FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 20 februari 1997 *

1. Oberlandesgericht München (Tyskland) har i detta mål ställt tre frågor avseende tolkningen av artiklarna 13, 14 och 17 i konvention av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område [1] (nedan kallad Brysselkonventionen) i dess lydelse enligt konvention av den 9 oktober 1978 om Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungarikets Storbritannien och Nordirlands tillträde. [2]

2. Tolkningsfrågorna, som har ställts i enlighet med protokoll av den 3 juni 1971 om EG-domstolens tolkning av Brysselkonventionen, [3] avser begreppet avtal som ingåtts av en konsument i den mening som avses i artikel 13 i nämnda konvention. De avser även köp av varor där betalning skall erläggas i särskilda poster enligt samma artikel och den domstol som är behörig att avgöra en tvist avseende en klausul om domstols behörighet i den mening som avses i bestämmelserna i artikel 17 i nämnda konvention.

* Originalspråk: spanska.

1 — EGT L 299, 1972, s. 32; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå.

2 — EGT L 304, s. 1 och ändrad text s. 77; fransk version, vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå.

3 — EGT L 204, 1975, s. 28.

Faktiska omständigheter och förfarande vid den nationella domstolen enligt beslutet om hänskjutande

3. Dentalkit srl är ett bolag med säte i Florens (Italien) som driver en kedja franchisebutiker, specialiserade på försäljning av tandvårdsprodukter.

4. Dentalkit srl och Francesco Benincasa, som är italiensk medborgare, ingick i Florens den 28 september 1992 ett franchiseavtal för att öppna och driva en butik i München, som var den stad där Francesco Benincasa påstod sig ha sitt hemvist.

5. Enligt avtalsvillkor nr 2 förband Dentalkit srl sig att bland annat uppfylla följande: a) bevilja rätt att använda varumärket Dentalkit för att beteckna affärslokalen, b) bevilja ensamrätt att använda varumärket Dentalkit inom ett i förväg bestämt område, c) ge nödvändig hjälp för att öppna butiken, d) ge en produktförteckning, e) leverera varorna, f) bistå vid distributionen av produkter, g) överlåta de tekniska och kommersiella upplysningar och kunskaper som bolaget hade tillgång till, h) bistå vid undersökningen av

åtgärder för annonsering och lokalt säljfrämjande, i) distribuera särskilda trycksaker, l) genomföra en kurs för teoretiska och praktiska kunskaper, m) genomföra en kampanj för annonsering och säljfrämjande åtgärder på nationell nivå, och n) inte öppna något annat försäljningsställe inom det område som omfattades av ensamrätten.

6. Francesco Benincasa förband sig i sin tur enligt avtalsvillkor 3 att uppfylla följande skyldigheter: a) ombesörja införande i handelsregistret och utverka föreskrivna tillstånd, b) erhålla hyresrätt till affärslokalen under avtalets giltighetstid, c) utrusta affärslokalen på liknande sätt som används av Dentalkits övriga, redan befintliga affärslokaler, d) uteslutande sälja produkter som har levererats av Dentalkit srl och ha ett visst förråd av produkterna, e) ange när det är lämpligt att införa nya produkter som ingår i produktsortimentet, f) se till att affärslokalen hålls i klanderfritt tillstånd och erbjuda yrkesmässig och effektiv betjäning, g) använda varumärkena i enlighet med de uppgifter som lämnas av Dentalkit srl utan att avvika från dem, h) behandla uppgifter och handlingar avseende "systemet Dentalkit" konfidentiellt och i) på egen bekostnad genomföra den kampanj för annonsering och lokalt säljfrämjande som tidigare avtalats med Dentalkit srl.

7. Avslutningsvis åtog Francesco Benincasa sig att till Dentalkit srl betala ett belopp om 8 miljoner LIT för det tekniska och kommersiella biståndet för att inleda verksamheten och 3 procent av den årliga omsättningen som vederlag för att med ensamrätt få använda varumärkena inom ett visst område med undantag för de första tolv månaderna av den kommersiella verksamheten.

8. För att ingå avtalet, som ursprungligen skulle gälla tre år och skulle förlängas genom tyst överenskommelse, undertecknade båda parterna en handling som var avfattad på italienska och som Dentalkit srl vanligtvis använder i detta syfte.

9. Francesco Benincasa öppnade sin affär, inbetalade startbeloppet om 8 miljoner LIT och gjorde ett flertal inköp som han inte betalade. Under tiden lade han ned försäljningen. Senare väckte han talan vid Landgericht München I mot Dentalkit srl där han yrkade att

a) svaranden skulle förpliktas att återbetala honom 8 miljoner LIT jämte 12 procents ränta från och med att ansökan delgavs (den 27 december 1993), och att

b) det skulle fastställas att franchiseavtalet, som parterna hade ingått den 28 september 1992, var ogiltigt och att även de köpeavtal som hade ingåtts inom ramen för det förstnämnda avtalet var ogiltiga.

10. Francesco Benincasa ansåg att franchiseavtalets ogiltighet grundades på att avtalet för det första stred mot § 138 i BGB (den tyska civilkoden) och för det andra på att det i avtalet föreskrevs att detta skulle gälla i mer än två år, utan hänsyn till vad som fastslås i § 11 punkt 12 a jämförd med § 6 i den tyska avtalslagen. Käranden kritiserade också avtalet för överträdelse av § 119 i BGB och svek i enlighet med § 123 i BGB.

11. Dentalkit srl, som i sitt svaromål yrkade att talan skulle ogillas, invände att Landgericht München I — vid vilken talan hade väckts — saknade såväl internationell som lokal behörighet. Enligt Dentalkit srl:s uppfattning följde det av den klausul om domstols behörighet som båda parterna hade ingått (villkor 12 i avtalet) att endast domstolarna i Florens var behöriga att behandla tvisten.

12. Vad avser denna processinvändning gjorde Francesco Benincasa sammanfattningsvis gällande det som följer:

a) Landgericht München var domstolen i uppfyllelseorten i den mening som avses i artikel 5.1 i Brysselkonventionen.

b) Klausulen om behörighet för domstolarna i Florens medförde inte någon derogation i fråga om behörigheten att handlägga talan, eftersom talan avsåg ogiltigförklaring av avtalet i sin helhet, inklusive nämnda villkor.

c) Artikel 13 första stycket punkt 1 och artikel 14 första stycket i Brysselkonventionen utgjorde hinder för tillämpningen av avtalet om domstols behörighet, eftersom denna klausul saknade verkan i enlighet med artikel 17 punkt 3 jämförd med artikel 15 i Brysselkonventionen.

13. Francesco Benincasa har grundat det sistnämnda påståendet på att han när franchiseavtalet ingicks ännu inte bedrev någon affärsverksamhet och att han skall betraktas som konsument i den mening som avses i artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen. Detta skulle följa av en teleologisk tolkning av sagda regel, mot bakgrund av det i EG-fördraget föreskrivna ändamålet att garantera den slutgiltiga konsumenten en hög skyddsnivå.

14. Landgericht München I biföll Dentalkit srl:s invändning genom dom av den 19 juli 1993 och avvisade följaktligen kärandens

begäran på grund av avsaknad av internationell behörighet.

15. Landgericht München I ansåg således i sin dom att klausulen om domstols behörighet i franchiseavtalet var giltig och att domstolarna i Florens i enlighet med artikel 17 i Brysselkonventionen var behöriga.

16. Enligt domen var det inte fråga om ett avtal som hade ingåtts av en konsument, vilket innebar att artikel 13 i Brysselkonventionen i detta fall inte utgjorde hinder för klausulen om domstols behörighet. Såväl ordalydelsen av som meningen med artikel 13 första stycket i Brysselkonventionen innebär att ett avtal som ger upphov till en affärsmässig eller yrkesmässig situation skall anses ha ingåtts för att tillämpas i samband med den yrkesmässiga verksamheten.

17. Enligt Landgericht München I är övriga resultat av tillämpningen av den tyska lagen om konsumentkrediter irrelevanta för tolkningen av artikel 13 i Brysselkonventionen, som skall ges en fristående tolkning. Avslutningsvis saknar avtalet i fråga de övriga rekvisit som hör till ett avtal som ingåtts av konsumenter.

18. Francesco Benincasa överklagade underrättens dom. Dentalkit srl anser att överklagandet skall avvisas. Båda parterna har under överklagandeförfarandet i huvudsak upprepat sina motstridiga ståndpunkter i fråga om de tyska domstolarnas internationella behörighet.

19. Eftersom den domstol som har att avgöra överklagandet är osäker på Brysselkonventionens tolkning, har den ställt följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Skall en kärande anses vara konsument i den mening som avses i artiklarna 13.1 och 14.1 i Brysselkonventionen även när en talan avser ett avtal som käranden inte har ingått i samband med den affärsverksamhet som han redan bedriver utan med avseende på en verksamhet som kommer att påbörjas först senare (i detta fall ett franchiseavtal i syfte att starta en egen rörelse)?

2) Om den första frågan besvaras jakande: Omfattar artikel 13.1 punkt 1 i Brysselkonventionen (köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster) ett franchiseavtal genom vilket käranden åtar sig att under en period av flera år (tre) köpa de föremål och varor som behövs för anläggning och drift av en rörelse (utan lån som skall återbetalas i

särskilda poster från den andra avtalsparten samt att erlägga en startavgift och att från och med det andra verksamhetsåret betala en licensavgift som uppgår till 3 procent av omsättningen?

3) Har en domstol i en medlemsstat som utsetts genom ett avtal om domstols behörighet exklusiv behörighet enligt artikel 17 punkt 1 första meningen i Brysselkonventionen, då talan bland annat avser fastställelse av ogiltigheten av ett avtal som innehåller sagda klausul om domstols behörighet, vilken har följande lydelse: 'Domstolarna i Florens skall vara behöriga att pröva alla tvister som avser tolkningen, genomförandet eller andra aspekter av detta avtal' och har godkänts separat med hänvisning till artiklarna 1341 och 1342 i italienska civillagen?"

De regler i Brysselkonventionen som tolkningsfrågorna avser

20. Avsnitt 4 i Brysselkonventionen har rubriken "Behörighetsregler för konsumenttvister".

21. Följande föreskrivs i artikel 13 som ingår i detta avsnitt:

"I tvister som gäller avtal som har ingåtts av en person för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet, i det följande kallad 'konsumenten', gäller i fråga om behörigheten — om inte annat följer av föreskrifterna i artikel 4 och artikel 5 punkt 5 — bestämmelserna i detta avsnitt, om det gäller:

1. köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster, eller

2. lån som skall återbetalas i särskilda poster eller någon annan form av kredit om lånet eller krediten var avsedd att finansiera köp av varor, eller

3. andra avtal om tillhandahållande av varor eller tjänster, om

a) avtalet föregicks av ett särskilt anbud riktat till konsumenten i den konventionsstat där han har hemvist eller annonsering där,

och

b) konsumenten vidtog de för avtalets ingående nödvändiga åtgärderna i den staten.

Om konsumentens avtalspart inte har hemvist i en konventionsstat men har en filial, agentur eller liknande i en sådan stat, skall han anses ha hemvist i den staten såvitt avser tvister som hänför sig till denna verksamhet.

..."

22. I artikel 14 i Brysselkonventionen föreskrivs följande:

"Konsumenten får väcka talan mot den andra avtalsparten antingen vid domstolarna i den konventionsstat där denne har hemvist eller vid domstolarna i den konventionsstat där han själv har hemvist.

Talan mot en konsument får av den andra avtalsparten väckas endast vid domstolarna i den konventionsstat där konsumenten har hemvist.

Dessa bestämmelser inskränker inte rätten att väcka genkäromål vid den domstol där huvudkäromålet, enligt bestämmelserna i detta avsnitt, är anhängigt."

23. Avslutningsvis föreskrivs följande i artikel 17 i Brysselkonventionen som ingår i avsnitt 6 som har rubriken "Avtal om domstols behörighet":

"1. Om parterna har träffat avtal om att en domstol eller domstolarna i en konventionsstat skall vara behöriga att avgöra en redan uppkommen tvist eller framtida tvister i anledning av ett bestämt rättsförhållande, om minst en av parterna har hemvist i en konventionsstat, skall endast den domstolen eller domstolarna i den staten vara behöriga. Ett sådant avtal skall vara antingen:

a) skriftligen eller också muntligt och skriftligen bekräftat, eller

b) i en form som överensstämmer med praxis som parterna har utbildat mellan sig, eller

c) i internationell handel, i en form som överensstämmer med handelsbruk eller annan sedvänja som parterna kände till eller borde ha känt till och som är allmänt känd och regelmässigt iakttas av parter i avtal av föreliggande typ vid det ifrågavarande slaget av handel.

Om ett sådant avtal har ingåtts mellan parter av vilka ingen har hemvist i en konventionsstat, är domstolarna i andra konventionsstater inte behöriga att pröva tvisten så länge

den eller de utvalda domstolarna inte har förklarat sig obehöriga.

...

3. Avtal om domstols behörighet eller motsvarande bestämmelser har ingen verkan om de strider mot bestämmelserna i artiklarna 12 eller 15, eller om de domstolar vars behörighet de utesluter har exklusiv behörighet enligt artikel 16.

4. Om ett avtal om domstols behörighet har träffats till förmån för endast en av parterna, behåller den parten sin rätt att väcka talan vid varje annan domstol som är behörig enligt denna konvention.

..."

Den första tolkningsfrågan

24. I sitt svar på den första tolkningsfrågan skall domstolen avgöra om ett franchiseavtal som har ingåtts av en person som tidigare inte har idkat handel skall betecknas som ett avtal "för ändamål som kan anses ligga utanför hans affärsverksamhet eller yrkesverksamhet" i den mening som dessa begrepp har enligt artikel 13 i Brysselkonventionen.

25. Jag skall vid behandlingen av denna fråga utgå från en analys av franchiseavtalen för att sedan erinra om domstolens rättspraxis avseende begreppet "avtal som ingåtts av konsumenter" som återfinns i artikel 13 i Brysselkonventionen. Slutsatsen kommer att vara att nämnda begrepp inte är tillämpligt på den typen av avtal.

i) *Franchiseavtal*

26. Franchiseavtal, som är en allmänt använd handelsformel, är avtal varigenom ett företag (franchisegivaren) ger ett annat företag (franchisetagaren) rätt att använda ett system avsett för marknadsföring av varor eller tjänster.

27. Fysiska eller juridiska personer som är verksamma som franchisegivare brukar upprätta ett nätverk av franchiseavtal inom en viss sektor av affärsverksamhet. De erbjuder potentiella franchisetagare möjlighet att ansluta sig till detta nätverk vilket sker genom att underteckna ett avtal i vilket de

väsentliga beståndsdelarna i det ömsesidiga avtalet fastslås. I de flesta fall rör det sig om ett anslutningsavtal.

28. Franchisetagaren är rättsligt sett fristående. Det är fråga om en verkligen fristående affärsidkare som driver egen rörelse och genomför affärstransaktioner (gör inköp hos sin leverantör för att återförsälja till kunderna).

29. Domstolen hade att ta ställning till detta kommersiella fenomen då den analyserade det mot bakgrund av fri konkurrens i domen av den 28 januari 1986 i målet Pronuptia [4] som avsåg oegentliga franchiseavtal enligt vilka franchisetagaren endast säljer vissa produkter i en affär där franchisegivarens varumärken är synliga.

30. I punkt 15 i den domen beskrev domstolen de väsentliga dragen hos förhållandet mellan franchisegivare och franchisetagare och betonade att franchisetagare har kommersiell karaktär och är fristående:

"I ett system med sådana oegentliga franchiseavtal om distribution som avses i detta fall ger ett företag som är etablerat på en marknad som distributör och som således har kunnat utarbeta kommersiella tillvägagångssätt, *fristående affärsidkare* möjlighet att mot ersättning etablera sig på andra marknader med användning av dess firma och marknadsföringssätt, vilka har gjort företaget framgångsrikt. Det rör sig om mer än endast ett distributionssätt och innebär ett sätt att utnyttja kunskap affärsmässigt utan att riskera eget kapital. Dessutom ger detta system möjlighet för *de affärsidkare som inte har den nödvändiga erfarenheten* att dra fördel av tillvägagångssätt som de endast skulle ha kunnat skaffa sig genom långvariga och mödosamma ansträngningar för undersökning och möjlighet att dra fördel av varumärke." [5]

31. Även i artikel 1 i kommissionens förordning (EEG) nr 4087/88 av den 30 november 1988 om tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på grupper av franchiseavtal [6] föreskrivs att ett franchiseavtal om distribution förutsätter att det finns två "företag", det vill säga två ekonomiska enheter som driver affärsverksamhet. [7]

4 — Mål 161/84, Rec. 1986, s. 353.

5 — Utan kursivering i originalet.

6 — EGT L 359, s. 46, fransk version; vid översättningen fanns ingen svensk version att tillgå.

7 — Enligt denna artikel avses med franchising "samtliga industriella eller intellektuella äganderättigheter som hänger samman med varumärken, handelsfirmor, butiksskyltar, mönster, ritningar, upphovsrätter, 'know-how' eller patent som skall användas vid återförsäljning av produkter eller tillhandahållande av tjänster till de slutgiltiga användarna". Ett franchiseavtal definieras i denna artikel som ett avtal "enligt vilket ett företag, franchisegivaren, ger ett annat företag, franchisetagaren, mot direkt eller indirekt ekonomisk motprestation, rätt att använda franchising för att marknadsföra vissa produkter och/eller tjänster".

ii) *Domstolens rättspraxis avseende "avtal som ingåtts av konsumenter"*

32. I domen av den 19 januari 1993 i målet Shearson [8] fastställdes uttryckligen under vilka förutsättningar det var möjligt att tala om detta slag av avtal och vilken ståndpunkt som skall intas av de nationella domstolar som har att tolka artikel 13 i Brysselkonventionen.

33. Inledningsvis erinras i domen om "den i rättspraxis fastställda principen (se bland annat dom av den 21 juni 1978 i mål 150/77, Bertrand, Rec. 1978, s. 1431, punkterna 14-16 och 19, av den 17 juni 1992 i mål C-26/91, Handte, Rec. 1992, s. I-3967, punkt 10), enligt vilken de begrepp som används i konventionen, vilka kan ha olika innehåll beroende på konventionsstaternas nationella rätt, skall tolkas självständigt, huvudsakligen med hänvisning till konventionens system och syften, för att säkerställa att konventionen tillämpas enhetligt i alla konventionsstater. Detta gäller bland annat begreppet 'konsument' i den mening som avses i artikel 13 och följande artiklar i konventionen, i den mån det är avgörande för att fastställa reglerna om domstols behörighet". [9]

8 — Mål C-89/91, Rec. 1993, s. I-139.
9 — Punkt 13.

34. Vidare beskrev domstolen i domen sammanhanget mellan de allmänna och de särskilda principerna om kompetensfördelning:

— Enligt konventionens systematik är den allmänna principen att domstolarna i den konventionsstat i vilken svaranden har hemvist är behöriga, vilket fastslås i artikel 2 första stycket i konventionen.

— Endast som undantag från denna allmänna princip innehåller konventionen föreskrifter om två situationer, som på ett uttömmande sätt uppräknas i avsnitten 2-6 i avdelning II, i vilka en svarande som har hemvist eller är etablerad i en konventionsstat kan — när situationen omfattas av en särskild behörighetsregel — eller skall — när situationen omfattas av en regel om exklusiv eller utvidgad behörighet — svara vid domstolar i en annan konventionsstat.

— Följaktligen kan de behörighetsregler som utgör undantag från denna allmänna princip inte ge upphov till en tolkning som går längre än de fall som konventionen avser.

35. I punkt 17 i den domen sades att "[d]enna princip gäller i än högre grad när

det finns en sådan behörighetsregel som den som ingår i artikel 14 i konventionen och som gör det möjligt för en sådan konsument som avses i artikel 13 i denna konvention att väcka talan mot en person vid domstolarna i den konventionsstat där käranden har hemvist. Förutom i de uttryckligen föreskrivna fallen förefaller konventionen nämligen vara främmande för att domstolarna där käranden har hemvist skall vara behöriga (se dom av den 11 januari 1990 i mål C-220/88, Dumez France och Tracoba, Rec. 1990, s. I-49, punkterna 16 och 19)."

36. Efter dessa påpekanden avseende kriterierna för tolkning av behörighetsreglerna, klargjordes i domen begreppet konsument i den mening som avses i artiklarna 13 och 14 i Brysselkonventionen: "Det framgår av denna bestämmelses ordalydelse och funktion att den endast avser den slutgiltige, enskilde konsumenten som inte utövar affärsmässig verksamhet eller yrkesverksamhet (se i detta avseende även den ovan nämnda domen i målet Bertrand, punkt 21, och Sakkunnigutlåtandet till följd av Konungariket Danmarks, Irlands och Förenade konungariket Storbritanniens och Nordirlands anslutning till konventionen, EGT C 59, 1971, punkt 71), som är bunden genom ett av de avtal som räknas upp i artikel 13 och som är part i en talan vid en domstol i enlighet med artikel 14."

iii) *Tillämpningen av denna rättslära på franchiseavtal*

37. Det är med utgångspunkt i dessa överväganden inte möjligt att hävda att parterna i ett franchiseavtal kan betraktas som "konsumenter" i den mening som avses i artikel 13 i Brysselkonventionen.

38. Villkoret att vara konsument, som avses i artikel 13 i Brysselkonventionen, definieras inte genom en sedan tidigare föreliggande subjektiv situation. En och samma fysiska person kan vara konsument i ett avseende och näringsidkare i ett annat avseende. Det är följaktligen inte ett rättssubjekts personliga förhållanden som är avgörande utan dennes ställning inom ramen för ett visst avtal i förhållande till dess uppkomst och upphörande.

39. När det rör sig om sådana avtal som ett franchiseavtal med tydlig affärsmässig karaktär, som nödvändigtvis kännetecknas av att

de berör parternas "yrkesverksamhet" [10], är dessas individuella omständigheter som föregår avtalets ingående irrelevanta med avseende på artikel 13 i Brysselkonventionen.

40. I motsats till kärandens påstående — som på ett mer omfattande sätt har framförts under sammanträdet — anser jag definitivt inte att domstolen skall bortse från eller göra en förmildrande tolkning av den traditionella principen om fristående tolkning av de begrepp som används i Brysselkonventionen bland annat med avseende på begreppet konsument.

41. Den fristående tolkningen av begreppet konsument, till vilken jag tidigare har hänvisat med stöd av domen i målet Shearson, är enligt min uppfattning att föredra framför den tolkning som följer av de nationella lagstiftningarna. Detta har två grunder:

a) De nationella lagstiftningarna behöver inte motsvara varandra, eftersom de kan innehålla olika nyanser beroende på omständigheterna. Att ta hänsyn till någondera nationella lagstiftningen (vilket urvalskriterium skulle då tillämpas?) skulle äventyra den rättssäkerhet som Brysselkonventionen är avsedd att säkerställa.

b) Även inom ramen för en och samma nationella lagstiftning kan det ske att begreppen "konsument" är olika beroende på den del av rättsordningen som de ingår i.

42. Enligt kärandens ombud borde domstolen ge företräde för det tyska begreppet konsument som följer av den tyska lagen om konsumentkrediter (Verbraucherkreditgesetz) [11] enligt vilken villkoret konsument omfattar dem som har ansökt om kredit för att inleda en verksamhet som de inte har drivit tidigare.

43. Jag delar inte denna uppfattning som även den tyska regeringen har motsatt sig i sitt skriftliga yttrande, i vilket den hävdat att detta skulle utgöra en utvidgning av den definition som den nationella lagstiftaren har givit begreppet konsument samt medvetet och uttryckligen överskrida det minimikrav som följer av det direktiv som Verbraucher-

10 — Begreppet "actividad profesional" skall uppfattas i vid bemärkelse som självfallet omfattar affärsverksamhet. Den engelska versionen av artikel 13 i Brysselkonventionen är tydligare i detta avseende, eftersom där hänvisas till avtal "concluded by a person for a purpose which can be regarded as being outside his *trade of profession*" (utan kursivering i originalet). Den tyska versionen av nämnda artikel innehåller även båda begreppen "der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit".

11 — Att denna bestämmelse skulle tolkas analogt på franchiseavtalen utgjorde ett av de argument som Francesco Benincasa anförde vid den tyska underrätten.

kreditgesetz avsåg att genomföra [12] för att säkerställa att konsumenter skulle komma i åtnjutande av en högre konsumentskyddsnivå än den som föreskrivs i gemenskapsreglerna.

44. Såsom nämnda regering har hävdat, innebär begreppen i direktivet om konsumentkrediter [13] att det gemenskapsrättsliga begreppet konsument utesluter såväl dem som är parter i avtal rörande "redan utövad" yrkesverksamhet eller affärsverksamhet (såsom det uttryckligen föreskrivs i Verbraucherkreditgesetz) som dem som generellt sett är parter i avtal som har ingåtts i yrkesmässigt syfte.

45. Den tyska regeringen har i sitt ovannämnda yttrande dessutom betonat att det i dess rättssystem tillämpas en striktare tolkning av begreppet konsument i andra bestämmelser om konsumentskydd, så till exempel i lagen om hävande av hemförsäljningsavtal (Haustürwiderrufsgesetz).

46. Allt detta kan endast bekräfta behovet av att upprätthålla den fristående tolkningen av begreppet konsument som föreskrivs i artikel 13 i Brysselkonventionen. Detta är ett begrepp som inte behöver vara knutet till de begrepp som i varje enskilt fall används i de nationella rättsordningarna.

47. Avslutningsvis utgör införandet av en ny avdelning XI [14] om konsumentskydd i EG-fördraget, enligt vars artikel 129a gemenskapen skall bidra till "en hög konsumentskyddsnivå", inte hinder för den uppfattning som jag har anfört. För det första är den rättsliga räckvidden av en sådan föreskrift begränsad. [15] För det andra gör punkt 3 i denna föreskrift det uttryckligen möjligt för var och en av medlemsstaterna att upprätthålla eller införa strängare skyddsåtgärder. Dessa överväganden innebär logiskt sett att gemenskapens konsumentskyddsnivå inte behöver överensstämma med den nivå som gäller i någon eller några av medlemsstaterna.

48. Sammanfattningsvis anser jag att den fristående tolkningen av begreppet konsument, såsom det används i Brysselkonventionen, enligt min uppfattning bör upprätthållas, såsom domstolen gjorde i domen i målet Shearson. Detta innebär att begreppet skall

12 — Direktiv 87/102/EEG av den 22 december 1986 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om konsumentkrediter (EGT L 42, 1987, s. 48).

13 — Detta utgör för övrigt det kriterium som även har tillämpats i rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäliga villkor i konsumentavtal (EGT L 95, s. 29). Enligt direktivets artikel 2 skall med begreppet "konsument" avses "en fysisk person som i samband med avtal som omfattas av detta direktiv handlar för ändamål som faller utanför hans näring eller yrke". Näringsidkare utgörs däremot av "en fysisk eller juridisk person som i samband med avtal som omfattas av detta direktiv handlar för ändamål som har samband med hans näring eller yrkesverksamhet, oavsett om den är offentlig eller privat".

14 — Detta har tillagts genom artikel G.38 i Fördraget om Europeiska unionen.

15 — Detta fastställs i punkt 19 i dom av den 7 mars 1996 i mål C-192/94, El Corte Inglés (REG 1996, s. I-1281). I punkt 20 i samma dom konstaterade domstolen att artikel 129a endast innebär att en målsättning uppställs i gemenskapen och gemenskapen ges behörighet att verka för detta mål "utan att det i övrigt föreskrivs skyldigheter för medlemsstater eller enskilda ...".

begränsas till att avse slutgiltiga enskilda konsumenter som inte medverkar i avtal som hänger samman med deras affärsverksamhet eller yrkesverksamhet.

49. Det är riktigt att franchisetagarna ibland saknar föregående kommersiell erfarenhet, men detta gör det inte möjligt att beteckna den verksamhet som är föremål för ett franchiseavtal som en verksamhet som inte faller inom området för affärsverksamhet eller yrkesverksamhet. Det är just verksamheten i fråga — och inte rättssubjektets tidigare individuella omständigheter — som är den faktor som beaktas i artikel 13 i Brysselkonventionen i syfte att inrätta ett specifikt system vad gäller domstols behörighet i fråga om vissa avtal.

50. Lydelsen av artikel 13 gör det följaktligen inte möjligt att utvidga dess tillämpningsområde så att den omfattar samtliga avtal, oberoende av deras syfte och ändamål, i vilka den ena parten befinner sig i en ekonomiskt svagare situation än den andra parten som objektivt sett eller beroende på omständigheterna befinner sig i en ekonomiskt starkare situation.

51. Då avtalsparter inleder en kommersiell relation brukar det inte råda jämvikt mellan dem. Detta är anledningen till att avtal av detta slag, inklusive standardavtal eller anslutningsavtal, inte omfattas av den särskilda regeln i artikel 13. Även om denna föreskrift har inspirerats av syftet att skydda den svagare parten i ett avtalsförhållande, är dess räckvidd begränsad till de avtal i vilka en person handlar av skäl som inte har att göra med yrkesverksamhet, det vill säga när han handlar såsom "slutgiltig enskild konsument som inte deltar i affärsverksamhet eller yrkesverksamhet".

52. Med andra ord, endast den omständigheten att en av parterna i ett avtal som har ingåtts för att driva affärsverksamhet eller yrkesverksamhet — eller inom ramen för liknande verksamhet — befinner sig i en svagare situation, såsom sker i fråga om franchising, anses enligt Brysselkonventionen inte utgöra ett fall som kräver ett särskilt skydd då en domstol tilldelas behörighet.

53. Jag anser följaktligen att domstolen i sitt svar på den första frågan skall fastställa att artikel 13 i Brysselkonventionen inte är tillämplig på ett sådant avtal som det i förevarande mål.

Den andra tolkningsfrågan

54. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan endast för det fall att domstolens svar på den första frågan skulle ha gjort det möjligt att tillämpa artikel 13 i Brysselkonventionen på ett sådant avtal som

det i förevarande mål. Mot bakgrund av det svar som jag har föreslagit på den första frågan anser jag att den andra frågan inte behöver besvaras.

55. I motsatt fall, det vill säga om domstolen skulle besvara frågan om tillämpligheten av artikel 13 i Brysselkonventionen jakande, skall den uttala sig om den andra tolkningsfrågan varigenom Oberlandesgericht München har berört tolkningen av artikel 13 första stycket punkt 1 avseende köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster.

56. Närmare bestämt vill den nationella domstolen få klarhet i om det rättsbegrepp som har uttryckts med orden "köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster" omfattar de franchiseavtal varigenom en part åtar sig att under en period av tre år hos franchisegivaren inköpa de varor och produkter som är nödvändiga för att utrusta och driva affären utan att ha avtalat om att betalning för sådana varor och produkter skall erläggas i särskilda poster. Franchisetagaren har i detta avseende endast åtagit sig att betala ett startbelopp och från och med det andra räkenskapsåret betala en licensavgift om 3 procent av sin omsättning.

57. Den andra tolkningsfrågan är intressant därför att artikel 13 i Brysselkonventionen inte endast förutsätter att ett avtal har ingåtts för ett ändamål som kan anses ligga utanför den yrkesverksamheten utan även att avtalet ingår i någon av de tre kategorier som beskrivs i punkterna 1, 2 och 3 i det första stycket. Den första kategorin består av avtal om "köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster".

58. Enligt min uppfattning skall även denna fråga besvaras nekande. Avtal om köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster skall inte förväxlas med dessa senare nämnda avtal som, trots att de avser successiva prestationer, har andra egenskaper som klart skiljer sig från den rättsliga formen för köp där betalningen skall erläggas i särskilda poster.

59. I det föreliggande fallet har den hänskjutande domstolen själv betonat att de inköp av produkter hos franchisegivaren vilka franchisetagaren har åtagit sig att genomföra under de tre år då avtalet gäller inte omfattas av systemet med köp där betalningen skall erläggas i särskilda poster. Det finns inte några föreskrifter om att betalningen för produkterna skall erläggas i särskilda poster, på successiva och på förhand bestämda dagar.

60. Att ett avtal föreskriver ett system med successiva skyldigheter som åvilar endera parten eller båda parterna gör det emellertid inte möjligt att utan vidare likställa avtalet med "köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster".

61. Närmare bestämt utgör de periodiska inköp av produkter som franchisetagaren skall genomföra i enlighet med franchiseavtalet en följd eller ett resultat av det ursprungliga avtalet som i sig inte på något sätt liknar köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster i den mening som avses i artikel 13 i Brysselkonventionen.

62. Sådana här periodiska inköp omfattas i det föreliggande fallet dessutom inte ens i sig av systemet med köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster.

63. Än mindre är det möjligt att anse att det rör sig om köp av varor där betalningen skall erläggas i särskilda poster därför att franchisetagaren periodiskt skall betala ett belopp om 3 procent av sin årliga omsättning som vederlag för att använda franchisegivarens varumärken. Det står klart att det i ett sådant fall inte föreligger något ömsesidigt förhållande avseende köp av varor vare sig där betalningen skall erläggas i särskilda poster eller kontant.

64. Om den andra tolkningsfrågan följaktligen skall besvaras, anser jag att domstolen bör besvara den nekande.

Den tredje tolkningsfrågan

65. Den tredje tolkningsfrågan har en större räckvidd. Sammanfattningsvis vill den hänskjutande domstolen genom denna fråga få klarhet i om lydelsen av artikel 17 punkt 1 i Brysselkonventionen innebär att "endast den domstol" som parterna har överenskommit om genom avtalet om domstols behörighet [16] även är behörig att avgöra en tvist där det görs en invändning om ogiltigheten av det avtal som innehåller klausulen om domstols behörighet.

66. Jag skall inledningsvis i detta avseende betona två punkter som jag anser vara viktiga:

a) Det är ostridigt att det avtal om domstols behörighet som ingår i avtalet i förevarande mål uppfyller de formkrav som anges i artikel 17 i Brysselkonventionen. [17]

16 — Generaladvokaten har valt att göra en åtskillnad mellan uttrycken "pacto de sumisión", "cláusula de sumisión", "cláusula de elección de foro", "prórroga de competencia", "cláusula atributiva de competencia" och "convenio atributivo de competencia" vilka enligt denne avser samma rättsliga fenomen, nämligen parternas viljeförklaring avseende val av den domstol eller det rättsliga organ till vilket de beslutar att hänskjuta sina tvister då det territoriella forumet inte är behörigt. Denna åtskillnad har dock inte gjorts i den svenska versionen [översättarens anmärkning].

17 — Frågan avser inte heller avtalets formella motsvarighet i förhållande till de italienska lagarna, eftersom det rör sig om en klausul som har avtalats separat i enlighet med artiklarna 1341 och 1342 i den italienska Codice civile. Här gäller det emellertid inte att tillämpa nationella, italienska eller tyska, regler utan att undersöka om klausulen är förenlig med Brysselkonventionen.

b) Avtalet har formulerats i så generella ordalag som möjligt, eftersom det rör "alla tvister som avser tolkningen, genomförandet eller andra aspekter av detta avtal". Dessa tvister skall avgöras just vid domstolarna i Florens.

67. Enligt min uppfattning är en sådan klausul om domstols behörighet som den i förevarande mål, som är formellt giltig i enlighet med Brysselkonventionen och som parterna har ingått för att avgöra alla slag av framtida tvister avseende vilken aspekt av avtalet som helst, tillämplig på de tvister som kan uppkomma, inklusive tvister avseende förutsättningarna för giltigheten av det avtal i vilken klausulen ingår.

68. I dom av den 4 mars 1982 i målet Effer Spa [18] hade domstolen att ta ställning till ett liknande problem som då hade förts vidare inom ramen för tillämpningen av artikel 5 i Brysselkonventionen. Frågan i det målet avsåg om domstolen i uppfyllelseorten är behörig även när det är stridigt mellan parterna att avtalet som sådant existerar eller att det fanns förutsättningar för att det skulle uppstå.

69. Domstolen ansåg att den nationella domstolens behörighet att avgöra frågorna avseende ett avtal även omfattar behörigheten att bedöma om villkoren för att själva avtalet skall ha kommit till stånd är uppfyllda, eftersom en sådan bedömning är oundgänglig för att en domstol skall kunna avgöra om den är behörig i enlighet med artikel 5 i Brysselkonventionen eller ej.

70. Argumentet bekräftades genom beaktande av de negativa följder den motsatta lösningen skull ha medfört för rättssäkerheten. [19] Verkan av Brysselkonventionens bestämmelser skulle äventyras om det godtogs att bara det faktum att endera parten hävdar att något avtal inte föreligger skulle vara tillräckligt för att förhindra att dessa bestämmelser tillämpades.

71. Enligt domstolen skulle däremot iakttagandet av syftena och meningen med Brysselkonventionen kräva att dess regler tolkas så, att det blir möjligt för den nationella domstol som har anmodats att avgöra en tvist som följer av ett avtal, att även på tjänstens vägnar kontrollera de väsentliga avgörande villkoren för sin behörighet och bedöma om det på grundval av det bedömningsunderlag som parterna har lämnat föreligger ett avtal eller ej.

18 — Mål 38/81, Rec. 1982, s. 825.

19 — Syftet med Brysselkonventionen är just att säkerställa rättssäkerheten, som tar sig konkret uttryck i säkerheten eller förutsebarheten av fastställelsen av den behöriga domstolen. Genom konventionen eftersträvas att "harmonisera reglerna om domstols behörighet i konventionsstaterna genom att i möjligaste mån förhindra att det skulle förekomma ett flertal domstolar som är behöriga i fråga om ett och samma rättsförhållande samt i att förstärka det rättsliga skyddet för personer som är etablerade inom gemenskapen genom att göra det möjligt för käranden att med lätthet avgöra vilken domstol han kan väcka talan vid och för svaranden att med rimlig säkerhet förutse vid vilken domstol han kan komma att behöva svara (dom av den 13 juli 1993 i mål C-125/92, Mulox IBC, Rec. 1993 s. I-4075).

72. Samma argument är analogt tillämpliga på det föreliggande fallet där diskussionen gäller avtalets giltighet och inte dess existens. Skillnaden mellan detta fall och det fall som undersöktes i den ovannämnda domen i målet Effer består i att den territoriella behörigheten i det målet inte hade avgjorts genom en klausul om behörig domstol utan genom ett kriterium i lag (uppfyllelseorten). Det rättsliga resonemang som då gjordes är enligt min uppfattning emellertid tillämpligt på båda situationerna.

73. Samma slutsats kan dras genom att analysera beskaffenheten av de klausuler om val av behörig domstol som föreskrivs i artikel 17 i Brysselkonventionen. Enligt min uppfattning skall de tillmätas ett visst oberoende i förhållande till det avtal i vilket de ingår.

74. Beträffande denna omständighet är det riktigt att det inom rättsvetenskapen finns en välkänd diskussion [20] vars lösning inte har varit ostridig. Jag anser emellertid att domstolen — vad beträffar artikel 17 i Brysselkonventionen — i enlighet med domen i målet Effer borde välja den åsikt som är mer gynnsam för rättssäkerheten och närmare bestämt förespråka godkännande av det forum som har valts genom en klausul om behörig domstol (förutsatt att denna följer villkoren i artikel 17 i Brysselkonventionen), inklusive när det görs en invändning om ogiltigheten av det avtal i vilket denna klausul ingår.

75. Denna lösning stöds av flera argument. För det första lyder klausuler om behörig domstol inte samma ekonomiska och rättsliga faktorer som utgör grunden för avtalen, inte heller är "orsaken" till dessa densamma som till avtalen om behörig domstol (att hänvisa lösningen av eventuella framtida tvister till en viss domstol). De grunder för ogiltighet som påverkar avtalets materiella beståndsdelar skall följaktligen inte inverka på avtalen om behörig domstol.

76. För det andra: om en part gör en invändning om brister i den kontraktuella viljeförklaringen, till exempel fel vid uppfyllelsen av avtalsföremålets väsentliga villkor, som leder till att de ömsesidiga prestationerna blir ogiltiga, påverkar detta inte nödvändigtvis klausulen om behörig domstol, eftersom felet inte nödvändigtvis omfattar det uttryckliga valet av behörig domstol. Detta skulle *a fortiori* vara fallet om grunderna för invändningen om avtalets ogiltighet skulle avse dess förenlighet eller oförenlighet med de materiella reglerna i en viss nationell rättsordning.

77. För det tredje: om det medgavs att en annan domstol än den som avtalsparterna har valt genom en klausul om behörig domstol

20 — Beträffande innehållet i denna diskussion, se de nyligen utkomna arbetena C. Blanchin: *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?*, Paris, 1995, och A. Rodríguez Benot: *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1994.

skulle kunna avgöra frågan om avtalets allmänna giltighet, skulle det medföra rätt så förvånande praktiska följder. Om det genom en sådan dom till exempel skulle fastställas att avtalet som sådant är giltigt, borde den domstolen omedelbart avsäga sig sin behörighet till förmån för den domstol som parterna har utsett och som är ensam behörig att avgöra tvisterna i detta sammanhang. Det skulle vara svårt att bestrida att den sistnämnda domstolen är behörig att för sin del fastställa att avtalet eller något av dess väsentliga villkor inte var giltigt, även om detta skulle ske i strid med den förstnämnda domstolens avgörande.

78. Avslutningsvis har den uppfattning som jag har anfört den fördelen att den förhindrar att antalet tvister tilltar och att själva systemet med endast ett forum — som ligger till grund för Brysselkonventionen — kringgås. Endera part skulle kunna kringgå behörighetskriterierna genom att endast invända att det avtal i vilket klausulen ingår är ogiltigt, varigenom artikel 17 skulle mista sitt syfte. En sådan omständighet strider med säkerheten och förutsebarheten i fråga om fastställelse av behörig domstol.

79. Jag måste på denna punkt erinra om att ingen av parterna i tvisten har ansett att det finns något problem vad gäller giltigheten av klausulen om behörig domstol i sig, varken av materiella [21] eller formella skäl. Francesco Benincasa har endast gjort gällande att franchiseavtalet är allmänt ogiltigt av skäl som grundas på tysk materiell rätt (påstådd överträdelse av BGB och den tyska avtalslagen). [22]

80. Svaret på sådana invändningar, det vill säga bedömningen av franchiseavtalets giltighet, beror på den materiella rätt som är tillämplig på detta avtal. Jag anser emellertid att den domstol som är behörig att avgöra frågan skall vara just den domstol som parterna har avtalat om på förhand, eftersom dessa har formulerat klausulen om behörig domstol i så allmänna ordalag.

81. Parternas viljeförklaring som framgår av klausulen om behörig domstol är nämligen klar: "alla tvister" som rör vilken som helst "aspekt" av avtalet (detta uttryck måste omfatta även tvisterna om avtalets giltighet) skall handläggas vid domstolarna i Florens.

21 — Det skulle kunna vara möjligt att det i en nationell rättsordning infördes vissa materiella villkor för att tillåta giltigheten av klausuler om behörig domstol. Man skulle kunna diskutera om sådana föreskrifter passade samman med bestämmelsen i artikel 17 i Brysselkonventionen eller ej. Vad gäller de formella villkoren står det klart att nämnda artikel utgör den enda tillåtna referenspunkten.

22 — Se punkt 10 i detta förslag till avgörande.

82. På denna punkt är det oundvikligt att domstolens svar inte begränsas till en abstrakt tolkning av artikel 17 i Brysselkonventionen utan samband med den tvist som är föremål för tolkningsfrågan. Utan att avse att ersätta den behöriga nationella domstolen vid tolkningen av det avtal som har ingåtts mellan parterna i denna tvist, kräver ändamålsenligheten av domstolens svar inom mekanismen för begäran om förhandsavgörande en analys av innehållet i klausulen om behörig domstol — mot bakgrund av dess kännetecken — för att den hänskjutande domstolen skall få den tolkning av Brysselkonventionen som den har begärt.

Förslag till avgörande

83. Jag föreslår följaktligen att domstolen skall ge följande svar på de frågor som inom ramen för detta förfarande har förts vidare av Oberlandesgericht München:

1) Parterna i ett franchiseavtal, som avser ett nära förestående inledande av en affärsverksamhet, kan inte anses som konsumenter i den mening som avses i artiklarna 13 första stycket och 14 första stycket i Brysselkonventionen.

2) Den domstol som i en klausul om behörighet har angetts för 'att pröva alla tvister som avser tolkningen, genomförandet eller andra aspekter av detta avtal' är den enda domstol som är behörig enligt första meningen i artikel 17.1 i Brysselkonventionen, även i de fall då talan bland annat syftar till ogiltigförklaring av det avtal vari klausulen ingår.