

ENDRE STORLØKKEN,
JONAS IDESTRÖM OG ANDERS FERNLUND

FRANCHISE

EN RETTSLIG OG
KOMMERSIELL INNFORING



FRANCHISE

Endre Storløkken, Jonas Ideström
og Anders Fernlund

FRANCHISE

*En rettslig og kommersiell
innføring*

UNIVERSITETSFORLAGET

© H. Aschehoug & Co. (W. Nygaard) AS ved Universitetsforlaget 2023

ISBN 978-82-15-06208-2

Materialet i denne publikasjonen er omfattet av åndsverklovens bestemmelser. Uten særskilt avtale med rettighetshaverne er enhver eksemplarframstilling og tilgjengeliggjøring bare tillatt i den utstrekning det er hjemlet i lov eller tillatt gjennom avtale med Kopinor, interesseorgan for rettighetshavere til åndsverk. Utnyttelse i strid med lov eller avtale kan medføre erstatningsansvar og inndragning og kan straffes med bøter eller fengsel.

Henvendelser om denne utgivelsen kan rettes til:

Universitetsforlaget AS
Postboks 508 Sentrum
0105 Oslo

www.universitetsforlaget.no

Omslag: Stian Hole

Sats: ottaBOK

Trykk og innbinding: Livonia Print, Latvia

Boken er satt med: Stempel Garamond 10,5/14

Papir: 90 g Amber Graphic



Forord

Denne boken har sitt utspring i *Franchiseguiden* i Norge (Jonas Ideström, Anders Fernlund og Endre Storløkken, Oslo 2016).

Boken inneholder vesentlige oppdateringer, omarbeidelser og utvidelser, og advokat Endre Storløkken i Advokatfirmaet SGB Storløkken AS står alene bak arbeidet.

Disposisjonen er ny, og innledningsvis er det en gjennomgang av ulike hensyn som er sentrale ved valg av distribusjonsform. Franchising er satt inn i en bredere kommersiell og rettslig sammenheng med alternative distribusjonsformer. I praktisk arbeid er det erfart at franchise ikke alltid er den tilrådelige distribusjonsformen. Forstadier og alternativer til en franchiseutvikling samt overgangsfaser er derfor beskrevet. Franchise er bokens hovedtema.

Franchise er begrepsmessig uten en formell definisjon. Begrepet fremstår som en krysning eller sammensetning mellom flere ulike elementer og er følgelig tvetydig. Mange rettsområder berøres når det juridiske lappeteppet skal settes sammen til et juridisk velfungerende distribusjonssamarbeid. Boken beskriver hva som anses som de mest sentrale elementene i denne mangfoldigheten.

Kjernen i boken er business format franchising og variasjoner av dette i et kommersielt, rettslig og praktisk rettet lys.

Balansegangen mellom praktiske og juridiske temaer har vært forsøkt ivare tatt i bokens ulike deler. Kommersielle og juridiske hensyn spiller sammen innenfor franchise. Det har preget arbeidet å poengtere samspillet. Innenfor det juridiske området behandles de sentrale kontraktuelle spørsmålene mellom franchisegiveren og franchisetakeren.

Konkurranserettslige forhold er ikke hovedtemaet i den juridiske fremstillingen, og i denne boken er det ikke mulig å få plass til en full gjennomgang av den nye kommisjonsforordningen Kommisjonsforordning (EU) 2022/720 av 10. mai 2022 om anvendelse av art. 101 tredje ledd i traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis (KfO 2022/720, som trådte i kraft i EU 1. juni 2022). Det er foretatt henvisninger til forordningens artikler og retningslinjene til denne der det klargjør fremstillingen. Dette regelverket inkorporeres til forskrift i Norge

og vil erstatte forskriften FOR-2010-06-21-898, gjeldende til 31. mai 2022, se nærmere i kapittel 1.7. I skrivende stund er et norsk forskriftsverk ikke etablert. Det gis trolig tilbakevirkende kraft fra 1. juni 2022.

Metodiske utfordringer og tilfanget av rettskilder må nevnes. I den grad det henvises til «avtalepraksis», bygger det på norsk og svensk eller utenlandsk avtalepraksis gjennom de siste 30 årene som er tilgjengelig for oss i det praktiske arbeidet.

I begrenset grad finnes det litteratur i Norge som henviser til avtaleformuleringer. Internasjonal litteratur av kommersiell art er relativt rikholdig når det gjelder franchisesamarbeid. Internasjonal litteratur innenfor det juridiske området tilknyttet franchising foreligger i form av ulike kommentarutgaver til EUs gruppeunntak og dessuten særemner om master franchise. Der konkurranserettslige forhold står sentralt, kommenteres tidvis den relevante artikkelen i gruppeunntaksforordningen (KfO 2022/720), eventuelt med henvisning til en annen sentral kilde av fortolkningsmessig art, nemlig Kommisjonens meddelelse om retningslinjer for vertikale begrensninger.

Noen av bokens eksempler er hentet fra årlige møter i Euro Franchise Lawyers, der det er franchiseadvokater fra hvert EU-land samt Tyrkia og Ukraina (og inntil nylig også Russland). Forhåpentligvis har det bidratt til at boken i noen grad kan levendegjøres med faktiske problemstillinger og konflikt- og lovstoff fra disse medlemslandenes representanter oppigjennom årene.

I praksis forekommer det ofte at konsernbasert kjededrift kombineres med andre tilknytningsformer. Slike andre tilknytningsformer kan ofte være franchising. Flertydigheten i franchisebegrepet og variasjoner av kommersielle vilkår gjør at grensen mot andre distribusjonsformer samt arbeidsgiverforhold i praktisk drift kan bli utydelig. Derfor, og også på bakgrunn av de politiske strømningene omkring disse spørsmålene i Norge, har det vært naturlig å diskutere kjededrift via andre tilknytningsformer enn franchise, herunder å skissere valgmulighetene.

Nye EU-direktiver vil komme til å påvirke aktørene i et franchisesamarbeid, se for eksempel Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/2161 av 27. november 2019 om endring av rådsdirektiv 93/13/EØF og Europaparlaments- og rådsdirektiv 98/6/EF, 2005/29/EF og 2011/83/EU for så vidt angår bedre håndhevelse og modernisering av EU-reglene om forbrukerbeskyttelse (moderniseringsdirektivet), som vil gi økt forbrukervern. Boken har måttet avgrenses mot en gjennomgang av lover av generell art, slik som skatte- og næringslovgivning, som alle typer næringsvirksomheter må forholde seg til.

Ønsket er at boken vil kunne være et nyttig og praktisk verktøy for distribusjonsaktører, både eksisterende og de som vurderer oppstart, samt for advokater og dommere. God kommersiell og rettslig forståelse av sentrale

elementer i et franchisesamarbeid antas å resultere i mer relevante begrunnelser i fremtidige veivalg for beslutningstakere. For å håndtere juridiske spørsmål optimalt – det være seg fra advokat- eller dommerbordet – er det viktig også å forstå de kommersielle mekanismene som ligger til grunn for et samarbeid av typen franchising. Det er vårt håp at vi kan belyse nettopp slike mekanismer. Boken vil derfor være mer et praktisk oppslagsverk i kommersiell og praktisk avtalerett innenfor distribusjonsområdet franchising enn en teoretisk lærebok som leses fra perm til perm. Gjentakelser er forsøkt avdempet med henvisninger til andre deler av fremstillingen.

En takk rettes til Jonas Ideström og Anders Fernlund for vårt lange samarbeid. Det har inspirert meg til å gripe til pennen – først ved å oversette og utvide deres praktiske håndbok fra 2009 og andre utgave i 2015, *Franchisepraktikan*, til *Franchiseguiden* i 2016. Noe av systematikken og hovedlinjene i enkelte deler av ikke-rettslig art er beholdt i denne boken.

Jeg vil også takke mine kollegaer i Advokatfirmaet SGB Storløkken AS – spesielt advokat Henrik Renner Fredriksen for enkelte innspill, og som sammen med advokat Sigurd Vestrheim også har gitt god teknisk bistand til figurer og oppsett med videre. En takk også til Magnar Ketil Møkkelgård, som i sin tid utarbeidet sammenligningsskjemaet mellom ulike distribusjonsformer, og som bare ubetydelig er supplert.

Man blir ikke rik av å skrive en fagbok om et emne som dette. På den annen side: Ingen blir fattig av å dele kunnskap.

Oslo, 8. august 2023

Endre Storløkken

Innhold

Forord	5
Kapittel 1 Distribusjon av varer og tjenester – introduksjon	19
1.1 Begreper	19
1.2 Styrende hensyn ved valg av distribusjonsform	21
1.3 Nærmere om rettsgrunnlaget i et distribusjonssamarbeid og ulikheter i innhold	23
1.4 Nærmere om franchise – definisjoner	25
1.5 Ulike typer franchise – basisstrukturen	34
1.6 Ensartethet – kjedenes maktovertakelse	37
1.7 Forholdet til EU-retten	39
Kapittel 2 Hvilken distribusjonsform bør velges – egnethetsvurdering og sjekkliste	42
2.1 Ledelse og organisasjon	43
2.2 Konseptets lønnsomhet	44
2.3 Fremgangsfaktorene	46
2.4 Kapitalbehov	46
2.5 Forkunnskapsbehov	50
2.6 Kvalitetssikring	50
2.7 Varemerket	51
2.8 Juridiske forhold	51
2.9 Ekspansjonens ulike utviklingsfaser	52
2.10 Ulike utfordringer i ulike utviklingsfaser av en franchise	53
2.11 Fallgruver	54
2.12 Suksess i kjededrift – og hvorfor franchise	55
Kapittel 3 Franchise og andre samarbeidsformer – rollene	64
3.1 Grensen mellom franchise og andre samarbeidsformer	64
3.2 Ansettelses- og agenturforhold	67
3.3 Kommisjonsforhold	68

3.4	Franchise og franchisegiveren	68
3.5	Franchisetakeren	69
3.6	Rollefordeling – spørsmål om eierskap og kontrollmekanismer	70
3.7	Uavhengige parter	70
3.8	Samordningsforbudet i konkurranseloven § 10	71
3.9	Ulike samarbeidsformer	73
3.9.1	Leverandørstyrte videreforhandlerkjeder – eneforhandlere og lisensavtaler	73
3.9.2	Frivillig faghandelskjede – medlemside kjeder ...	74
3.10	Oppsummering	76
Kapittel 4 Forekomsten av franchisebasert samarbeid		80
4.1	Kraftig vekst av franchise	80
4.2	Franchise, nøkkeltall og utviklingstrekk i Norge	80
4.3	Franchise gir færre konkurser	84
Kapittel 5 Blir det lønnsomt?		85
5.1	Hvor lønnsomt blir det for franchisetakeren?	86
5.2	Forholdsmessighetsberegning	88
5.3	Hvor lønnsomt blir det for franchisegiveren?	92
5.4	Inntektskalkylen	94
Kapittel 6 Hvordan man begynner franchiseprosjektet		97
6.1	Utgangspunktet	97
6.2	Valg av franchisestruktur	98
6.3	Franchiseprosjektet	99
6.4	Hva franchiseprosjektet bør omfatte	99
6.5	Combination franchise – samdrift av franchisekonsepter	101
Kapittel 7 Franchiseprospektet		106
7.1	Formål	106
7.2	Lov om franchisegiveres opplysningsplikt i Sverige	107
7.3	Innhold, omfang og begrensninger	107
7.4	Grunnleggende fakta	108
7.5	Forretningskonseptet	108
Kapittel 8 Varemerket		115
8.1	Hva er et varemerke	115
8.2	Hvordan beskytter man sitt varemerke?	117

8.3	Betydningen av varemerkebeskyttelse for franchisegiveren ..	119
8.4	En franchisetakers vei fra evolusjon til revolusjon	120

Kapittel 9 Arbeidsfordeling mellom franchisegiveren og

franchisetakeren	122
9.1 Behovet for arbeidsfordeling	122
9.2 Stordriftsfordeler	124
9.3 Kontroll	124
9.4 Franchisetakerens forventninger	124
9.5 Kostnader ved full ekspansjon	125
9.6 Vanlige ansvarsområder for franchisegiveren	125
9.7 Ansvarsområder som mange tenker på, men som sjelden gjøres sentralt	126
9.8 Vanlige ansvarsområder for franchisetakeren	127
9.9 Samarbeid i den daglige driften	129
9.10 Sikring av erfaringer – samarbeidsråd	129

Kapittel 10 Markedsinndeling

10.1 Hva er markedsinndeling i franchisesammenheng?	132
10.2 I starten er det «lett å gi bort Bergen»	133
10.3 Inndelingsbehov ved oppsøkende salgsvirksomhet	136
10.4 Grunnlag for krav på markedsandeler og salgsvolum	137
10.5 Grunnlag for rettigheter og plikter i forbindelse med nasjonale kundekontrakter	137
10.6 Tenk strategisk og taktisk	137
10.7 Strategiske behov – kannibalisme – intramerke- konkurransen	138
10.8 Taktiske behov	139
10.9 Primær- og sekundærområder	140
10.10 Nasjonale kundeavtaler	142
10.11 Salg over internett	143

Kapittel 11 Franchiseavgifter

11.1 Avgiftstyper	148
11.1.1 Generelt – ulike former og kombinasjoner av franchiseavgift	149
11.1.2 Franchiseavgift	149
11.1.3 Omsetningsbasert prosentavgift	149
11.1.4 Kjøpsbasert prosentavgift	150
11.1.5 Fast avgift	150

11.1.6	Avgift relatert til antallet solgte enheter	150
11.1.7	Flytende avgiftssatser	150
11.1.8	Kombinert fiksert minimum og omsetningsbasert avgift	150
11.1.9	Kombinert fiksert maksimum og omsetningsbasert avgift	150
11.1.10	Variasjoner av ovennevnte	150
11.2	Ingen avgift	152
11.3	Nivåberegningen av franchiseavgiften/serviceavgiften (royalty)	152
11.3.1	Vanlig tilnærming som kan lede til feil	155
11.3.2	Slik kan vi angripe spørsmålet om å sammenligne med andre kjeders avgiftsnivåer	155
11.3.3	Den totale franchisefortjenesten – DTF	158
11.4	Andre avgiftstyper	159
11.4.1	Startavgift / sign-on-fee	159
11.4.2	Splittavgift	159
11.4.3	Fornyelsesavgift	159
11.4.4	Overføringsavgift (transportavgift)	160
11.4.5	Cluster-avgift og områdeutviklingsavgift	160
11.4.6	Masterfranchiseavgifter	160
11.4.7	Markedsføringsavgift	160
11.4.8	Distribusjonsvederlag	161
11.4.9	Vederlag for tidsavbrudd	162
11.4.10	Rettslige utfordringer knyttet til avgifter	162
Kapittel 12 Avgift til felles markedsføring og aktiviteter		165
12.1	Forutsetning for felles markedsføring	165
12.2	Metoder	166
12.3	Andre salgsfremmende aktiviteter	166
12.4	Avgiftens størrelse og sammensetning	167
12.5	Tenk før du begynner – legg til rette for fremtiden	167
Kapittel 13 Betalingsrutiner – et viktig håndverk		169
13.1	Innkrevning av avgift	169
13.2	Sluttkundetransaksjon avgjør utbetalingstiden	169
13.3	Overføre fakturaer til franchisegiveren	170
13.4	Løpende betaling fra franchisetakeren	170
13.5	Foreløpig avgift, autogiro og avregning	171

Kapittel 14 Finansiering av franchisetakere	172
14.1 Avgjørende for etableringstakten	172
14.2 Franchisetakerens økonomiske forutsetninger	172
14.3 Finansierer	174
14.4 Aksjeeierlån/aksjeeiertilskudd	175
14.5 Leverandørkreditter	176
14.6 Leasingselskap	177
14.7 Kombinasjoner av finansierer	178
14.8 Hvorfor finansiere franchisetakere?	179
14.9 Måter å senke risikoen på uten at risikoen øker for franchisegiveren	179
14.10 Eiendeler	179
14.11 Bør franchisegiveren ta noen risiko?	181
14.12 Felles bankbesøk	182
14.13 Bankmappen – riktig informasjon til bankene	183
14.14 Franchisebanker	183
Kapittel 15 Drift av en franchisekjede	185
15.1 Supportkontoret	186
15.2 Arbeidsoppgaver for franchisegiveren	186
15.3 Etablering, rekruttering og eierskifte	186
15.4 Innkjøp og leverandørforhandlinger	187
15.5 Markedsføring og salg	188
15.6 Utdannelse og tilføring av merverdier	189
15.7 Kvalitetssikring	189
15.8 Franchisecontroller	190
15.9 Konseptutvikling og etablering av ulike råd eller samarbeidsorganer	190
15.10 Kommunikasjon, samvær, erfaringsutveksling og samarbeid	190
15.11 Bemanning – «lean enterprise»	191
15.12 Startprogram for franchisetakere	192
15.13 Formalia	193
15.14 Konseptutdanning og «training»	194
15.15 Funksjonen Franchise Controller	194
15.16 Forebyggende kontroll og oppfølging	195
15.17 Koblingen til franchiseavtale og håndbok	199
15.18 Gjensidig avhengighet – kjernen i styringen	201
15.19 Franchisens sentrale elementer	201

Kapittel 16 Rettslige reguleringer av franchisesamarbeid	205
16.1 Særtrekk som belyser reguleringsprosessene	205
16.2 Mellommannsretten – forholdet til franchise	210
16.3 Konkurranseretten	211
16.4 Avtaleloven	216
16.5 Kjøpsloven	217
16.6 Varemerkeloven og markedsføringsloven	217
16.7 Designloven	221
16.8 Forretningshemmelighetsloven	221
16.9 Husleieloven	225
16.10 Lov om franchisegiveres informasjonsplikt i Sverige – norsk bakgrunnsrett	226
16.11 Skatterett, avgiftsrett og arbeidsrett	226
16.12 Åpenhetsloven	226
Kapittel 17 Franchisegiverens opplysningsplikt	228
17.1 Nærmere om svensk lovgivning	230
17.2 Informasjonen	230
17.2.1 Beskrivelse av franchisevirksomheten	230
17.2.2 Informasjon om andre franchisetakere	231
17.2.3 Informasjon om avgifter og godtgjørelser	231
17.2.4 Informasjon om immaterielle rettigheter	232
17.2.5 Varer og tjenester som franchisetakeren må kjøpe eller leie	232
17.2.6 Informasjon om konkurranseforbud	232
17.2.7 Informasjon om avtaletiden, forandringer, forlengelse og opphør	233
17.2.8 Informasjon om tvisteløsning	234
17.3 Ingen eller utilstrekkelig informasjon	235
17.4 Avsluttende råd	235
17.5 Lovforslag vedrørende franchisesamarbeid og forhåndsopplysninger i Norge	235
Kapittel 18 Beskyttelseshensyn – rettigheter og plikter	236
18.1 Beskyttelseshensynene i franchise	236
18.2 Franchisetakerens posisjonsforståelse	236
18.3 Franchisegiverens posisjonsforståelse	237
18.4 Franchiseavgiftens størrelse	239

Kapittel 19 De ulike avtaletypene i franchisens ulike faser	240
19.1 De ulike avtaletypene	240
19.2 Pilotavtalen	241
19.3 Franchiseavtalen	242
19.4 Cluster-avtalen (multi-unit-avtalen)	242
19.5 Områdeutviklingsavtalen	243
19.6 Kombinasjonsfranchise (combination franchising)	245
19.7 Masterfranchise	246
19.8 Omdanningsfranchise (conversion franchising)	248
19.9 Parallell distribusjon (dual distribution)	249
19.10 Nærmere om franchiseavtalen (subfranchiseavtalen)	249
19.10.1 Organisering av virksomheten – rollespørsmål ...	251
19.10.2 Avtalens formål	253
19.10.3 Definisjoner	253
19.10.4 Rettigheter	254
19.10.5 Bransjebeskrivelse	254
19.10.6 Handelsområdet/lokasjonsbestemmelse	256
19.10.7 Områdeklausuler – eksklusivitet	256
19.10.8 Omnikanalløsning og bruk av internett	258
19.10.9 Forskjellsbehandling i driftskriterier	259
19.10.10 Utvikling av cluster-drift fra én lokal enhet	259
19.10.11 Bruksrett til lokaler / konkurranseklausuler	260
19.10.12 Koordinering av leietid og franchiseavtale	260
19.10.13 Flytting og bytte av profil	261
19.10.14 Rett til konkurrerende handelsløsninger og «shop-in-shop»	261
19.10.15 Kombinasjonsfranchise	263
19.10.16 Endring av varemerket	264
19.10.17 Plikter for franchisegiveren	266
19.10.18 Plikter for franchisetakeren	271
19.10.19 Fellesforpliktelser	272
19.10.20 Forholdet til tredjeparter	275
19.10.21 Felles identitet	276
19.10.22 Konfidensiell håndbok og informasjon	277
19.10.23 Utvikling	278
19.10.24 Markedsføring	278
19.10.25 Økonomi, administrasjon og minimums- omsetning	279
19.10.26 Avgifter	282
19.10.27 Overføring av rettigheter	282

19.10.28	Avtalens førtidige opphør	289
19.10.29	Regler etter at avtalen har opphørt	293
19.10.30	Tolkningsdata	297
19.10.31	Avtaletid	298
19.10.32	Flytting	304
19.10.33	Garantier og depositum	305
19.10.34	Tvisteløsningsspørsmål	305
19.10.35	Vedlegg i avtalen	309
Kapittel 20 Håndboken		
20.1	Håndboken og relasjonen til franchiseavtalen	312
20.1.1	Overføring av knowhow	312
20.1.2	Håndbokens dynamiske funksjon	315
20.1.3	Brukerorientering	316
20.1.4	Endrings- og suppleringsretten	316
20.2	Endringsretten innenfor masterfranchise	320
20.3	Nærmere om innholdet i håndboken	320
20.4	Håndboken – et vedlegg til avtalen	322
20.5	Håndbokens bruksområder	323
20.6	Hvordan lager man en håndbok?	325
20.6.1	Viktige krav	325
20.6.2	Begynn med en enkel versjon, og kompletter etter hvert	325
20.6.3	Fra dårlig samvittighet i bokhyllen til et daglig verktøy	326
Kapittel 21 Eksempler fra virkeligheten		
21.1	Manglende betaling	327
21.1.1	Franchisetakeren betaler ikke etableringsavgiften	327
21.1.2	Franchisetakeren slutter å betale	327
21.1.3	Franchisetakeren bryter innkjøpsforpliktelser	328
21.2	Motvillighet og kritikk	329
21.2.1	Franchisetakeren stiller seg kritisk til systemet og produktene	329
21.2.2	Franchisetakeren bytter ikke IT-system	329
21.2.3	Franchisetakeren nekter omprofilering	330
21.2.4	Franchisetakeren ønsker ikke TV-reklame	331
21.2.5	Franchisetakeren nekter å følge sortimentet	331
21.2.6	Franchisetakeren når ikke opp til minimumsnivået	332

21.2.7	Franchisetakeren opererer utenfor det eksklusive området	332
21.2.8	Franchisetakeren opptrer nettskadelig	333
Kapittel 22	Rekruttering og etablering	334
22.1	Farer i rekrutteringsfasen	334
22.2	Utdfordrende avtaleklausuler i rekrutteringsfasen	335
22.3	Single-, multi- og institusjonelle franchisetakere	336
22.3.1	Single-unit-franchisetakere	342
22.3.2	Multi- og institusjonelle franchisetakere	342
22.3.3	Rekrutteringsprosessen for single-unit- vs. cluster-franchisetakere	343
Kapittel 23	Tillitskapital og evnen til å kontrollere	344
23.1	God styring og godt samarbeid	344
23.2	Velstrukturert evne til å styre fra start	345
23.3	Kompletterende styringsevne	347
23.4	Tillit starter allerede i rekrutteringsprosessen	348
23.5	Tillitskapital i ulike faser	349
23.6	Uformell myndighet	351
23.7	Noen praktiske råd	351
23.8	Led gjennom ambassadørene	353
Kapittel 24	Internasjonal ekspansjon	355
24.1	Alternative distribusjonsformer ved utenlandsetableringer	356
24.1.1	Egeneid virksomhet	357
24.1.2	Norsk etablert franchisegiver	357
24.1.3	Etablering av en egenid lisenstaker i utlandet	358
24.1.4	Masterfranchise	358
24.1.5	Joint venture	359
24.1.6	Områdeutviklingsavtaler (area development agreements)	359
Kapittel 25	Tvisteforhold i franchisesamarbeid – norsk lovarbeid	361
25.1	Tvister i franchisesamarbeid	361
25.1.1	«Slave- og husmannskontrakter»?	362
25.1.2	Basis for undersøkelsene – franchisekjeder og antallet franchisetakere	362
25.1.3	Antallet tvistesaker i forhold til antallet franchisetakere – Spania	365

25.1.4	Antallet tvistesaker i forhold til antallet franchisetakere – Norge	365
25.2	Norsk lovarbeid	370
Kapittel 26 Konkurs og franchising		373
26.1	Innledning	373
26.2	Konkursboets dekningsmuligheter ved konkurs hos en part i en franchise – utgangspunkter	374
26.2.1	Dekning i immaterielle rettigheter	374
26.2.2	Dekning i «ethvert formuesgode»	375
26.2.3	Lisensgiverens konkurs	375
26.3	Konkurs i franchisegiveren	376
26.3.1	Foretaksnavnet	377
26.3.2	Varemerket	377
26.3.3	Dekningsrett i franchiseavtaler – vurderingstemaer og problemstilling	378
26.3.4	Dekningsloven og boets interesser – transport av kontrakter uten inntreden i avtalen	379
26.3.5	Dekningsloven og boets inntredelsesrett i franchiseavtaler – særlig om «avtalens art og rettsforholdets egenart»	381
26.3.6	Franchisetakerens interpellasjonsrett	384
26.3.7	Masterfranchise	385
26.3.8	Boets inntreden i leieavtaler, herunder fremleieavtaler som franchisegiveren har med franchisetakeren	385
26.4	Konkurs hos en franchisetaker	390
Vedlegg 1 Sammenligning mellom ulike driftsformer		392
Vedlegg 2 Kommissionens forordning (EU) 2022/720		395
Litteratur og forkortelser		411
Domsregister		413
Kommisjonsforordninger		416
Stikkordregister		417

Distribusjon av varer og tjenester – introduksjon

1.1 Begreper

Varer og tjenester (for enkelthets skyld kalt produkter) er gjenstand for kjøp og salg på sin vei fra produsenten / den opprinnelige tjenesteleverandøren til sluttbrukeren (forbrukeren). Realisasjonsfasen av produktene – *distribusjonen* – kan skje i en serie av transaksjoner. Når disse transaksjonene involverer virksomheter som opererer innen forskjellige nivåer i produksjons- eller distribusjonskjeden – altså vertikalt, vil virksomhetene kunne inngå avtaler – *vertikale avtaler*. Bokens tema er dette vertikale avtalesamarbeidet mellom virksomheter i *ulike* trinn i produksjons- eller distribusjonskjeden, det vil si i *vertikalleddet*, og ikke avtaler eller samhandel mellom virksomheter på et *likt trinn* i en distribusjonskjede, altså *horisontale* avtaler, mellom potensielle eller faktiske konkurrenter.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i de kommersielle og rettslige særtrekkene for å belyse hva som styrer reguleringsprosessene innenfor bokens hovedtema: franchisebasert distribusjonssamarbeid.

Rekken av transaksjoner mellom produksjonsleddet og sluttbrukeren vil for salg av varer – i motsetning til ved salg av tjenester – kunne være lang og kanskje involvere spesialiserte aktører både utenlands og innenlands på veien frem til sluttbrukeren.

En vertikal avtale mellom virksomheter – *distributører* – på ulike trinn i vertikalleddet kan være av ulik art og ha ulike benevnelser. Franchising vil, som vi senere kommer tilbake til, kunne være én distribusjonsform, men selvsagt ikke nødvendigvis den eneste eller beste ved valg av distribusjonsform.

Det vil i praksis være ulike faser av en distribusjonsutvikling: fra en idé- og planleggingsfase til en konkret testfase (også benevnt pilotfase) og en fase for utrulling av den valgte distribusjonsformen.

Distribusjon som begrep forutsetter utveksling av en vare eller tjeneste mot et oppgjør i penger.

Aktører som ønsker eller har en posisjon innenfor distribusjon, vil rimeligvis kunne ha ulike roller – fra tilfeller der selve kjøps- og salgstransaksjonen er

det sentrale, til tilfeller der avtalen er sterkt utbygget ut over selve varekjøpet. Distributøren (for eksempel en produsent) kan selv foreta distribusjonen i eget navn og for egen regning og risiko eller velge en samarbeidsform der man lar en medkontrahent foreta sluttransaksjonen mot sluttkunden. Denne innehar bedre kompetanse på den delen av distribusjonsprosessen, men har kanskje selv bare en integrert rolle mot sluttkundesalg, for eksempel via *netthandelsløsning* (dvs. der salg skjer i en onlinebutikk og ikke offline i en fysisk butikk – se nærmere om franchisegiveres begrensninger for franchisetakeres onlinesalg i kapittel 10.11).

Betrakter vi en ordinær distribusjonsavtale – som innholdsmessig mest korrekt er å betegne som en *leverandøravtale* – mellom en vareprodusent (leverandør) og en kjøper som distribuerer varene videre, er det sentralt å regulere leveringsbetingelsene av produktene. Partene tilstreber at vareflyten skjer til en tid, en pris og et sted som kommersielt er optimalt. Distributøren kan ta inn konkurrerende varer, og han bestemmer selv sine arbeidsoperasjoner og rutiner, navn på utsalgsstedet, dets beliggenhet og kategorivalg, priser og servicenivå. Der det er tettere knytninger mellom kjøperen og selgeren av varer og tjenester (for eksempel ved eksklusive rettigheter av ulik art, markedsføringsreguleringer, kunnskapsoverføring og bruk av felles kjennetegn og varigheten på samarbeidet øker), ser vi at kompleksiteten i samarbeidet blir større, og behovet for bevisstgjøring av samarbeidsform, både kommersielt og av rettslige årsaker, øker.

Begrepet *distribusjonskjede* (*nettverk/kjedenettverk/kjedesystem*) forekommer ofte blant aktørene som samarbeider vertikalt. Uten i denne omgang å spisse begrepet inn mot EUs regelverk og definisjoner benyttes begrepet på avtaletilknyttede nettverk av virksomheter – rettslig uavhengige eller tilknyttede (for eksempel på konsernbasis) – der avtalen omhandler betingelser for disse partenes kjøp, salg eller videresalg av visse varer eller tjenester.

Prosessen fra en distribusjonsidé frem til tidspunktet når sluttbrukeren kjøper varen eller tjenesten, bør være gjenstand for undersøkelser av ulik karakter. Utvikling av distribusjonsstrategier vil kunne skje fra høyst ulike utgangspunkter. I noen tilfeller skjer utviklingen fra idé- og skissestadiet, der intet dessverre noen gang er erfart i kommersiell praktisk drift. I andre tilfeller har en forretningsvirksomhet vært drevet i lang tid, men *uten* vertikale samarbeidspartnere eller begrenset til én lokal enhet. Utvikling av en distribusjonsstrategi bør i en slik innledende fase derfor ikke bare konsentreres om én distribusjonsløsning. Tvert om bør det åpent søkes forankring i blant annet konkret erfarings- og kompetansebakgrunn, konseptets innhold, midler til rådighet, transaksjonskostnader, risikovurderinger målt mot økonomisk eksponering, nettskadelig atferd blant samarbeidspartnere og mulighetene for tilfredsstillende rekruttering.

Forberedelsen vil være av ulik karakter og vil til dels kreve ulik kompetanse. En rekke spørsmål oppstår:

Skal man velge egeneid distribusjon, benytte agenter, kommisjon, ren varemerkelisens eller franchising, og hvor ligger de vesentlige ulikhetene? Hva med selektiv distribusjon? Skal det etableres eksklusive salgsområder, og hvor lenge skal distribusjonsavtalene inngås for? Hva vil gi de største fordelene i markedet for avtalepartene? Dette er bare noen av de sentrale spørsmålene som må gjennomgås tidlig i en distribusjonsutvikling, og som vi i ulike sammenhenger kommer tilbake til i boken.

1.2 Styrende hensyn ved valg av distribusjonsform

Den som eier en velfungerende og lønnsom forretningsvirksomhet, vil ofte ønske å ekspandere. Man vil kanskje utvide med en ny butikk, en ny fabrikk eller et nytt salgskontor. I en egeneid virksomhet innebærer dette til dels omfattende investeringer knyttet til driftstilbehør, bemanning eller leieavtaler. Franchise innebærer, i motsetning til dette, en mulighet til å ekspandere sin virksomhet og forretningsmetode uten selv å behøve å gjøre investeringen eller ha personalansvar og lignende for de nye enhetene som etableres. I stedet betaler franchisetakeren en avgift for adgangen til å benytte en forretningside som er utviklet av franchisegiveren – fra en idé til en konkret forretningsmetode i kombinasjon med bruk av et eget varemerke, som samlet utgjør et franchisekonsept, der overføring av kunnskap om driftsmetoder gjennomføres. Da kan franchisegiveren ekspandere, beskytte distribusjonen av sine produkter eller tjenester og/eller bare tjene penger på å leie ut forretningsmetoden. Eieren av forretningskonseptet kan spisse de ulike rollene som er egnet til å gi fortjeneste i sitt konsept. Ved å drive både med import og produksjon av varer vil eieren kunne skille ut rollen som importør/produsent og etablere rollen som franchisegiver slik at de ulike rollene i de inntektsbringende leddene tydeliggjøres og effektiviseres.

Kommersiell virksomhet styres blant annet av ønsker om å maksimere fortjeneste, herunder å redusere transaksjons- og distribusjonskostnader. Kan man redusere sine egne transaksjonskostninger ved å velge en gitt distribusjonsform, eller endog tjene penger eller redusere sin egen risiko ved valget? Vi ser at valg av distribusjonsform har nær tilknytning til disse forholdene. Vil en gitt distributør skade eller styrke en virksomhets omdømme, innehar denne nødvendig kunnskap, er transaksjonshyppigheten og verdien pr. omsetning av en slik størrelse at samarbeidet blir regningssvarende, og derved tilstrekkelig motiverende for deltakerne i distribusjonssamarbeidet? I tilfeller der risikoen for feil er stor og transaksjonsverdien er høy, men transaksjonshyppigheten er

lav, vil det tilsa at man ikke etablerer noen fast samarbeidsstruktur med distributører. I slike tilfeller kan det fremstå som mer formålstjenlig med avtalebaserte samarbeid som man kan se eksempler på i for eksempel entrepriserforhold, med omfattende ansvarsbeskrivelser av risikorelaterte forhold.

En rasjonell oppbygging av en distribusjonskjede vil derfor styres av noen hovedelementer:

- Omfanget av transaksjonsomkostninger. Dette innebærer de kostnadene som for eksempel en produsent må betale til andre aktører for å få solgt sine varer, herunder kostnadene på etableringstransaksjonene som må gjøres for å rigge opp en distribusjonsløsning som kan vare over tid, for eksempel hva det koster å etablere en franchisekjede kontra en egneid kjede. En transaksjonsanalyse tvinger seg med andre ord frem.
- Omdømmesikring, det vil si sikring av de samarbeidende virksomhetenes (nettverkets) omdømme hva angår den operative driften relatert til markedsføring og salg, og kunnskapskrav knyttet til produktene. Å etablere distribusjonsløsninger for salg av legemidler krever eksempelvis rekruttering av farmasøyter.
- Risiko i distribusjonsprosessen ved å delegere oppgaver og/eller relatert til fordeling av inntekter fra sluttbrukeren kan bestå i omdømmetap og økonomisk ubalanse avtalepartene imellom. Vil en franchisetaker følge konseptet? Hvor mange kontrollmekanismer må bygges inn i franchisen/samarbeidet for at man har rimelig sikkerhet for at atferd som er egnet til å skade kjedenettverket (*nettskadelig atferd*), unngås, med omdømme- og eller identitetstap til følge, og hva koster det? Vil franchisegiver ta for mye av fortjenesten transaksjonen totalt sett genererer?
- Hvilken aktør i distribusjonsprosessen som totalt sett anses å være best egnet til å foreta transaksjonen mot sluttbrukeren.
- Rettslige forhold knyttet til en parts eierskap til varemerker, konsept og produktrettigheter, og forhold knyttet til konkurranserestriksjoner, eksklusivrettigheter og ikke minst konsekvenser knyttet til partenes samlede markedsrett.
- Tilgjengelig kapital vil selvsagt styre mange beslutninger i valg av distribusjonsform. Det å ha full kontroll på pengestrømmene og de ansatte i distribusjonsleddet tilsier en egneid kjededrift, men det er beheftet med økt risiko for drift som skjer på enkeltlokasjonene.

1.3 Nærmere om rettsgrunnlaget i et distribusjonssamarbeid og ulikheter i innhold

Rettsgrunnlaget for et distribusjonssamarbeid vil være avtalebasert og i større eller mindre grad være underlagt bakgrunnsretten og mulig ufravikelig lovgivning. Samarbeidet skal fylle en kommersiell funksjon innenfor distribusjon, og det vil være likhetstrekk og ulikheter mellom ulike avtaletyper. Elementet av å dele kunnskap om hvordan B skal drive sin lokale virksomhet operativt, er sentralt innenfor franchise, men ofte helt fraværende i andre typer av distribusjonsavtaler. Lisenselementet – retten til for eksempel å benytte et design, varemerke, kunnskap osv. – er til stede i mange ulike distribusjonssamarbeid. En avgrensning mellom franchiseavtaler og rene lisensavtaler er nødvendig å klargjøre:

Lisensavtaler innebærer at lisensgiveren gir lisenstakeren en tidsbegrenset rett til å benytte lisensgiverens intellektuelle eiendomsrettigheter (immateriellrettigheter – IPR, dvs. intellectual property rights). Disse rettighetene kan være gjenstand for en rekke avtaletyper, både av vertikal og horisontal karakter. Lisensavtaler av vertikal karakter kan gjelde patenter, knowhow, varemerker og/eller andre immaterielle rettigheter i forbindelse med omsetning av varer eller tjenester til sluttbrukere. Vi ser i lisensavtaler tydelige paralleller og elementer som er identisk med hva som finnes i franchiseavtaler. Lisensavtaler kan være ikke-eksklusive eller eksklusive, eller de kan gi rett til sublensiering eller nekte det. Den iøynefallende forskjellen mellom en lisensavtale og en tildelt franchise vil være at mens lisensgiveren bestemmer hvordan lisenstakeren skal benytte et patent, knowhow og/eller varemerker, vil en franchisegiver *i tillegg* regulere hvordan avtalemotparten også rent operativt skal drive sin lokale virksomhet.

I kapittel 16.3 omtales regelverket omkring forbudsregler og unntak samt harmoniseringen av EUs regelverk inn i norsk rett. Innenfor EU er det, via någjeldende Kommisjonsforordning 2022/720, gitt gruppeunntak fra det rettslige utgangspunktet om forbudet om konkurransebegrensende avtaler, jf. EU-traktatens art. 101, jf. lov av 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) § 10, EØS-avtalens art. 53.

Utnyttelsen av immaterielle rettigheter (IPR) vil være omfattet av gruppeunntaket når hovedformålet med avtalen er kjøp eller distribusjon av varer eller tjenester. IPR-bestemmelser, og derved ren lisensiering av disse rettighetene, må altså ikke være hovedformålet med avtalen, jf. KfO 2022/720 art. 2 nr. 3 og kommentarene omkring dette i retningslinjer for vertikale begrensninger (2022/C 248/01) (Retningslinjen), se Retningslinjen kapittel 4.4.2 avsnitt 71 flg. Vi presiserer dette allerede nå i fremstillingen fordi skillet mellom lisensavtaler

og franchiseavtaler ikke nødvendigvis er klart. Dessuten vil sontringen fortsatt kunne ha betydning ved spørsmål om hvorvidt en avtale rammes av konkurranse-loven § 10. Desto viktigere immaterielle rettigheter (knowhow og rettigheter til varemerker mv.) er, desto lettere kan det være å ikke rammes av forbudet i § 10. Dette gjelder selv om også lisensavtaler kan ha konkurransebegrensende formål og derved rammes av forbudet i § 10. Grensen mellom franchise og lisensiering angis slik av Martin Mendelsohn i *Franchising Law*, 2. utgave s. 47:

«Licensing is often confused with franchising, for the very good reason that at the heart of every franchise there is indeed a licence (in legal terms) to use a trademark or trade name and other intellectual property rights. However, franchising is not what is intended to be described when the term ‘licensing’ is popularly used, and although all franchises include licences, to regard franchises as merely licences with extra provisions added is to invite confusion. The confusion is understandable. The commercial distinction is that franchising is a method of marketing goods and services, whereas in practice licensing tends to relate to the manufacturing stage and the production of goods which subsequently enter the marketing chain. The following table illustrates the main differences

	Franchise	Licence
Manufacturing process	Rarely	Usually
Previous experience in performing necessary activities	Rarely	Essential
Uses trading name of franchisor/licensor	Yes	No
Uses business system of franchisor/licensor	Yes	No
Uses premises designed and laid out according to franchisor/licensor requirements	Yes	No
Part of a network of identical operations	Yes	No.»

Agentursamarbeidet reguleres av lov av 19. juni 1992 nr. 56 om handelsagenter og handelsreisende (agenturloven) og lov av 30. juni 1916 nr. 1 om kommisjon (kommisjonsloven). I agenturloven defineres i § 1 handelsagent til «den som i næringsvirksomhet etter avtale med en annen (hovedmannen) har påtatt seg selvstendig og over tid å virke for salg eller kjøp av varer for hovedmannens regning ved å innhente ordrer til hovedmannen eller ved å inngå avtaler i hovedmannens navn». Kommisjonærforholdet skiller seg fra agenturet ved at kommisjonæren inngår avtaler i eget navn, jf. kommisjonsloven § 4, der det fremgår at «[v]ed kommissionær forstaaes i denne lov den, som har i oppdrag at sælge eller kjøpe varer eller annet løsøre for en andens regning, men i eget navn. Den for hvis regning salget eller kjøpet skal ske, kaldes kommittent (oppdragsgiver).»

Vi omtaler disse samarbeidsformene i generell form når de inngår som en del av et franchisesamarbeid.

Norge har fortsatt ikke noen egen lov om franchise, og analogier fra agentur- og kommisjonslov kan ikke uten videre skje for franchisebasert samarbeid. I avtalepraksis tas det derfor normalt positiv avstand fra analogier fra nevnte lovgivning for å unngå at rettigheter og plikter som følger av de to nevnte lovene, gis analogisk anvendelse i avtaleforholdet. I likhet med lisensavtalene vil man i Norge oppleve at det hersker avtalefrihet, og formuerettens alminnelige regler er veiviser ved utforming av franchiseavtaler ved siden av rene næringsrettslige og konkurranserettslige bestemmelser.

I avtalepraksis vil det kunne forekomme at man kombinerer ulike samarbeidsformer som utløser positive lovkrav. Franchisegiveren, som også er importør av franchisens varer, ser for eksempel at en franchisetaker kan ha fordeler av ikke å måtte kjøpe et varelager. Kjøp av et varelager krever kapital som franchisetakeren ikke alltid klarer å finansiere. Ved å velge å kombinere franchiseavtalen med en kommisjonsavtale der franchisegiveren eier varelageret og franchisetakeren selger varene i sitt eget navn, men der franchisegiveren får vinning og tap etter salgsavtalen, jf. definisjonen i kommisjonsloven § 4, ser man at finansieringsutfordringen av varelageret løses.

I kapittel 2 vil vi komme nærmere inn på om og når franchise kan være en egnet distribusjonsform.

De nærmere konkurranserettslige forholdene vil vi kommentere nærmere i kapittel 16. De ofte svært tette og restriktive klausulene som avtales i en distribusjonsavtale, for eksempel innenfor selektiv distribusjon eller franchise, vil i prinsippet kunne bli rammet av forbudet i konkurranseloven § 10 om konkurransebegrensende samarbeid.

1.4 Nærmere om franchise – definisjoner

Når begrepet franchise skal defineres i Norge og i henhold til behovene for en begrepsmessig avklaring som norske aktører måtte ha, synes det å være sentralt å vurdere konsekvenser av at et franchisebasert distribusjonssamarbeid er innenfor eller utenfor rammene av en slik definisjon. Konsekvensene kan være av konkurranserettslig eller obligasjonsrettslig og kommersiell art. I boken vil forholdet til konkurranselovgivningen stå sentralt, og det blir også diskutert senere om franchisegiveren må kunne underkastes krav til en forsvarlighetsnorm som gjelder for virksomheter som velger franchise som samarbeidsform.

Franchise som kommersiell driftsform startet i 1863 med Singer Sewing Machine Company i USA. Selskapet startet sitt eget distribusjonssystem med frittstående forhandlere som hadde eksklusiv salgsrett i bestemte geografiske

områder. Martha Matilda Harper utviklet fra 1888 The Harper Method, og i 1914 var det ifølge ulike amerikanske kilder ca. 134 retail-baserte franchiser i 128 byer i USA, Canada og Europa innenfor velværebehandling. Bilforhandlere og bensinhandelen utviklet tilsvarende distribusjonssystemer i 1910.

Det er opp til aktørene selv å vurdere lovligheten, men konkurransemyndighetene kan foreta individuelle vurderinger. Det sentrale vil ofte være oppnåelsesgraden av «effektivitetsgevinster» som vil kunne oppstå som konsekvens av den konseptuelle utøvelsen partenes samarbeid. Derved ser man at innholdet i det som kan franchiseres, også har en side til graden av effektivitetsgevinster, hvilket relativiserer definisjonen av begrepet «franchise». Dette utdypes ytterligere i kapittel 16.3 om *Konkurranseretten*, jf. også EFTA overvåkingsorgans uttalelser i Retningslinjer for anvendelsen av EØS-avtalens art. 53 nr. 3, som tilsvarende konkurranseloven § 10 tredje ledd (2007/EØS/42/01 avsnitt 60–62).

Franchisebegrepet

Franchise er som nevnt bare én blant flere distribusjonsformer i et vertikalt samarbeid. Økonomisk vil enkelte heller betrakte franchise som en finansieringsform for en distributør for å oppnå ytterligere distribusjon, hvilket kan være treffende nok rent kommersielt.

Vi skiller ikke mellom begrepet franchising og franchise. Begrepene benyttes om samarbeidsformen som sådan. I sin opprinnelse er det de kommersielle, og ikke juridiske, elementene som nok har vært mest fremtredende. William B. Cherkasky, en av bidragsyterne i International Franchise Association, skrev i *The Franchising Handbook* i 1993 s. 10 noe som illustrerer dette. I denne håndboken er det fremhevet at for å forstå franchiserelasjonen mellom franchisetakeren og franchisegiveren må man først forstå begrepet franchising. Han presiserer at franchising er en forretningsstrategi for å skaffe og beholde kunder. Det er et system for markedsføring for å skape et image i eksisterende og fremtidige kunders bevissthet om hvordan virksomhetens produkter eller tjenester kan være til nytte for dem.

Franchising er åpenbart en forretningsmessig relasjon mellom de to partene som er basert på et kommersielt utviklet behov kombinert med økonomiske analyser og et juridisk rammeverk – franchiseavtalen – med en tilhørende håndbok som beskriver de operative retningslinjene. Juridisk oppfatter mange franchise som en ren lisensiering av rettigheter til et konsept og varemerke med beskrivelser av støtte- og opplæringsystemer som er sentrert rundt kjernen i virksomheten rettet mot forbrukere/sluttbrukere av varer eller tjenester. Det er heller ikke feil, selv om det ikke gir et komplett bilde av franchise som metode.

Et franchisekonsept vil kunne bestå av høyst ulike elementer, for eksempel retten til å bruke et foretaksnavn eller varemerke, som medfører at kjennetegn-

rettigheter blir sentrale for å differensiere franchisens virksomhet fra andre markedsaktører. I tillegg vil franchisen i varierende art og omfang inneholde åndsproduksjonsrettigheter, som design eller operative driftsbeskrivelser, for å kunne lykkes bedre i markedet man opererer i.

Starter vi med den kommersielle forståelsen av begrepet, nemlig tilgang til et forretningskonsept, er overføring av knowhow fra franchisegiveren til franchisetakeren det sentrale og kjernen i business format franchising, se kapittel 1.5 nedenfor.¹

Dernest er det naturlig å ta utgangspunkt i definisjonene som har vært benyttet de siste tiårene i Norge og i land tilknyttet EU.

European Franchise Federation (EFF) har via sine etiske regler medvirket til å formulere et innhold i franchisebegrepet.

Om betydningen av EFFs etiske retningslinjer for utviklingen av franchise vises det dessuten til omtalen av EU-domstolen på EFFs tidligere hjemmeside:

«In the 1980's, as the European Court of Justice (ECJ) was developing its case-law on the application of Competition law (Article 101(3) of the Treaty) to categories of vertical agreements (which include franchise agreements), the EFF's Code served as background reference for the considerations of, for example, the ground-breaking 'Pronuptia'² franchise judgement.»

EFFs etiske regler finnes på CODE OF ETHICS – EFF (eff-franchise.com).

EFF har historisk lagt seg på definisjoner som er tett på regelverket som oppstod i kjølvannet av Pronuptia-dommen. Det sentrale – også for EFF – var overføring av knowhow, som vi nedenfor gjennomgår i forbindelse med den første kommisjonsforordningen for franchise – Kommisjonens forordning (EØF) nr. 4087/88 av (30. november 1988 om anvendelse av Traktatens art. 85, stk. 3, på kategorier av avtaler (KfO 4078/88)), som i art. 1 nr. 3 a–i definerte blant annet de sentrale begrepene «franchise» og «knowhow». «Franchise» ble definert som «en helhet av industrielle eller intellektuelle eiendomsrettigheter som omfatter varemerker, firmanavn, butikkskilter, mønstre, modeller, opp-

1 I Pronuptia-dommen (Pronuptia de Paris GMBH v. Pronuptia de Paris ved Irrmgard Schigalis, 28. januar 1986, sak 161/84) fra Europa-domstolen er det formulert en treffende definisjon, nemlig at franchise er en metode for «exploiting financially [...] a collection of skills». Noen av disse erfaringene er forretningsmetoder: De relaterer seg til en eller annen form for knowhow, men vil ikke nødvendigvis omfattes av begrepet intellektuell eiendomsrett i streng fortolkning av begrepet. Se *Franchising and the Block Exemption Regulation* av Martin Mendelsohn og Bryan Harris, London 1991 s. 76 og 77.

2 Pronuptia-dommen, se note 1 inntatt i EUR-LEX 61984CJ0161, ble grunnleggende for utarbeidelsen av KfO 4087/88, som bestod av ni artikler. Disse artiklene ble gjennomført i norsk rett ved lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen av Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.

havsrett, knowhow eller patenter som skal utnyttes til videresalg av varer eller tjenester til sluttbrukere».

I KfO 2022/720, som nå er vedtatt som en norsk forskrift, er det ikke lenger en positiv definisjon av begrepet «franchise» og heller ingen forutsetning at videresalg må skje til «sluttbrukere», jf. definisjonen av knowhow i KfO (EU) 2022/720 av 10. mai 2022 om anvendelse av art. 101, tredje ledd, i traktaten om Den europeiske unions funksjonsmåte på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis (KfO 2022/720) art. 1 nr. 1 j) lyder (på dansk):

«‘knowhow’: en mengde upatenteret praktisk viden, som leverandøren har opnået gjennom erfaringer og afprøvning, og som er hemmelig, væsentlig og identificeret; i den forbindelse forstås ved ‘hemmelig’, at den pågældende knowhow ikke er almindeligt kendt eller let tilgængelig; ved ‘væsentlig’ forstås, at den pågældende knowhow er vigtig og nyttig for køberens brug, salg eller videresalg af aftalevarerne eller -tjenesterne; ved ‘identificeret’ forstås, at den pågældende knowhow er beskrevet på en sådan måde, at det kan afgøres, om den opfylder hemmeligheds- og væsentligheds-kriterierne».

Norge har ingen positiv lov som definerer franchise, og gruppeunntaket i KfO 2022/720 er derfor – sammen med andre norske rettskilder – sentralt. Gruppeunntaket om vertikale avtaler og samordnet opptreden er konkurranserettslig begrunnet og vil ikke nødvendigvis avklare om en konkret samarbeidsavtale som er til vurdering, utgjør et franchisesamarbeid eller for eksempel er et ansettelsesforhold. Dersom en virksomhet velger å etablere tilknyttede virksomheter som inngår i definisjonen av «konsern» i lov av 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskapet (aksjeloven) § 1-3, jf. KfO 2022/720 art. 1 nr. 2, vil imidlertid samarbeidet konkurranserettslig ikke omfattes av anvendelsesområdet for konkurranseloven § 10 første ledd, som gruppeunntaket nettopp er ment å regulere unntakene fra. I slike konsernbaserte samarbeid er det derfor ikke vanlig eller korrekt å benytte betegnelsen «franchise» på det vertikale samarbeidet mellom konsernselskapene.

Hvilken begrepsbruk som er benyttet i samarbeidsavtalen, vil ikke være avgjørende. Det kan spørres om tilstedeværelsen av faktiske forhold i en samarbeidsavtale, som dekker innholdet i begrepene «know-how» eller «substantial» (i engelsk språkutgave av forordningsteksten), er nok til å kalle et samarbeid for franchise. Hva er eventuelt konsekvensene av at et samarbeid er identifisert i noen grad, men ikke tilstrekkelig til å fylle vilkårene i de nevnte begrepene? Det kan altså spørres om definisjonen er avhengig av samarbeidets innflytelse på konkurranserettslige spørsmål etter konkurranseloven § 10, og om det er skjerpede innholdskrav, der § 10 står i fare for å ramme samarbeidet. Ser vi hen

til definisjoner i norsk teori,³ ser vi at mens Norheim holder seg tett på KfO 4087/88 og EFFs definisjoner, er Evensen og Sæveraas mer fokusert på mer generelle kjennetegn i sin oppsummering av hva franchise er, og er mer spesifikke på når franchiseavtaler er fritatt etter gruppeunntaket. Tore Lunde⁴ gir uttrykk for at «franchiseavtaler kan definerast på ulike måtar», og fremhever at retningslinjene for vertikale begrensninger til (den nå opphevede EU-forordning) Kommisjonens forordning av 22. desember 1999 om anvendelse av EF traktatens art. 81, tredje ledd på kategorier av vertikale avtaler og samordnet praksis (KfO 2790/1999) kun fokuserer på karakteristika som vanligvis forekommer.

Det er verdt å merke seg at både 1999-retningslinjene og någjeldende retningslinjer punkt 4.6.3 (165) til KfO 2022/720 angir beskrivelser av hva som *vanligvis* forekommer i en franchiseavtale og fokuserer på følgende:

«Franchiseavtaler inneholder lisenser på immaterialrettigheter knyttet i første rekke til varemerker eller logoer og knowhow for bruk og distribusjon av varer eller tjenester. I tillegg til lisens på immaterialrettigheter, yter franchisegiver *vanligvis* salgsmessig eller teknisk bistand til franchisetaker så lenge avtalen løper. Lisensen og bistanden er integrerte deler i den forretningsmetode franchiseavtalen omfatter. Franchisetaker betaler *vanligvis* franchisegiver en franchiseavgift for å kunne bruke den aktuelle forretningsmetoden. Franchiseavtaler kan gjøre det mulig for franchisegiver å opprette et ensartet distribusjonsnett for sine varer, med begrensede investeringer. I tillegg til selve forretningsmetoden, inneholder franchiseavtaler *vanligvis* en kombinasjon av vertikale begrensninger knyttet til produktene som distribueres, særlig selektiv distribusjon og/eller konkurranseklausuler.»

3 Se bl.a. Lars G. Norheim allerede i TFF nr. 1 1996 s. 12–44 og Harald Evensen og Eivind Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, 1. utgave, Oslo 2009 s. 271 samt Geir Woxholth, *Avtalerett*, 10. utgave, Oslo 2017 s. 7. utgave s. 369, som henviser til Norheim. Som det fremgår i Retningslinjen til KfO 2022/720 avsnitt 166, har franchise, med unntak av produksjonsfranchiseavtaler, noen *særlige kjennetegn*, f.eks. bruk av samme kjennetegn, samme forretningsmodell og lisensiering av IPR og betaling av royalty som betaling for mottatte fordeler. Jo mer omfattende overførselen av knowhow er, desto større sannsynlighet er det for at de vertikale begrensningene gir effektivitetsgevinster og/eller er nødvendige for å beskytte den aktuelle knowhowen og oppfyller betingelsene i traktatens art. 101, stk. 3, jf. Retningslinjen avsnitt 168. Noen presis definisjon av franchise er ikke gitt ut over kjennetegn som *vanligvis* forefinnes. I Norheims artikkel, som er nevnt over, er det særlig verdt å merke seg at EUs gruppeunntak i praksis virker som «en slags franchising lov» som inneholder bestemmelser som også gir franchisetakere et visst kontraktrettslig vern. Vi deler hans oppfatning om at dette medfører «standardiseringseffekter og kontraktspåvirkning som rekker ut over det rent konkurranserettslig påkrevde», jf. punkt 6 i ovennevnte artikkel, s. 41.

4 I Tore Lunde, *Distribusjonsavtaler i konkurranserettslig perspektiv*, Bergen 2007 s. 71.

Vi har valgt å kursivere ordet *vanligvis*, siden dette indikerer noe annet enn hva som i alminnelighet oppfattes som et krav for å fylle en definisjon. Det er – til en viss grad – åpent hvordan, eller hvorvidt, domstolene i Norge i fremtiden i enda større grad vil forme innholdet av hva man skal forstå med franchise.

Det kan ha en viss interesse å vurdere hva som kan tenkes regulert inn i en eventuelt fremtidig definisjon av franchise – uansett om dette skjer via domstolene eller positiv lovgivning:

- Noe skriftlighetskrav ved inngåelse av franchiseavtale foreligger ikke i Norge eller Sverige, selv om det kanskje fremstår som relativt upraktisk å tenke seg en muntlig franchiseavtale. Vi kommenterer dette senere i boken i kap. 24 og under henvisning til LB-2000-3449, der ingen skriftlig avtale forelå, men en franchiseavtale ble ansett å være inngått fordi partene var enige om alle *vesentlige punkter* i avtalen. Få land har i sin franchiselovgivning gitt detaljreguleringer ned til et skriftlighetskrav, men den italienske franchiseloven (art. 3 nr. 1) setter skriftlighet som en gyldighetsforutsetning. Det er ansett som lite sannsynlig at norske domstoler vil godta en muntlig beskrivelse av det komplette operative konseptet (som vanligvis nedfelles i en håndbok) fra en franchisegiver og at de operative konseptbeskrivelsene i en eller annen form må være løpende tilgjengelige. Sentrale avtalementer kan selvsagt, som ellers ved såkalt fri bevisbedømmelse, sikkert også i fremtiden bli ansett å være muntlig avtalt.
- At franchisegiveren i franchiseavtaler må operere med en helt identisk tekst overfor alle franchisetakere, er ikke avklart i Norge og er intet krav – så vidt vi vet – i noe land vi kan sammenligne oss med.
- Et franchisesamarbeid forutsetter at franchisetakeren ikke står i et konsernforhold til franchisegiveren.
- KfO 2022/720 art. 1 nr. 2 går opp grensen for tilknyttede foretak i vertikale samarbeid, og har derfor ryddet av veien mange av diskusjonene omkring franchisegiveres eierskap og styring i relasjon til franchisetakere. EFFs Code of Ethics formulerer i art. 1 at det er tale om «collaboration between legally and financially separate and independent undertakings». Grensen er av praktisk betydning, idet en avtale må være inngått mellom kommersielt selvstendige foretak for at den skal rammes av konkurranseloven.
- EFFs Code of Ethics forutsetter i art. 1 at gjenstanden for avtalen mellom partene er «Franchisor's concept», jf. også art. 2.2. Vi har i kapittel 3.4 og note

ENDRE STORLØKKEN er advokat og har siden 1990 rådgitt norske og utenlandske franchiser. I tillegg har han vært leder av Euro Franchise Lawyers og prosedert tvistesaker innenfor ulike typer distribusjonssamarbeid av varer og tjenester. Storløkken har vært styreleder i ulike franchise- og konsernbaserte kjeder samt deltatt som rådgiver i kjedeetableringer og konverteringsprosesser. Han har også hatt roller som leder og rådgiver for kjeders interesseforeninger.

JONAS IDESTRÖM er siviløkonom og grunnlegger av FranchiseArkitekt, med over 30 års erfaring som administrerende direktør, styremedlem, deleier og konsulent i franchisekjeder. FranchiseArkitekt er Nordens største tjenesteyter innenfor franchising. Ideström er æresmedlem i Svenska Franchise Föreningen og har vært organisasjonens leder i åtte år. Han har vært svensk representant og styremedlem i European Franchise Federation. Ideström er medforfatter av *FranchisePraktikan* och *FranchiseGuiden*.


ANDERS FERNLUND er advokat og siviløkonom med doktorgrad i franchisejuss. Han har mer enn 40 års erfaring innenfor franchising og bistår utenlandske franchiser som vil etablere seg i Europa. Han er Honorary President i det europeiske nettverket Euro Franchise Lawyers og æresmedlem i Svenska Franchise Föreningen. Han er Sveriges representant i EFF Legal Committee. Ved siden av advokatgjerningen er han gjesteforsker hos Stockholm Centre for Commercial Law ved Stockholms universitet.

DISTRIBUSJON AV VARER og tjenester kan skje gjennom ulike samarbeidsformer. Utviklingen fra Singer symaskiners distribusjonssystem i 1863 til dagens komplekse systemer må ses i sammenheng med utviklingen av industri og internasjonal handel.

I dag er maktbalansen i stor grad flyttet fra produsent- og grossistledd til kjedeleddet, som innehar kunnskap om sluttfasen av distribusjonen til forbruker. EUs konkurranselovgivning har tatt inn over seg disse realitetene, og dette regelverket har derfor også betydning for aktørenes valg av distribusjonsform. Hensynene bak valg av distribusjonsform er et sentralt tema i boken.

I boken blir alle aspekter av franchise utførlig behandlet, slik som forberedelsesfasen, lønnsomhetsvurderinger, konseptinnhold, rollefordeling, mulighet for markedsinndeling, økonomiske betingelser, rettslig rammeverk, utfordringer ved internasjonal ekspansjon, tvisteløsning og konkursrelaterte forhold.

Boken er à jour med EUs regelverk om vertikalt samarbeid slik det foreligger pr. 1. juli 2022.

 Universitetsforlaget

ISBN: 978-82-15-06208-2



9 788215 062082

OMSLAG AV STAN HOLE