte kunde tillämpas då det inte innehöll en uttrycklig hänvisning till överföring av immateriella rättigheter. Denna restriktiva rättstillämpning innebär att artikel 2.3 VF är *lex specialis* till artikel 2.1 VF för avtal som innehåller immateriella rättigheter. Enligt den motsatta, extensiva ståndpunkten finns det inget i artikel 2.3 VF som begränsar den fulla tillämpningen av punkt 1 i den sistnämnda artikeln. Dessutom anges i punkt 3 i gruppundantagets ingress att det ”även” omfattar avtal med immateriella rättigheter.

Frågan bör ställas vilken betydelse detta resonemang har för franchiseavtal. När det gäller tjänste- och distributionsfranchising torde betydelsen vara minimal. Dessa avtal uppfyller nämligen oftast de krav som uppställs i artikel 2.3 VF. Däremot är frågan av större betydelse för produktionsfranchising, vilket omfattar fall då franchisetagaren själv tillverkar produkter enligt franchisegivarens instruktioner och säljer dessa under franchisegivarens kännetecken, firmanamn eller varumärke.¹¹⁹ Om gruppundantaget tolkas extensivt när det gäller avtal som innehåller immateriella rättigheter, kan produktionsfranchiseavtal komma att omfattas av tillämpningsområdet.

Korah menar att en extensiv tolkning är rimlig mot bakgrund av rättsaktens utformning. Dessutom menar hon att kommissionen går för långt när den i sina riktlinjer anför att det tredje kriteriet innebär att det primära syftet med avtalet skall vara att köpa in eller distribuera varor eller tjänster.¹²⁰ Detta mot bakgrund av att gruppundantaget endast anger att avtalsbestämmelserna om immateriella rättigheter inte får utgöra det primära syftet med avtalet. Korah och O’Sullivan betraktar dock rättsläget, vad gäller frågan om produktionsfranchiseavtal omfattas av gruppundantaget, som osäkert.¹²¹

4.4.6 Maximal marknadsandel

En nyhet i jämförelse med det tidigare gällande gruppundantaget för franchiseavtal är att det vertikala gruppundantaget anger ett tröskelvärde för det berörda företags marknadsandel. Denna normgivningsmetod bygger på tanken att ju starkare konkurrensen mellan varumärken är, desto sannolikare är det att effektivitetsvinster uppväger de konkurrenshämmande effekterna av avtalet. I gruppundantaget sätts taket för marknadsandelen till 30 procent. Genom detta undantas de avtal som inte med tillräckligt stor

¹¹⁸ Punkt 30 i Vertikala riktlinjerna.

¹¹⁹ Korah och O’Sullivan, s. 142-143.

¹²⁰ Korah och O’Sullivan, s. 153.

¹²¹ Korah och O’Sullivan, s. 150.

säkerhet uppfyller undantagsvillkoren i artikel 81.3 EG från tillämpningsområdet.¹²²

Enligt artikel 3 VF omfattas vertikala avtal av gruppundantaget om leverantörens marknadsandel inte överstiger 30 procent av den relevanta marknad som denne säljer avtalets varor eller tjänster på. Om leverantören är förpliktad att sälja sina varor och tjänster till endast en köpare inom gemenskapen är det dock istället köparens marknadsandel som maximalt får nå 30 procent. Marknaden utgörs i det senare fallet av den relevanta marknad där inköpen av avtalets varor och tjänster görs.

När det gäller franchising kompliceras marknadsandelsbedömningen av att franchisegivaren tillhandahåller en affärsmetod till franchisetagarna. Franchisegivaren måste ta hänsyn till detta genom att beräkna sin marknadsandel på den marknad där franchisetagarna utnyttjar affärsmetoden för att saluföra varor och tjänster. Kommissionen menar t.ex. att en franchisegivare på en marknad för snabbmatstjänster skulle vara tvungen att beräkna sin marknadsandel baserat på franchisetagarnas försäljningssiffror på den relevanta marknaden.¹²³

Att avgränsa den relevanta marknaden och därigenom bestämma ett företags marknadsandel kan vara problematiskt. Kommissionen kommer dock inte att ålägga böter för ett företag som i god tro utgått från att tröskelvärdet inte överskridits och därför inte sökt individuellt undantag.¹²⁴

4.4.7 Svarta klausuler

I artikel 4 VF finns en lista med särskilt allvarliga konkurrensbegränsningar. Dessa kallas ibland för svarta klausuler eftersom hela avtalet utesluts från gruppundantagets tillämpningsområde om de finns med.¹²⁵ Klausulerna anses inte vara nödvändiga för att uppnå de effektivitetsvinster som gruppundantaget vill värna.¹²⁶ Därmed strider de mot proportionalitetskriteriet i artikel 81.3 EG.

En svart klausul som är ägnad att skydda know-how utgörs av begränsningar av vilka kunder som köparen får sälja till. Sådana kundklausuler är förbjudna om inte någon av de i förordningen angivna undantagssituationerna föreligger, artikel 4 b VF. En förpliktelse som i detta sammanhang är tillåten gäller medlemmar i selektiva distributionssystem.¹²⁷ Dessa får förpliktas att inte sälja sina produkter till återförsäljare som inte är auktoriserade. Att en sådan klausul är tillåten måste ses mot bakgrund av att

¹²² Punkter 5-8 i Vertikala gruppundantagets ingress samt Korah och O'Sullivan, s. 154-155.

¹²³ Punkt 95 i Vertikala riktlinjerna.

¹²⁴ Punkt 65 i Vertikala riktlinjerna.

¹²⁵ Punkt 46 och 66 i Vertikala riktlinjerna.

¹²⁶ Punkt 10 i Vertikala gruppundantagets ingress.

¹²⁷ Begreppet selektivt distributionssystem definieras i artikel 1 d i Vertikala gruppundantaget. I denna uppsats finns företeelsen beskriven i avsnitt 2.1.

selektiva distributionssystem kan betraktas som objektivt berättigade för att skydda en viss produkts goda anseende.¹²⁸

4.4.8 Grå klausuler

Gruppundantaget tillämpas inte på de skyldigheter som är uppräknade i artikel 5 VF. Om sådana s.k. grå klausuler finns med i avtalet kan gruppundantagsförordningen likväl i övrigt tillämpas, under förutsättning att de tillåtna delarna av avtalet kan avskiljas från de grå klausulerna.¹²⁹ Syftet med att lyfta bort de grå klausulerna från gruppundantaget är att säkerställa marknadstillträde för konkurrerande företag och förhindra oönskad samverkan på marknaden.¹³⁰ Vad gäller skydd av know-how finns det två grå klausuler som är av intresse.

Det första förbehållet gäller konkurrensklausuler under avtalets löptid. Artikel 1 b VF anger vad som avses med konkurrensklausuler. Definitionen inbegriper för det första skyldigheter för köparen att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja konkurrerande varor eller tjänster. För det andra omfattas fall då köparen förpliktas att köpa mer än 80 % av den typ av varor eller tjänster som omfattas av avtalet av leverantören eller en av denne utsedd person.

Konkurrensklausuler omfattas inte av gruppundantaget om de har en varaktighet som är obegränsad eller överstiger fem år, artikel 5 a VF. Om en konkurrensklausul underförstått förlängs med en period som överstiger fem år, anses den vara sluten på obegränsad tid. För att inte fångas upp av denna regel måste parterna alltså uttryckligen ge sitt samtycke till en förlängning.¹³¹ Regleringen ger sålunda parterna två alternativ. Om de vill sluta ett avtal på obegränsad tid eller som automatiskt förnyas efter en viss tid, måste de begränsa konkurrensklausulens giltighet till fem år. Alternativt kan parterna ange i avtalet att det upphör i sin helhet att gälla efter fem år. Ett eventuellt fortsättande av samarbetet görs genom att ett nytt avtal sluts mellan parterna.¹³²

Tidsgränsen på fem år gäller inte om köparen säljer varorna eller tjänsterna från lokaler och mark som ägs av leverantören, alternativt som leverantören hyr av en tredje man som inte har någon anknytning till köparen. I sådant fall får konkurrensklausulen gälla så länge köparen innehar lokalen och marken. Orsaken till denna regellättnad är att det anses orimligt att leverantören skall acceptera att köparen säljer konkurrerande produkter i lokaler och på mark som ägs av leverantören.¹³³

¹²⁸ Punkt 184 och 199 i Vertikala riktlinjerna samt Korah och O'Sullivan, s. 185.

¹²⁹ Punkt 57 och 67 i Vertikala riktlinjerna.

¹³⁰ Punkt 11 i Vertikala gruppundantagets ingress.

¹³¹ Punkt 58 i Vertikala riktlinjerna.

¹³² Korah och O'Sullivan, s. 209.

¹³³ Punkt 59 i Vertikala riktlinjerna.

Det andra förbehållet utgörs av skyldigheter efter avtalets upphörande att inte tillverka, köpa, sälja eller återförsälja varor eller tjänster, artikel 5 b VF. Detta principiella förbud mot att utöva annan verksamhet gäller enligt artikeln inte om klausulen avser konkurrerande varor eller tjänster, har en varaktighet begränsad till ett år¹³⁴ och endast gäller för det försäljningsställe där köparen har bedrivit sin verksamhet. Vidare krävs att skyldigheten är nödvändig för att skydda den know-how som leverantören överfört till köparen.

4.5 Individuella undantag och legalundantag

4.5.1 Utgångspunkter

I detta kapitel behandlas de franchiseavtal som av någon anledning inte omfattas av det vertikala gruppundantaget. Det kan t.ex. röra sig om att gränsen på 30 procents marknadsandel överskridits, att avtalet innehåller en svart klausul, att avtalet inte är tillåtet med hänsyn till att det är slutet mellan konkurrenter, att ett avtal som innehåller immateriella rättigheter inte uppfyller kraven i artikel 2.3 VF eller att gruppundantaget förklarats icke-tillämpligt på avtalet. Vidare behandlar detta kapitel de grå klausuler som inte omfattas av gruppundantaget, t.ex. en konkurrensklausul som gäller mer än ett år efter att avtalet löpt ut.

För företag är det ofta en önskad situation att inte omfattas av den trygghet som gruppundantaget innebär.¹³⁵ Visserligen presumeras inte ett avtal som faller utanför vara olagligt.¹³⁶ Dock kan det vara svårt för företagen att bedöma huruvida kriterierna i artikel 81.3 EG är uppfyllda, vilket innebär en risk.

Enligt nu gällande rätt kan företagen i sådana fall ansöka om individuellt undantag från kommissionen, som har exklusiv behörighet att tillämpa undantagsbestämmelsen i artikel 81.3 EG. Beviljas ett undantag kan företagen vara förvissade om att deras avtal inte kan angripas konkurrensrättsligt.¹³⁷ EG-domstolen har enligt artikel 230 EG rätt att granska lagenligheten av kommissionens beslut om individuella undantag. Denna rätt har utnyttjats med en viss återhållsamhet. Domstolen har i många fall valt att inte ompröva kommissionens ofta invecklade ekonomiska bedömningar, med mindre än att ett grovt fel har begåtts.¹³⁸

¹³⁴ Enligt sista satsen i bestämmelsen gäller tidsbegränsningen på ett år inte för en förpliktelse som begränsar användningen och avslöjandet av know-how som ännu inte blivit tillgänglig för allmänheten. Sådana skyldigheter kan gälla för obegränsad tid och ändå omfattas av gruppundantaget.

¹³⁵ Korah och O'Sullivan, s. 227.

¹³⁶ Punkt 62 i Vertikala riktlinjerna.

¹³⁷ Artiklar 4 och 7 i Förordning nr 17.

¹³⁸ Se mål 56/64, 58/64 *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH* mot kommissionen samt Korah och O'Sullivan, s. 58-59, 270.

Den 1 maj 2004 ersätts systemet med individuella undantag. Artikel 81.3 EG blir då istället ett legalundantag. De nationella domstolarna kommer att bli behöriga att direkt tillämpa artikel 81 EG i sin helhet.¹³⁹ Då saken rör tolkning av fördraget, kommer domstolarna enligt artikel 234 EG att kunna inhämta förhandsavgöranden från EG-domstolen. Däremot försvinner domstolens legalitetsprövning av kommissionens beslut om individuella undantag, eftersom sådana beslut inte längre kommer att utfärdas. Om detta kan komma att förändra EG-domstolens återhållsamma praxis diskuteras i analyskapitlet.

Kommissionen kommer enligt den nya tillämpningsförfordningen nr 1/2003 att behålla viss beslutskompetens. Bland annat kommer den på eget initiativ att kunna lämna ett beslut om icke-tillämplighet i fall då den anser att artikel 81 EG inte är tillämplig. Detta kan antingen baseras på att kommissionen anser att villkoren i artikel 81.1 EG inte är uppfyllda eller att villkoren i artikel 81.3 EG är uppfyllda. Vid ett sådant beslut från kommissionen, får de nationella domstolarna inte fatta ett beslut som står i strid därmed. Detta påverkar dock inte möjligheten för de nationella domstolarna att söka förhandsavgöranden från EG-domstolen.¹⁴⁰

För företagen innebär det nya systemet alltså att de själva måste undersöka om deras avtal står i strid med artikelns krav. Görs det därvid en missbedömning kan det få allvarliga konsekvenser. För att underlätta möjligheterna till en egen bedömning avser kommissionen utfärda riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 EG. Ett utkast till tillkännagivande, publicerat i Europeiska unionens officiella tidning den 10 oktober 2003, är för närvarande på remiss.¹⁴¹ Detta kommer nedan att användas som tolkningshjälp, vid sidan av ingressen och riktlinjerna till det vertikala gruppundantaget. Anledningen till att de senarenämnda dokumenten brukas, är att det vertikala gruppundantaget kan ses som en schabloniserad tillämpning av artikel 81.3 EG.

Som tidigare nämnts presumeras inte ett avtal som faller utanför ett gruppundantag vara olagligt. Istället åvilar bevisbördan för att ett avtal strider mot artikel 81.1 EG den part eller myndighet som hävdar det. Om tillräcklig bevisning för detta läggs fram, åligger bevisbördan för att kriterierna i undantagsbestämmelsen i artikel 81.3 EG är uppfyllda det företag som hävdar det.¹⁴²

¹³⁹ Artikel 1 och 6 i Nya tillämpningsförfordningen.

¹⁴⁰ Artiklar 4, 10 och 16 i Nya tillämpningsförfordningen.

¹⁴¹ Meddelande till tredje part att lämna synpunkter på utkast till kommissionsmeddelanden, Utkast till tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget [cit. Artikel 81.3-utkastet].

¹⁴² Punkt 62 i Vertikala riktlinjerna och, vad gäller rättsläget efter den 1 maj 2004, artikel 2 i förordning nr 1/2003.

4.5.2 Huvudsakliga bedömningsgrunder

I sina riktlinjer anger kommissionen att den använder en ekonomisk metod för att tillämpa artikel 81 EG.¹⁴³ Detta är på många sätt ett nytt angreppssätt, som står i kontrast till den mer formella syn som kommissionen tidigare hade. Exempelvis hade den en tendens att tolka artikel 81.1 EG på ett extensivt sätt, vilket innebar att många avtal var beroende av ett individuellt undantag.¹⁴⁴ Med tillämpning av den ekonomiska metoden kan några allmänna principer, av relevans för franchiseavtal, fastslås.

För att förstå den kommande framställningen måste begreppet marknadsinflytande behärskas. Detta begrepp avser ett företags förmåga att kunna höja priset över den prisnivå som gäller under normala konkurrensförhållanden och i alla fall på kort sikt göra större vinster än normalt. Ett företag kan ha marknadsinflytande utan att ha en dominerande ställning i den betydelse som avses i artikel 82 EG.¹⁴⁵

Enligt kommissionens mening är vertikala begränsningar i allmänhet mindre allvarliga än horisontella.¹⁴⁶ Detta beror på att de sistnämnda begränsningarna kan avse avtal mellan konkurrenter som producerar identiska eller utbytbara varor eller tjänster. Om ett företag inom ramen för ett horisontellt avtal utövar sitt marknadsinflytande (d.v.s. höjer sina priser) kan det vara till fördel för konkurrenterna. Denna risk är inte lika stor inom ramen för ett vertikalt avtal. Detta beror på att ett företag som befinner sig i ett föregående eller efterföljande led normalt har ett incitament att förhindra att avtalspartnern höjer priserna. Denna självreglering har dock enligt kommissionens mening sina gränser. Ibland kan vertikala begränsningar möjliggöra för ett företag att öka sina vinster på konsumenternas bekostnad.

Dessa negativa effekter kan för det första resultera i en utestängning av andra leverantörer eller andra köpare, p.g.a. att det finns inträdeshinder. För det andra kan konkurrensen mellan eller inom varumärken minskas. För det tredje kan det uppstå hinder för integrationen av den gemensamma marknaden.¹⁴⁷

Kommissionen medger emellertid att vertikala begränsningar också ofta kan ha positiva effekter. De kan leda till förbättrad konkurrens inom andra områden än priset och till högre kvalitet på tjänsterna. En särskild

¹⁴³ Punkt 102 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁴⁴ Se Korah och O'Sullivan, s. 64-65 och 78 samt Meddelande från kommissionen om tillämpningen av EG:s konkurrensregler på vertikala begränsningar (Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar), avsnitt 1.

¹⁴⁵ Artikeln förbjuder missbruk av en dominerande ställning på den gemensamma marknaden eller inom en väsentlig del därav, i den mån det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. Ett företag presumeras ha en dominerande ställning om det har en marknadsandel på 50 % eller mer, se Bernitz och Kjellgren, s. 286.

¹⁴⁶ Begreppet vertikala begränsningar hänför sig till vertikala avtal och avser enligt gruppundantaget för vertikala avtal konkurrensbegränsningar som omfattas av artikel 81.1 EG.

¹⁴⁷ Punkt 100-103 i Vertikala riktlinjerna.

omständighet som kommissionen menar kan motivera vertikala begränsningar är om det vid överföring av know-how uppstår s.k. hold-up-problem. Med detta uttryck avses att leverantören inte har möjlighet att återta know-how som överförs.¹⁴⁸

Kommissionen anser också att det för de flesta vertikala begränsningar endast kan uppstå konkurrensproblem om konkurrensen mellan varumärken är otillräcklig. Om det sålunda finns många konkurrerande företag på en icke koncentrerad marknad, har vertikala begränsningar i regel inte några betydande negativa effekter.¹⁴⁹

I allmänhet är vertikala begränsningar som minskar konkurrensen mellan varumärken skadligare än de som minskar konkurrensen inom varumärken. Som exempel på detta anför kommissionen att det är troligt att ett avtal som innehåller konkurrensförbud har större negativa nettoeffekter än ett avtal om ensamåterförsäljning. Det förra kan hindra andra varumärken från att ta sig in på marknaden. Detta gäller inte det senare avtalet, som endast begränsar konkurrensen inom varumärket.¹⁵⁰

4.5.3 De fyra undantagskriterierna

De fyra villkoren för undantag i artikel 81.3 EG är rationaliseringskriteriet, konsumentkriteriet, proportionalitetskriteriet och ickeeliminationskriteriet. Dessa rekvisit måste alla vara uppfyllda för att undantaget skall kunna tillämpas. Detta innebär att det är onödigt att undersöka övriga villkor om det konstateras att ett av villkoren i artikeln inte är uppfyllt.¹⁵¹

Kommissionen anser att allvarliga konkurrensbegränsningar, av den typ som svartlistas i artikel 4 VF, endast uppfyller de fyra villkoren under exceptionella omständigheter. Särskilt det första och andra villkoret brister, eftersom avtal av denna typ enligt kommissionens mening varken skapar objektiva ekonomiska fördelar eller är till fördel för konsumenterna.¹⁵²

4.5.3.1 Första villkoret – rationaliseringskriteriet

Rationaliseringskriteriet innebär att det begränsande avtalet måste bidra ”till att förbättra produktionen eller distributionen av varor eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande”. Bestämmelsen gäller analogt för tjänster. Genom dess tillämpning definieras de effektivitetsvinster som

¹⁴⁸ Punkt 115, 116.5 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁴⁹ Punkt 119.1 i Vertikala riktlinjerna. En marknad kan förenklat sägas vara icke koncentrerad om det saknas eller bara finns få företag med höga marknadsandelar. Kommissionens formella definition lyder att en marknad anses icke koncentrerad om ”summan av kvadraterna av de enskilda marknadsandelarna för samtliga företag på den relevanta marknaden understiger 1 000”.

¹⁵⁰ Punkt 119.2 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁵¹ Punkt 34 och 38 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵² Punkt 46 i Vertikala riktlinjerna och punkt 41 i Artikel 81.3-utkastet.

blir relevanta vid bedömningen av det andra, tredje och fjärde villkoret i artikel 81.3 EG.¹⁵³

Enligt EG-domstolens dom i *Consten och Grundig*-fallet kan endast märkbara och objektiva fördelar beaktas.¹⁵⁴ Detta får exempelvis till följd att kostnadsbesparingar som beror på att företag kommit överens om att hålla en viss prisnivå inte medräknas, eftersom sådana begränsningar endast är en fördel för de inblandade företagen, d.v.s. av subjektiv natur. Företagen kan med ett sådant arrangemang öka sina vinster, på bekostnad av konkurrens-situationen.¹⁵⁵

För att rationaliseringskriteriet skall vara uppfyllt krävs att det finns ett ”tillräckligt orsakssamband” mellan avtalet och de påstådda effektivitetsvinster. Detta innebär att det i normala fall krävs ett direkt orsakssamband.¹⁵⁶

Objektiva effektivitetsvinster kan indelas i två huvudgrupper: kostnadsbesparingar¹⁵⁷ samt effektivitetsvinster i form av nya eller förbättrade produkter¹⁵⁸.

I ingressen till gruppundantaget för vertikala avtal anges att sådana avtal kan öka den ekonomiska effektiviteten inom produktionen eller distributionen genom att förbättra samordningen mellan de kontraherande företagen. Särskilt kan parternas transaktions- och distributionskostnader sänkas och deras investerings- och försäljningsnivåer göras optimala.¹⁵⁹

Som ett illustrativt exempel på effektivitetsvinster inom franchisesystem kan nämnas kommissionsbeslutet *Pronuptia* (sålunda ej domen med samma namn). I detta ansåg kommissionen att det ifrågavarande franchiseavtalet förbättrade produktionen och distributionen av varorna, eftersom det tillät franchisegivaren att utan motsvarande investeringar expandera sitt försäljningsnätverk. Franchisetagaren kunde för sin del dra nytta av franchisesystemets anseende, know-how och marknadsföring. Genom att tilldelas ett exklusivt territorium kunde franchisetagaren koncentrera sig på och vårda kundkontakterna inom detta område. Vidare möjliggjorde *Pronuptias* franchisesystem att nya aktörer kunde ta sig in på marknaden, att

¹⁵³ Punkt 43 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵⁴ Se mål 56/64, 58/64 *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH* mot kommissionen, som gällde ett avtal med absolut områdesskydd.

¹⁵⁵ Punkt 44 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵⁶ Punkt 45 och 48 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵⁷ Kostnadsbesparingar underindelas av kommissionen i 1) utveckling av ny produktionsteknik och nya produktionsmetoder, 2) synergier, 3) stordriftsfördelar, 4) diversifieringsfördelar och 5) verksamhet som förbättrar planering av tillverkningen. Punkt 56-60 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵⁸ Till denna kategori hör avtal om forskning och utveckling, licenseringsavtal och avtal om gemensam produktion av nya eller förbättrade varor eller tjänster samt förbättringar av produktkvaliteten och tjänstenivåerna. Punkt 61-63 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁵⁹ Punkt 6 i ingressen till Vertikala gruppundantaget.

konkurrensen mellan varumärken ökade och att företag som valde att bedriva sin verksamhet i filialform blev utsatta för ökad konkurrens.¹⁶⁰

4.5.3.2 Andra villkoret – konsumentkriteriet

Konsumentkriteriet innebär att konsumenterna måste tillförsäkras en skälig andel av de effektivitetsvinster som det begränsande avtalet ger upphov till. I begreppet konsumenter innefattas alla användare av de varor eller tjänster som omfattas av avtalet, t.ex. grossister, detaljister och slutkonsumenter.

Nyttan som förs vidare till konsumenterna måste åtminstone kompensera dem för de negativa verkningar som konkurrensbegränsningarna har. Avtalets nettoeffekt måste på varje relevant marknad vara minst neutral ur konsumenternas synvinkel. Detta innebär inte att konsumenterna nödvändigtvis måste kompenseras för varje konkurrensbegränsning som konstaterats under det första villkoret. Istället räcker det att de fördelar som förs vidare till konsumenterna totalt sett räcker för att uppväga avtalets negativa verkningar.¹⁶¹

I ingressen till det vertikala gruppundantaget stadgas att taket på en 30-procentig marknadsandel i regel medför att konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av effektivitetsvinster.¹⁶² Detta antagande bygger på tanken att företagen vid en fungerande konkurrens normalt för ut nya produkter på marknaden så snabbt som möjligt och genom prissänkningar låter konsumenterna ta del av kostnadsbesparingar.¹⁶³ Med andra ord anser lagstiftaren att en leverantör som har en marknadsandel på mer än 30 procent har sådant marknadsinflytande att denne i vissa fall har incitament att behålla de genererade effektivitetsvinster inom företaget. Vinsten kan då öka på konkurrensens bekostnad.

I beslutet *Yves Rocher* ansåg kommissionen att det föreliggande franchiseavtalet uppfyllde konsumentkriteriet, eftersom det ökade tillgängligheten av produkterna.¹⁶⁴ Franchisetagarna antogs vidare, mot bakgrund av att de drev sin egen rörelse, vara mer motiverade att uppnå maximal effektivitet, vilket gynnade konsumenterna. Dessa kunde också dra nytta av den know-how och det bistånd som franchisegivaren lämnade till franchisetagaren.

4.5.3.3 Tredje villkoret – proportionalitetskriteriet

Proportionalitetskriteriet innebär att det begränsande avtalet inte får ålägga de berörda företagen begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de effektivitetsvinster som avtalet ger upphov till.

¹⁶⁰ Kommissionens beslut 87/17/EEG (*Pronuptia*), punkt 34.

¹⁶¹ Punkt 72-75 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁶² Punkt 8 i ingressen till Vertikala gruppundantaget.

¹⁶³ Punkt 136 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁶⁴ Kommissionens beslut 87/14/EEG (*Yves Rocher*).

Bestämmelsen tillämpas i två steg. För det första måste avtalet som sådant vara nödvändigt för att uppnå effektivitetsvinsterna. Det får inte finnas några andra praktiskt genomförbara och mindre ingripande sätt att uppnå dessa, t.ex. genom en annan typ av avtal. För det andra krävs att de enskilda konkurrensbegränsningarna rimligen är nödvändiga för att uppnå effektivitetsvinsterna.¹⁶⁵

I det vertikala gruppundantaget anges att det över tröskelvärdet på 30 procent inte kan förutsättas att vertikala avtal ger upphov till fördelar i sådan omfattning att de kompenserar för de nackdelar som avtalet för med sig. Vidare anses svarta klausuler inte vara absolut nödvändiga för att uppnå de positiva verkningar som vertikala avtal kan ge upphov till.¹⁶⁶

I *Yves Rocher* ansåg kommissionen att dubbelsidig exklusivitet var förenligt med proportionalitetskriteriet. Detta berodde på att presumtiva franchise-tagare med all sannolikhet inte skulle vara beredda att göra de nödvändiga investeringarna, utan en försäkran från franchisegivaren att inte själv bedriva eller bevilja franchiserättigheter till någon annan på det angivna området.

4.5.3.4 Fjärde villkoret – ickeeliminationskriteriet

Ickeeliminationskriteriet innebär att avtalet inte får ge de berörda företagen möjlighet att ”sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna i fråga”. Detta innebär att den långsiktiga konkurrensstrukturen prioriteras högre än eventuella kortsiktiga effektivitetsvinster. Motsatt ordning skulle enligt kommissionen innebära att de kortsiktiga vinsterna skulle ätas upp av förluster på längre sikt, t.ex. genom en felaktig resursfördelning och minskad innovation. Tillämpningen kräver i osäkra fall en noggrann analys av avtalets inverkan på marknaden och av marknadens konkurrensstruktur, med avseende på konkurrenskällor och konkurrenstryck.¹⁶⁷

Bedömningen av frågan huruvida konkurrensen kan sättas ur spel görs genom en jämförelse mellan konkurrensen före och efter avtalet. Därvid tillämpas principen att ju svagare konkurrenssituationen är på marknaden före avtalets ingående, desto mindre behöver den ytterligare försvagas för att konkurrensen skall anses satt ur spel. På samma sätt gäller att ett mer begränsande avtal med större sannolikhet kan sätta konkurrensen ur spel än ett mindre begränsande dito.

I det vertikala gruppundantaget anses att taket för maximal marknadsandel samt den svarta och den grå listan normalt säkerställer att ickeeliminationskriteriet är uppfyllt.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Punkt 64-68 i Artikel 81.3-utkastet.

¹⁶⁶ Punkt 9-10 i ingressen till Vertikala gruppundantaget.

¹⁶⁷ Punkt 93, 96-97 i Artikel 81.3-utkastet. I punkt 98-104 anges närmare riktlinjer för bedömningen av marknadens konkurrensstruktur och avtalets verkningar.

¹⁶⁸ Punkt 12 i ingressen till Vertikala gruppundantaget.

5 Analys

5.1 Ansats

Syftet med denna uppsats är att ge svar på frågan hur en franchisegivare kan skydda sin know-how genom franchiseavtalet, utan att komma i konflikt med konkurrensrättens förbud mot konkurrensbegränsande avtal. I uppsatsen har, för att uppnå detta syfte, en tvåstegsmodell använts. För det första har klausuler som är ägnade att skydda know-how i franchiseavtal identifierats. För det andra har praxis, gruppundantag och fördragsbestämmelser som berör dessa klausuler redovisats. Det som här skall göras är att sammanfatta och analysera rättsläget.

Det står klart att parterna i många franchiseavtal över huvud taget inte behöver oroa sig för att deras avtal skall stå i strid med EG:s konkurrensrätt. Anledningen till detta är att samhandelskriteriet eller konkurrensbegränsningskriteriet ofta inte är uppfyllt. Enligt EG-domstolens rättspraxis måste dessutom såväl påverkan på handeln mellan medlemsstaterna som begränsningen av konkurrensen vara *märkbar*. Med hänsyn till detta omfattas inte avtal mellan små och medelstora företag av förbudet. Detsamma gäller avtal i vilket marknadsandelen för var och en av parterna inte överstiger 15 procent.¹⁶⁹ Det enda som sådana företag bör undvika är att ta in klausuler som hör till konkurrensrättens hårda kärna i avtalet, t.ex. bestämmelser om fasta återförsäljningspriser. Försiktighet är också påkallad när det gäller klausuler som begränsar vilka kunder som franchisetagaren får sälja till. Kommissionens hårda och kategoriska linje mot dessa avtalsbestämmelser kan förvisso kritiseras mot bakgrund av domen *Völk mot Vervaecke*.¹⁷⁰ Trots detta framstår det som rekommendabelt att undvika dessa.

Andra franchiseavtal är tillåtna med hänsyn till *Pronuptia*-domen. Eftersom EG-domstolen ansåg att franchiseavtal inte i sig hade som syfte att begränsa konkurrensen, föll de begränsningar som var nödvändiga för att avtalet skulle fungera effektivt utanför tillämpningsområdet för artikel 81.1 EG. Detta gällde för klausuler som syftade till att skydda franchisesystemets know-how, identitet och anseende. EG-domstolen begränsade avgörandet till att bara gälla franchiseavtal för distribution, men det anses vara en tillämpning av en allmän regel för s.k. accessoriska begränsningar. Dessa omfattar alla konkurrensbegränsningar som står i ett direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en icke-begränsande huvudtransaktion, och som står i proportion till denna.¹⁷¹

¹⁶⁹ Detta gäller under förutsättning att avtalet, såsom är brukligt i franchiseförhållanden, sluts mellan ickekonkurrenter. Om det finns parallella nät av avtal som ger upphov till kumulativa utestängningseffekter gäller istället en maximal marknadsandel på 5 procent.

¹⁷⁰ I detta mål accepterade EG-domstolen ett återförsäljaravtal med absolut områdesskydd med hänsyn till att påverkan på marknaden var obetydlig.

¹⁷¹ Punkt 25 i Artikel 81.3-utkastet samt Korah och O'Sullivan, s. 65.

De avtal som inte kan dra nytta av doktrinen om accessoriska begränsningar måste undersökas mot det vertikala gruppundantaget. Det kan därvid vara svårt för företag att bedöma sin marknadsandel – något som kräver att den relevanta marknaden definieras – men kommissionen avser inte ålägga böter för företag som i god tro utgått från att tröskelvärdet inte överskridits.

Som tidigare diskuterats är det osäkert om artikel 2.3 VF utvidgar eller inskränker den allmänna regeln i punkt 1 i samma artikel. Korah förordar en extensiv tolkning, mot bakgrund av att artikel 2.3 VF inte innehåller ett ord som begränsar den fulla tillämpningen av punkt 1. Detta, och formuleringar i gruppundantagets ingress, skulle rättfärdiga en extensiv tolkning. Detta synsätt kan kritiserats för att vara för formalistiskt. En bestämmelse kan enligt min mening tillämpas *e contrario* om det finns objektiva skäl för det, även om den inte innehåller ett begränsande ord. Jag anser att den mest sammanhängande slutsatsen är att betrakta bestämmelsen i artikel 2.3 VF som en uttömmande reglering för avtal som innehåller immateriella rättigheter. Denna slutsats stöds av Pronuptia-domen i vilken EG-domstolen ansåg att det då gällande gruppundantaget för ensamåterförsäljaravtal inte kunde tillämpas då det inte innehöll en uttrycklig hänvisning till överföring av immateriella rättigheter. Det kan konstateras att artikel 2.1 VF inte nämner de egenskaper som domstolen ansåg vara utmärkande för franchising. Av denna anledning förefaller det inte finnas skäl till varför EG-domstolen skulle anse det tillräckligt att ett franchiseavtal omfattades av artikel 2.1 VF. Denna slutsats, som delas av kommissionen, har betydelse för produktionsfranchiseavtal.

Ett avtal som varken är tillåtet med hänsyn till doktrinen om accessoriska begränsningar eller omfattas av det vertikala gruppundantaget kan enligt nu gällande rätt bli föremål för en ansökan om individuellt undantag. I teorin förefaller systemet praktiskt för företagen, som kan begära undantag före det att någon tvist uppkommit eller konkurrensmyndigheterna börjat intressera sig för avtalet. Dessutom möjliggör det för företagen att överlämna bedömningsfrågan till kommissionen. I praktiken har systemet emellertid på många sätt varit otillfredsställande. Kommissionen har endast resurser till att fatta ett fåtal formella beslut varje år.¹⁷² Med 15 medlemsstater och en ökad ekonomisk integration mellan marknaderna har systemet ansetts otidsenligt.¹⁷³

Enligt det nya systemet som träder i kraft den 1 maj 2004 kommer undantaget i artikel 81.3 EG att bli direkt tillämpligt i medlemsstaterna. Frågan är om detta kan leda till förändringar i EG-domstolens återhållsamma tillämpning av bestämmelsen. Detta framstår enligt min mening som rimligt eftersom den nuvarande granskningen endast är en legalitetsprövning. EG-domstolen har uttryckt sin restriktiva hållning i målet Consten och Grundig. I detta uttalade domstolen att den inte omprövar

¹⁷² Korah och O'Sullivan, s. 73.

¹⁷³ Meddelande från kommissionen, Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 (nu artiklarna 81 och 82) i EG-fördraget.

kommissionens ekonomiska bedömningar om inte ett grovt fel har begåtts.¹⁷⁴ I det nya systemet har EG-domstolen inget grundbeslut från kommissionen att ta hänsyn till. Bedömningen borde av denna anledning bli friare.

I dagsläget framstår undantagsbestämmelsen i artikel 81.3 EG som svår att tillämpa. Det är särskilt besvärligt att fastslå stödregler som fungerar i ett abstrakt sammanhang, d.v.s. utan en detaljerad analys av det individuella avtalets effekter. Det är dock enligt min mening viktigt att jurister inte ryggar från den mer ekonomiska bedömning som blir aktuell. Bestämmelsen kommer att bli en juridisk norm som direkt skall tillämpas av medlemsstaternas domstolar.

Intressant i detta sammanhang är att Korah och O'Sullivan inte alls verkar besväras av avsaknaden av handfasta regler. De förordar istället ett användande av en allmän skälighetsregel (rule of reason) vid all tillämpning av artikel 81 EG. Korah och O'Sullivan noterar dock att jurister inom rättssystem som följer den civilrättsliga rättstraditionen verkar ogilla en rättstillämpning helt baserad på ekonomisk metod.¹⁷⁵

För tillämpning av undantagsbestämmelsen är, för vertikala avtal, marknadsandelen som avtalets varor och tjänster representerar av central betydelse. I regel anses nämligen inte konkurrensrättsliga problem kunna uppstå om konkurrensen *mellan* varumärken är tillräcklig. Om denna däremot är otillräcklig, kan begränsningar av konkurrensen *inom* ett visst varumärke kraftigt minska valmöjligheterna för konsumenterna.

5.2 Klausulvis genomgång

Klausuler om *sekretess* och *användningsändamål* behandlades i besluten Yves Rocher, Computerland, ServiceMaster och Charles Jourdan. De förefaller normalt inte omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. I besluten verkar kommissionen ha intagit en närmast likgiltig inställning till klausulerna, vilka har godkänts utan närmare motivering. Riktlinjerna till det vertikala gruppundantaget anger att de i regel anses som nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter. Vad gäller sekretessbestämmelsen får den dock, enligt riktlinjerna, inte avse know-how som har blivit tillgänglig för allmänheten.¹⁷⁶ Att kommissionen hänvisar till att klausulerna anses nödvändiga torde, mot bakgrund av Pronuptia-domen, innebära att den anser att de normalt faller utanför artikel 81.1 EG.

Det tidigare gruppundantaget för franchiseavtal undantog klausulerna, men stadgade att franchisetagaren inte fick förbjudas att använda know-how som blivit allmänt känt eller tillgänglig. I det vertikala gruppundantaget finns en

¹⁷⁴ Mål 56/64, 58/64 *Établissements Consten SARL och Grundig-Verkaufs-GmbH mot kommissionen*. Se också Korah och O'Sullivan, s. 58-59, 270.

¹⁷⁵ Korah och O'Sullivan, s. 297.

¹⁷⁶ Punkt 44 i Vertikala riktlinjerna.

rest av denna bestämmelse i artikel 5 b, men klausulerna omnämns där endast på ett sätt som är ägnat att utöka franchisegivarens möjlighet att använda dem. Frågan är därför om även allmänt tillgänglig know-how kan skyddas enligt det vertikala gruppundantaget. Mot bakgrund av utformningen av artikel 5 b VF står det klart att så kan ske åtminstone under avtalets löptid. Efter denna tidpunkt måste allmänt tillgänglig know-how undantas från skyddet, om bestämmelsen om förbud mot konkurrens i övrigt blir tillämplig.¹⁷⁷ Denna något komplicerade slutsats är den enda rimliga mot bakgrund av bestämmelsernas utformning. Eftersom frågan förefaller vara av mindre betydelse – allmänt tillgänglig know-how representerar sällan något större värde – behandlas den inte vidare.

Klausuler om *överlåtelse* har berörts i Pronuptia-domen samt besluten ServiceMaster och Pronuptia. I Pronuptia-domen ansåg EG-domstolen att ett förbud för franchisetagaren att överlåta sin rörelse utan franchisegivarens samtycke var nödvändigt för att skydda franchisesystemets know-how, identitet och anseende. Vid en överlåtelse kunde know-how komma till konkurrenters gagn. Dessutom kunde systemets anseende riskeras, eftersom rörelsen kunde komma i händerna på någon som saknade de rätta yrkeskvalifikationerna. I riktlinjerna till det vertikala gruppundantaget ses överlåtelseklausuler i regel som nödvändiga för att skydda franchisegivarens immateriella rättigheter.¹⁷⁸

Samma grundsatser som i Pronuptia-domen tillämpades i kommissionsbesluten ServiceMaster, Pronuptia och Charles Jourdan. I Pronuptia-beslutet behandlades dock dessutom en klausul som gav franchisegivaren rätt att häva avtalet vid franchisetagarens dödsfall eller invaliditet. Kommissionen nämnde inte denna klausul, och det är därför osäkert om den godkändes enligt den första eller tredje punkten i artikel 81 EG.

Det vertikala gruppundantaget omnämner inte överlåtelseklausuler, varför de är konkurrensrättsligt godkända om avtalet i sig omfattas av undantaget. Detta inbegriper klausuler som ger franchisegivaren rätt att häva avtalet vid franchisetagarens död, invaliditet eller psykiska störning.¹⁷⁹

Klausuler om *återöverföring* av know-how som franchisetagaren förvärvat behandlades i besluten Computerland och ServiceMaster. I båda fallen förpliktade sig franchisetagaren att bevilja franchisegivaren en icke-exklusiv licens för de förbättringar som gjordes i franchisesystemet. I det förstnämnda fallet behandlades klausulen inte närmare i beslutet. I det sistnämnda föll den utanför artikel 81.1 EG, eftersom den syftade till att

¹⁷⁷ Åtminstone gäller detta om franchisegivaren vill skydda överförd know-how för en längre period än ett år. Slutsatsen kommer av att den sista satsen i artikeln möjliggör ett icke tidsbegränsat know-how-skydd. Vill franchisegivaren dra nytta av denna bestämmelse måste han eller hon i avtalet uppställa det där angivna förbehållet för allmänt tillgänglig know-how.

¹⁷⁸ Punkt 44 i Vertikala riktlinjerna.

¹⁷⁹ Det skall i detta sammanhang påminnas om att uppsatsen i princip inte behandlar civilrättsliga frågor, t.ex. klausulernas eventuella oskälighet eller bristande samstämmighet med tro och heder.

skydda franchisesystemets identitet och anseende. Enligt riktlinjerna om vertikala begränsningar anses en förpliktelse om att franchisetagaren måste bevilja franchisegivaren en icke-exklusiv licens för nyvunnen know-how som nödvändig för att skydda den senares immateriella rättigheter.¹⁸⁰

Det vertikala gruppundantaget innehåller ingen bestämmelse om återöverföringsklausuler. Om avtalet som sådant omfattas av gruppundantaget, är dessa därför tillåtna enligt undantaget. T.o.m. klausuler som ger franchisegivaren rätt till en exklusiv licens torde vara godtagbara.

Klausuler om *kontroll*, syftande till att förhindra att franchisetagaren förlorar kontrollen över sin verksamhet, har endast berörts i Pronuptia-beslutet. Saken gällde där en klausul som gav franchisegivaren rätt att häva avtalet om franchisetagaren gick i konkurs, i likvidation eller upphörde med sin verksamhet. Kommissionen behandlade inte denna klausul närmare i sitt beslut. Varken i det vertikala gruppundantaget eller i riktlinjerna till detta finns klausulerna omnämnda.

Vad beror detta, till synes bristande intresset för kontrollklausuler på? Att de inte skulle ha funnits med i några av de avtal som blivit föremål för prövning framstår som osannolikt. Istället måste svaret nog sökas i klausulernas verkan mot olika rättssubjekt. I denna bedömning kan det konstateras att en kontrollklausul innebär att franchisegivaren har möjlighet att häva avtalet om ägandet av franchisetagarens verksamhet ändras på ett mer omfattande sätt. De innebär däremot ingen inskränkning av franchisetagarens möjlighet att fritt ta ekonomiska beslut. Klausulerna påverkar andra rättssubjekt, nämligen ägarna till franchisetagarens verksamhet. Detta kan vara anledningen till att klausulerna inte har behandlats.

Klausuler om *konkurrens* har behandlats i Pronuptia-domen och i alla av de behandlade kommissionsbesluten. Klausuler om förbud mot konkurrens för franchisetagaren är således mycket vanliga i franchiseavtal. De kan, som ovan angivits, ha olika utformning.

Pronuptia-domen behandlade det allmänna förbudet mot att engagera sig i konkurrerande verksamhet. I detta rättsfall förpliktade klausulen franchisetagaren att under avtalets löptid och ett år därefter avstå från all slags konkurrens med en Pronuptiabutik inom Västtyskland samt på annat område där Pronuptia var representerat. EG-domstolen fann att en sådan klausul inte stred mot artikel 81.1 EG, eftersom den var nödvändig för att skydda systemets know-how. Förpliktelsen fick sträcka sig över avtalets löptid och "en rimlig tid" efter denna tidpunkt och avse konkurrens med andra deltagare i distributionsnätet. I kommissionsbesluten har konkurrensklausuler under avtalets löptid i princip alltid ansetts falla utanför artikel 81.1 EG. Undantaget är dock klausuler som gäller ägande i konkurrerande företag. I Computerland-beslutet förmådde kommissionen företaget att

¹⁸⁰ Punkt 44 i Vertikala riktlinjerna.

inskränka förbudet till att endast gälla ägande som gav franchisetagaren möjlighet att ha ett kontrollerande inflytande över det ägda företaget. Att en sådan inskränkning sannolikt måste göras bekräftas av riktlinjerna till det vertikala gruppundantaget.¹⁸¹

Avtalet i Pronuptia- domen innehöll också en förpliktelse för franchisetagaren att endast sälja varor från franchisegivaren eller från en leverantör som utsetts av denne. EG-domstolen ansåg att förpliktelsen var motiverad för att skydda franchisesystemets identitet och anseende. Detta berodde dels på att objektiva kvalitetskrav var svåra att fastställa i vissa fall, t.ex. när det gällde modeprodukter, dels på att övervakningen av ett stort antal franchisetagare kunde bli för kostsam. Såsom nödvändig var klausulen tillåten, under förutsättning att franchisetagaren hade rätt att köpa produkterna från andra franchisetagare inom systemet.

En exklusiv produktklausul, d.v.s. en förpliktelse att endast sälja produkter med ett visst varumärke, är nära sammanbunden med ovanstående exklusiva leverantörsklausul. Finns den ena, är det i regel onödigt att ta in den andra. Kommissionsbeslutet Yves Rocher behandlade en exklusiv produktklausul. I detta ansåg kommissionen att klausulen föll utanför artikel 81.1 EG, eftersom den var en logisk följd av franchisesystemets distributionsmetod. Om franchisetagarna tilläts sälja andra produkter skulle de kunna använda den know-how och det bistånd som franchisegivaren tillhandahållit för att främja försäljningen av de konkurrerande produkterna. I det vertikala gruppundantaget kan leverantörsklausuler strida mot artikel 5 c i den grå listan.

Kundklausuler förbjuder franchisetagaren från att endast sälja till vissa kategorier av kunder, t.ex. konkurrenter. I avtalet i beslutet Computerland förpliktades franchisetagaren att endast sälja avtalsprodukterna till slutanvändare eller till andra franchisetagare inom systemet. Denna ansåg kommissionen omfattas av artikel 81.1 EG. På grund av den särskilda uppbyggnaden av distributionssystemet för datorer, där detaljister såväl kan vara medlem i ett franchisesystem och i ett system för selektiv distribution ansågs ett undantag enligt artikel 81.3 EG vara berättigat. När det gäller det vertikala gruppundantaget är försiktighet påkallad vid utformningen av kundklausuler, eftersom de kan omfattas av den svarta listan, artikel 4 b VF.

I ICC:s modellavtal fanns en konkurrensklausul som förbjöd franchisetagaren att över huvud taget engagera sig i någon annan rörelse än den som avtalet gällde. Denna typ av klausul har inte behandlats i praxis, men är enligt min mening alldeles för långtgående för att falla utanför artikel 81.1 EG. Det är mycket svårt att se på vilket sätt en sådan klausul skulle vara nödvändig för att ett franchisesamarbete skall fungera.

¹⁸¹ Punkt 44 i Vertikala riktlinjerna, där det talas om att en klausul normalt ses som nödvändig om den avser ett förbud för franchisetagaren att skaffa sig ”ekonomiska intressen i ett konkurrerande företag, vilka skulle ge franchisetagaren möjlighet att påverka detta företags ekonomiska handlande”.

I det vertikala gruppundantaget finns klausuler om konkurrens med i den grå listan. För de ganska invecklade tillämpningsvillkoren hänvisas till den tidigare redogörelsen därom. Enligt utformningen av artikel 5 VF står det dock klart att franchisegivaren inte enligt gruppundantaget kan förbjuda franchisetagaren att alls bedriva någon annan verksamhet.

5.3 Avslutning

Med denna redogörelse för den konkurrensrättsliga behandlingen av olika klausuler som kan skydda know-how i franchiseavtal anser jag uppsatsens syfte vara uppnått. Som framgått går det inte att sammanfatta rättsläget med några korta fraser. Bedömningen om en viss klausul omfattas eller inte av artikel 81.1 EG beror ofta på flera olika faktorer. En missbedömning av dessa är i praktiken sällan av avgörande betydelse, eftersom de flesta klausuler som kan skydda know-how inryms i det vertikala gruppundantaget.

Däremot är företag vars avtal inte omfattas av gruppundantaget i en svårare situation. De måste själva, under det kommande systemet, bedöma huruvida förutsättningarna för undantag enligt artikel 81.3 EG är uppfyllda. Detta inbegriper en ekonomisk utvärdering, där risken för felbedömningar måste betraktas som stor. Därför bör franchiseavtal enligt min mening i så stor utsträckning som möjligt utformas för att omfattas av det vertikala gruppundantaget.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Författningar

SFS 1914:45, Lag om kommission.

SFS 1915:218, Lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område [cit. Avtalslagen].

SFS 1960:644, Varumärkeslag.

SFS 1990:409, Lag om skydd för företagshemligheter.

SFS 1991:351, Lag om handelsagentur.

SFS 1993:20, Konkurrenslag.

SFS 1993:79, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för franchiseavtal.

SFS 1996:764, Lag om företagsrekonstruktion.

SFS 2000:1193, Förordning om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för vertikala avtal.

Propositioner

Prop. 1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning.

Prop. 1994/95:35. Sveriges anslutning till Världshandelsorganisationen m.m.

Statens offentliga utredningar

SOU 1966:71. Otillbörlig konkurrens. Betänkande av utredningen om illojal konkurrens.

SOU 1983:52. Företagshemligheter. Betänkande av utredningen om skydd för företagshemligheter.

SOU 1987:17. Franchising. Betänkande av franchiseutredningen.

SOU 2001:80. Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden. Betänkande av förmånsrättskommittén.

EG-rättsligt offentligt tryck

Primärrätt

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (Romfördraget) i dess lydelse efter den 1 maj 1999 (då Amsterdamfördragets omnumrering trädde i kraft).

Sekundärrätt – förordningar

Rådets förordning (EEG) nr 17/62 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (nu artiklar 81 och 82 EG) [cit. Förordning nr 17].

Rådets förordning (EEG) nr 19/65 av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nu artikel 81.3 EG) på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden.

Kommissionens förordning (EEG) nr 67/67 av den 22 mars 1967 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nu artikel 81.3) på vissa grupper av ensamåterförsäljaravtal (inte längre gällande).

Kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 (nu artikel 81.3) på grupper av franchiseavtal (inte längre gällande) [cit. Franchisegruppundantaget] (förordningen finns veterligen inte publicerad i svensk version i EUT, men finns översatt i bilagan till SFS 1993:79).

Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/99 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden [cit. Vertikala gruppundantaget].

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (träder i kraft den 1 maj 2004) [cit. Nya tillämpningsförfarandet].

Sekundärrätt – beslut

Kommissionens beslut 87/14/EEG av den 17 december 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 (nu artikel 81) i EG-fördraget (IV/31.428 till 31.432 Yves Rocher) (beslutet finns inte i svensk version, titeln är egenhändigt översatt från den autentiska franska versionen, beslutet är inte längre gällande).

Kommissionens beslut 87/17/EEG av den 17 december 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 (nu artikel 81) i EG-fördraget (IV/30937 - Pronuptia) (beslutet finns inte i svensk version, titeln är egenhändigt översatt från den autentiska franska versionen, beslutet är inte längre gällande).

Kommissionens beslut 87/407/EEG av den 17 juli 1987 om ett förfarande enligt artikel 85 (nu artikel 81) i EG fördraget (IV/32.034 - Computerland) (beslutet finns inte i svensk version, titeln är egenhändigt översatt från den autentiska franska versionen, beslutet är inte längre gällande).

Kommissionens beslut 88/604/EEG av den 14 november 1988 om ett förfarande enligt artikel 85 (nu artikel 81) i EG-fördraget (IV/32.358 - ServiceMaster) (beslutet finns inte i svensk version, titeln är egenhändigt översatt från den autentiska engelska versionen, beslutet är inte längre gällande).

Kommissionens beslut 89/94/EEG av den 2 december 1988 om ett förfarande enligt artikel 85 (nu artikel 81) i EG-fördraget (IV/31.697 - Charles Jourdan) (beslutet finns inte i svensk version, titeln är egenhändigt översatt från den autentiska franska versionen, beslutet är inte längre gällande).

Tillkännagivanden och meddelanden

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, EUT C 372, 9.12.1997, s. 5.

Meddelande från kommissionen, Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget, EUT C 9, 14.1.1998, s. 3.

Meddelande från kommissionen om tillämpningen av EG:s konkurrensregler på vertikala begränsningar (Uppföljning av grönboken om vertikala begränsningar), EUT C 365, 26.11.1998, s. 3.

Meddelande från kommissionen, Vitbok om modernisering av reglerna om tillämpning av artiklarna 85 och 86 (nu artiklarna 81 och 82) i EG-fördraget, EUT C 132, 12.5.1999, s. 1.

Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om vertikala begränsningar, EUT C 291, 13.10.2000, s. 1 [cit. Vertikala riktlinjerna].

Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, EUT C 3, 6.1.2001, s. 2.

Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (*de minimis*), EUT C 368, 22.12.2001, s. 13 [cit. *De minimis*-tillkännagivandet]

Meddelande till tredje part att lämna synpunkter på utkast till kommissionsmeddelanden, Utkast till tillkännagivande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget, EUT C 243, 10.10.2003, s. 10 [cit. Artikel 81.3-utkastet].

Rättspraxis

Mål 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, REG 1963, s. 3.

Mål 56/64, 58/64 Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission., REG 1966, s. 299.

Mål 5/69 Franz Völk mot S.P.R.L. Éts J. Vervaecke, REG 1969, s. 295.

Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, REG 1976, s. 455.

Mål 161/84 Pronuptia de Paris GmbH mot Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis, REG 1986, s. 353.

Internationella konventioner

Avtal om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPs), World Trade Organization. En svensk översättning av avtalet finns i prop. 1994/95:35, bilaga 7, s. 103 ff.

Litteratur

Axberg, Curt m.fl.: *Franchising i praktiken*, 1999.

Bernitz, Ulf: *Den svenska konkurrenslagen*, 1996.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders: *Europarättens grunder*, 2 uppl., 2002.

Dalqvist, Anna: "Franchising erövrar nya branscher – förenar fördelarna med stort och smått" i *Entreprenör*, utgiven av Svenskt Näringsliv, år 2003 nr 9, s. 37-41.

D'arcy, Leo, Murray, Carole och Cleave, Barbara: *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, 10 uppl., 2000, ISBN 0-421-61950-3.

"De europeiska etiska reglerna", utvecklade av European Franchise Federation, antagna av Svenska Franchiseföreningen år 1994. Reglerna finns i tryckt form i Sohlberg, s. 123-126.

Fahlbeck, Reinhold: *Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet – En kommentar*, 1992.

Helgesson, Christina: *Affärshemligheter i samtid och framtid*, 2000.

ICC Model International Franchising Contract, International Chamber of Commerce, ICC Publication No 557, 2000, ISBN 92-842-1211-1.

Korah, Valentine och O'Sullivan, Denis: *Distribution Agreements under the EC Competition Rules*, 2002, ISBN 1-84113-239-X.

Larsson, Rolf och Remnelid, Pär: *Franchising ur ett konkurrensrättsligt perspektiv*, 1996.

Levin, Marianne: "Något om riskerna vid överlåtelse av know-how i samband med tillverkningsavtal" i *Festskrift till Jan Ramberg*, 1996, s. 363-377.

Sohlberg, Stig: *Franchisejuridik*, 3 uppl., 2001.

Ståhlros, Leif: *Företagshemligheter – know how*, 1986.

Unidroit Guide to International Master Franchise Arrangements, International Institute for the Unification of Private Law, 1998, ISBN 88-86449-05-4.

Unidroit Principles of International Commercial Contracts, International Institute for the Unification of Private Law, 1994, ISBN 88-86449-00-3.

Internet

Svenska Franchiseföreningens hemsida (http://www.franchiseforeningen.se/index/index_franchising.html, länk Frågor & svar, 2003-11-26).