



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ella Carlberg

Varumärken och kvalitetssäkring

Examensarbete
20 poäng

Professor Per Jonas Nordell

Immaterialrätt

VT 2008

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Syfte, metod och disposition	4
1.2 Kvalitet och kvalitetssäkring	6
2 VARUMÄRKET	8
2.1 Historik	9
2.2 Varumärket och produkten	9
2.2.1 Produktkonceptet	10
2.3 Funktion	12
2.3.1 Arsenalfallet	16
2.3.2 Immaterialiseringstrenden	17
3 KVALITET OCH AVTAL	19
3.1 Avtalet	19
3.2 Enhetlighet	22
3.3 Tolkning	25
3.3.1 Partsavsikt	25
3.3.2 Språklig tolkning	26
3.3.3 Oklarhetsregeln	28
3.3.4 Utfyllnad	30
3.4 Ogiltighet och jämkning	31
3.4.1 36 §	33
3.4.2 Omständigheter vid avtalets tillkomst	34
3.4.3 Avtalsinnehållet	35
3.4.4 Ändrade förhållanden	36
3.4.5 Omständigheterna i övrigt	38
3.4.6 Underlägsen ställning	40
4 KVALITET OCH MARKNADSFÖRING	42
4.1 Licensieringens risker	47

4.1.1	Urvattning och degeneration	47
4.1.2	Oönskad social gemenskap	53
4.1.3	Oönskad styrka	55
5	KVALITET OCH PRODUKTANSVAR	56
6	KVALITET OCH KONKURRENS	64
6.1.1	Varumärket	64
6.1.2	Marknaden	66
6.1.3	Avtalet	69
6.2	Konkurrensbegränsande avtal	70
6.3	Missbruk av dominerande ställning	74
7	SLUTORD	79
7.1	Avtal	80
7.2	Marknadsföring	82
7.3	Produktansvar	83
7.4	Konkurrens	84
	KÄLLOR	86

Sammanfattning

Varumärken representerar stora värden i dagens samhälle. Ett sätt för innehavare att omsätta dessa värden är genom licensiering.

Varumärkeslicensiering ger stora möjligheter till att stärka varumärket genom att nå nya marknader och kundgrupper, men det medför även risker; en misslyckad licensiering kan orsaka stora ekonomiska skador, urvattning och bidra till degeneration av varumärket. Ett sätt att minimera dessa risker är genom kvalitetssäkring. En noggrant utformad kvalitetssäkringsklausul kan bevara varumärkets goodwill, fungera som skydd mot vilseledande och således utgöra en grundsten i ett framgångsrikt licensieringssamarbete.

Utformningen av avtalets kvalitetssäkrande funktioner är i hög grad beroende av licensieringsobjektet, produkten och situationen i övrigt.

Utöver kvalitetssäkringens primära värdebevarande syfte kan avtalskonstruktionen få effekter inom en rad olika rättsområden. Dessa effekter belyses i och med att uppsatsen behandlar ett urval av frågeställningar och aspekter inom avtalsrätt, marknadsrätt, produktansvar och konkurrensrätt som kan vara relevanta för parterna när ett licensavtal ska utformas.

Förord

Mitt intresse för immaterialrätt väcktes under min tid i Lund, i växelverkan mellan juristutbildningen och det bokförlag jag i början av min studietid var delaktig i att starta. Intresset fördjupades med tiden, och när det var dags för mitt examensarbete var valet av rättsområde och handledare givet.

Jag vill tacka min handledare Per Jonas Nordell för att ha hjälpt mig hitta ett så intressant och givande uppsatsämne, och för det stöd jag fått under arbetets gång. Ett stort tack även till min familj och mina vänner för all kärlek och uppmuntran.

Ella Carlberg

Malmö, maj 2008.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	Lag (1987:822) om internationella köp
HD	Högsta Domstolen
KL	Konkurrenslag (1993:20)
KöpL	Köplag (1990:931)
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (1995:412)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
PAL	Produktansvarslag (1992:18)
Prop	Regeringens proposition
RomF	Romfördraget
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
VMD	Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar
VmL	Varumärkeslag (1960:644)

1 Inledning

Varumärken har gått från att vara enkla ursprungsmärkningar till att bli komplexa värdeskapare som fyller en rad funktioner på dagens marknad. Handeln med immaterialrätter ökar ständigt och varumärken betraktas i allt större utsträckning som självständiga tillgångar. I takt med denna utveckling går även det juridiska systemet mot att i allt högre grad skydda de investeringar som finns nedlagda i ett framgångsrikt varumärke. Licensiering är ett sätt för innehavaren att utnyttja sin rättighet. Genom licensieringen kan andra aktörer dra nytta av varumärkets goodwill, medan innehavaren ökar varumärkets exponering och får möjlighet att nå nya marknader. Men en licensiering innebär även ett risktagande och ett misslyckande kan få kostsamma konsekvenser. En förutsättning för ett lyckat licensieringssamarbete är att alla de produkter som marknadsförs under varumärket har en enhetlig och garanterad kvalitet. Kvalitetssäkring är ett sätt för licensgivaren att försäkra sig om att varumärket används på ett värdekonserverande sätt, och att samarbetet bidrar till att stärka varumärkets renommé.

1.1 Syfte, metod och disposition

Föreliggande uppsats avser att redogöra för kvalitetssäkringsklausuler i varumärkeslicensavtal, samt belysa vissa rättsområden där denna avtalskonstruktion kan få effekter som går utöver kvalitetssäkringens primära syften. Med detta syfte betraktas kvalitetssäkringen i avtalsrättsligt, marknadsrättsligt, produktansvarsrättsligt och konkurrensrättsligt perspektiv.

Uppsatsen är författad i enlighet med traditionell juridisk metod. Värt att notera är emellertid det begränsade underlag som finns tillgängligt inom uppsatsens kärnområde. Kvalitetssäkring är ett ämne som behandlats utförligt inom management-litteraturen; någon juridisk doktrin som

fördjupar sig i ämnet finns dock inte att tillgå inom nordisk rätt. Uppsatsens diskussion om kvalitetssäkring förs därför mot en bakgrund av management-litteratur och hämtar stöd främst i mer allmänna tankegångar i doktrinen, samt drar paralleller till resonemang som är relevanta, om än inte direkt tillämpliga, för det här aktuella ämnet.

Utgångspunkten för uppsatsen är i första hand en ren varumärkeslicens av typen trademark merchandising. Eftersom avtalstypens bredd och komplexitet gör det svårt att fastställa någon typisk avtalskonstruktion så bygger uppsatsen på en hypotetisk och grundläggande kvalitetssäkringsfunktion, snarare än en viss ordalydelse. Samarbetets syfte förutsätts vara att varumärket ska användas av licenstagaren för att marknadsföra artfrämmande produkter, och den know-how och kunskap som krävs för produkttillverkningen antas primärt innehas av licenstagaren. Dessa utgångspunkter utesluter inte att den argumentation som här förs kan vara relevant även för andra typer av avtal, såsom försäljningslicenser, avtal om co-branding, franchiseavtal och patentlicensavtal med vidhängande varumärkeslicens. De rättsområden uppsatsen behandlar är utvalda för att belysa hur kvalitetssäkring i licensavtal kan påverka olika aspekter av avtalsförhållandet och parternas respektive situationer. Urvalet kan självfallet inte vara heltäckande, men har gjorts utifrån ett antagande om inom vilka rättsområden kvalitetssäkring kan få effekter som ligger utöver klausulernas primära syfte.

Vad gäller dispositionen är uppsatsen uppdelad i fem övergripande kapitel. Undersökningen rör sig från att belysa vissa generella drag inom varumärkesrätten, via licensavtalet, till att fokusera på kvalitetssäkringens effekter inom olika rättsområden. Uppsatsen inleds med en översiktlig genomgång av varumärket och dess funktioner och fortsätter sedan med ett kapitel inriktat på licensen som avtalsform. Vidare behandlar uppsatsen tolkning och ogiltighet, marknadsföring och licensieringens risker, licensgivarens produktansvar och konkurrensrättsliga effekter av

licensiering. Diskussion kring kvalitetssäkringens roll förs löpande i anslutning till de olika avsnitten och knyts samman i slutordet.

På grund av den svenska konkurrenslagens nära koppling till gemenskapsrätten och eftersom den praxis som finns tillgänglig om immaterialrätternas påverkan på konkurrensen till stor del är hänförlig från EG-domstolen utgår sjätte kapitlet från de EG-rättsliga reglerna, dock med fortlöpande hänvisningar till svensk lag.

1.2 Kvalitet och kvalitetssäkring

Licenstagaren ska använda varumärket i enlighet med av licensgivaren uppställda specifikationer och ska observera alla skäliga instruktioner som lämnas av licensgivaren.

Ovan ses ett exempel på hur en mycket enkel kvalitetssäkringsklausul kan se ut. Att utforma en *typisk* kvalitetssäkringsklausul är dock knappast görbart. Detta beror dels på stora skillnader – såsom olika avtalsobjekt, produkter och samarbetsformer – i de avtal denna typ av klausuler återfinns i, och dels på de olika partskonstellationer, marknadsförutsättningar och andra omständigheter som påverkar avtalsförhållandena. Beroende på situationen kan även själva kvalitetsbegreppet få varierande innebörder, eftersom olika sammanhang motiverar olika avvägningar mellan begreppets olika element.

Kvalitet är ett mångsidigt begrepp. En snäv definition ger vid handen att kvalitet är ett mått på hållbarhet, prestanda och driftsäkerhet. Begreppet kvalitet inbegriper dock betydligt mer. Till exempel har lämplighet för sitt användningsområde¹, miljöpåverkan, kostnad och utseende, för- och nackdelar gentemot konkurrerande produkter, underhållsbehov och uppfyllelse av avtal anförts som dimensioner av begreppet kvalitet.

¹ Juran har definierat kvalitet som ”fitness for use”. Se vidare *Juran's Quality Handbook*.

Kvalitet har också en subjektiv dimension. Edwards Deming har uttryckt det som att "quality should be aimed at the needs of the customer, present and future".² Denna aspekt framhävs ofta inom industrins kvalitetssäkrande arbete och de teorier som utarbetats inom managementteorin. Fokuseringen grundar sig i att kundens uppfattning av kvaliteten och kundens reaktion på den aktuella varan eller tjänsten i slutänden är mer relevant för företagets strategi och framgång än den objektiva kvaliteten som sådan. Kvalitet kan därför definieras som en produkts förmåga att tillfredsställa lagstiftarens krav samt uppfylla och helst överträffa kundernas framtida behov och förväntningar.³

I vardagligt tal, när man talar om "kvalitet", är det ofta hög kvalitet som avses. Att någonting "har" eller "är" kvalitet utgör ett positivt värdeomdöme. Ordet kvalitet gränsar också till begreppet egenskaper. Man talar om de "kvaliteter" som en person eller ett föremål har. Engelskans "quality" används på samma sätt.

I dagens samhälle förväntar sig inte konsumenten att märkesinnehavaren ska svara för alla de typer av kvalitet som föranlett ett köp. Att associationerna hos kunden (eller kanske snarare kundkollektivet) ändras – att en viss produkt blir omodern – är ett exempel på en kvalitetsaspekt som inte direkt ligger varumärkeshavaren till last. Konsumenten förutsätter snarare att det ligger i kundens och företagets gemensamma intresse att främja den image som varan har. Denna icke-juridiska aspekt av kvalitet – och den roll kunderna axlar som varumärkets ambassadörer – är minst lika viktiga för varumärkets kvalitetsrenommé som den faktiska kvaliteten.

² Se vidare Deming, *Out of the Crisis*.

³ Bergman / Klefsjö, s 24.

2 Varumärket

De associationer som ett varumärke skapar kan inte skyddas som sådana.⁴ Det är istället *kännetecken* som kan erhålla juridiskt skydd. Enligt 1 § VmL kan ett varumärke bestå av alla symboler som kan återges grafiskt. Skyddet kan uppnås genom registrering eller genom inarbetning, 2 § VmL. Medan inarbetning ger skydd i det geografiska område där kännetecknet inarbetats ger registrering ett landsomfattande skydd. Enkla former och symboler undantas från skydd på grund av det så kallade frihållningsbehovet. Det varumärkesrättsliga skyddet hindrar enligt 4 § VmL andra näringsidkare från att nyttja tecken som kan förväxlas med det aktuella kännetecknet. Att ensamrätten begränsas till fall där förväxlingsrisk föreligger innebär som huvudregel att skyddet är giltigt endast inom det eller de varuslag där kännetecknet används. Väl ansedda varumärken kan dock erhålla ett skydd som når utöver gränserna för varuslagslikheten, 6 § 2 st VmL. Till skillnad från det skydd som åtnjuts av upphovsrätt och patent är inte det varumärkesrättsliga skyddet tidsbegränsat. Det krav på faktisk användning av ett varumärke som uppställs i 25 a § VmL kan uppfyllas även av en licenstagare, och så länge detta sker upprätthålls skyddet genom omregistrering vart tionde år.⁵

Varumärket innehar i viss mån en särställning gentemot andra immaterialrätter. Varumärket fyller, till skillnad från ett verk eller en uppfinning, en rent ekonomisk funktion som värdeskapare. De rättsliga skydden för upphovsrätt och patent är regelverk som avser att värna om verksamheter som av samhället anses skyddsvärda. På så sätt tillförsäkras konstnärer och uppfinnare ekonomisk kompensation, vilket skapar en gynnsam miljö för förkovran och innovation. Det varumärkesrättsliga skyddet avser dock inte i första hand att stimulera marknaden genom att

⁴ Jämför dock artikel 5.1 b VMD. I den EG-rättsliga förväxlingsbedömningen utgör associationsrisken en uttalad del. Se vidare mål C 251/95 Puma.

⁵ Gozzo, s 85.

generera fler varumärken, utan bidrar snarast till ökad ekonomisk säkerhet genom att tillförsäkra ägaren avkastning på de resurser som investerats i uppbyggnaden av ett varumärke.⁶

2.1 Historik

Historiskt sett har märkning främst skett i allmänhetens intresse, för att möjliggöra kontroll. Märkningstvång av varor gjorde det möjligt att spåra en produkts ursprung. Ansvar för bristande kvalitet kunde därmed åläggas tillverkaren. Exempel på sådan lagstiftning återfinns från 1200-talet och framåt i Europa. I Sverige utmejslades systemet i och med införandet av skråväsendet. Denna ordning upprätthölls av ett straffrättsligt stadgande i 1734 års lag, Handelsbalken 11 § 1, som fastslog att användandet av annans märke var att betrakta som bedrägeri eller förfalskning.⁷

Först under 1800-talets industriella revolution kom varumärken att tjäna tillverkarens syften mer direkt. Märkningen gjorde det möjligt för denne att i det kraftigt ökande utbudet framhäva och särskilja sig och sin produkt, och att med hjälp av den masskommunikation i form av reklam som blev allt vanligare bygga upp en långvarig relation till en större mängd konsumenter. Vad konsumenten anbelangar var varumärkningen värdefull eftersom den gjorde det möjligt att navigera på den av massproducerade varor översvämmade marknaden.

2.2 Varumärket och produkten

Den traditionella synen, som än idag är förhärskade inom marketing management, betraktar varumärket som ett produktattribut. Varumärket ses som ett hjälpmedel bland många andra, som en ingrediens i en väl avvägd ”marknadsföringsmix”. Under 1990-talet började en alternativ syn på varumärket att uppmärksammas. Denna inriktning som utgår ifrån

⁶ Bernitz et al, s 251, 253.

⁷ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 37 ff, samt SOU 1958:10 s 29, 51.

varumärkeshavarens perspektiv och betraktar varumärket som ett självständigt konkurrensmedel som kallas *strategic brand management*.⁸

Ett centralt koncept för all marknadsföringsteori är produktdifferentiering. Detta begrepp uppstod som en reaktion mot idén om perfekt konkurrens, eftersom man insåg behovet av ett redskap som beaktade den faktiska bristen på homogenitet på marknaden. I realiteten är produktskillnader mer regel än undantag och termen produktdifferentiering fick snabbt gehör inom marknadsföringsteorin. Den bakomliggande teorin är att en unik produkt leder till minskad substituerbarhet, vilket i sin tur medför minskad priskänslighet hos konsumenten. Idén är alltså att framhäva produktens särprägel för att uppnå större prismässigt utrymme. Det enskilda företaget kan på så sätt kapitalisera på det som den klassiska och neoklassiska nationalekonomin har kallat en marknadsimperfektion. Att även högst generiska produkter kan differentieras illustreras av till exempel fruktmarknaden, där man under varumärken såsom Chiquita och Fyffes, Sunkist och Jaffa med stor framgång har differentierat bananer respektive apelsiner. I 1800-talets England såldes is under olika varumärken, och idag är vatten på flaska en väl differentierad marknad. Levitt sammanfattade detta slagfärdigt med orden ”there is no such thing as a commodity”⁹

2.2.1 Produktkonceptet

Produktkonceptet introducerades av Levitt och vidareutvecklades av Kotler. Teorin består av en ask-i-ask-modell i tre nivåer.¹⁰ Med detta menas att varje föregående nivå omfattas av nästa, som en rysk docka om man så vill. De tre sfärerna är:

- Kärnprodukten – den generiska, odifferentierade produkten
- Den påtagliga produkten – produkten i affären
- Den förlängda produkten – inklusive service, installation och dylikt

⁸ Melin, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s 119 ff.

⁹ Levitt, s 83, Melin, s 121 f.

¹⁰ Kotler, s 463.

Produktkvalitet och varumärke ingår, tillsammans med karaktäristika, design och förpackning, som delar av den påtagliga produkten.¹¹ Produktens kvalitet är central i bevarandet av varumärkets värde. Även övriga delar av den påtagliga och utvidgade produkten påverkar dock varumärket.

En av nackdelarna med denna modell är att varumärket betraktas som en faktor i mängden, med samma dignitet som till exempel förpackning. För att avhjälpa detta har vissa forskare modifierat konceptet och istället för produkten placerat "core brand" i centrum. Trots detta säger modellen föga om märkesproduktens uppbyggnad. Melin och Urde har därför utvecklat varumärkespyramiden.¹² Denna kommunikationsmodell avser att identifiera märkesproduktens grundläggande byggstenar. Konstruktionens bas består av tre punkter: positionering, varumärke och produkt, medan pyramidens topp avser målgruppen. Punkterna i basen kontrolleras av varumärkeshavaren. Denna kontroll minskar i samband med licensiering, och avtalets kvalitetssäkrande funktion är ett sätt för licensgivaren att minimera denna kontrollförlust.

Positionering¹³ avser produktens roll på marknaden samt vilket uttryck produkten tar sig i konsumentens medvetande. Den är utöver detta beroende av konkurrenssituationen på den aktuella marknaden. Syftet med positioneringen är effektiv marknadskommunikation angående produktens mervärde, vilket i sin tur skapar märkeslojalitet. Produktkvaliteten spelar här en avgörande roll. Detta beror på att effektiv marknadskommunikation grundläggs i tre etapper där uppmärksamhet för produkten är ett första viktigt steg. Steg två är kopplingen mellan produkten och varumärket. Steg tre är koppling direkt till varumärket, utan omvägen via produkten. På så

¹¹ Melin, s 121 f. Som Melin påpekar är "påtaglig" ett mindre lyckat ordval avseende varumärket, eftersom det per definition är immateriellt och ej påtagligt (Melin, s 122 not 2).

¹² Melin, 123 ff. Se vidare Melin / Urde, *Varumärkespyramiden – varumärket som strategisk tillgång* och Melin / Urde, *Varumärket – en hotad tillgång*.

¹³ Begreppet introducerades av Trout / Ries i *Positioning: The Battle for your mind*.

sätt har märkeskänedom skapats, vilket är en förutsättning för att märkeslojalitet ska kunna uppstå.

Varumärket som sådant är en symbol, en kommunikationskod. Som ”språk” betraktat framstår varumärket som obegripligt och innehållslöst taget ur sitt rätta sammanhang, det vill säga en konkret och kommersiell miljö.¹⁴ Ett varumärke som konsumenten inte har någon uppfattning om är tämligen verkningslöst. (Bortsett möjligtvis från den försäkran märkningens existens ger om att det finns någon som är villig att stå bakom produkten, vilket i sig skulle kunna sägas utgöra en form av garantifunktion. En kvalitativt undermålig produkt som väcker negativa associationer hos konsumenten tjänar mer på att vara omärkt, eftersom sannolikheten för återköp är mindre om konsumenten kan identifiera produkten i fråga vid nästa köptillfälle. Enligt detta resonemang torde förekomsten av ett varumärke per se utgöra en signal om kvalitet.¹⁵) Varumärket fyller istället sitt syfte genom upprepade exponeringar – det är ett oskrivet blad, en tabula rasa där konsumentens associationer nedtecknas, till dess en bild slutligen framträder. Denna bild är det mervärde som – när varumärket är tillräckligt starkt för att kunna separeras från produkten – kan utnyttjas genom licensiering.¹⁶

2.3 Funktion

En grundläggande förutsättning för att ett varumärke ska fungera som just ett varumärke är att det har *särskiljningsförmåga*. Med detta menas att ”en normalt informerad och skäligen upplyst konsument”¹⁷ med varumärket som ledning ska förmå skilja de märkta produkterna från andra liknande

¹⁴ Koktvedgaard / Levin, s 335 samt Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 72.

¹⁵ Se vidare mål 102/77 Hoffmann-LaRoche.

¹⁶ Detta är varumärkets så kallade reklamfunktion.

¹⁷ Mål 210/96 Gut Springenheide & Tusky.

produkter.¹⁸ Varumärket ska alltså utgöra ett särdrag hos produkten. Detta framgår direkt av 1 § VmL och indirekt av inarbetningsskyddet i 2 § VmL. En inskränkning av vad som kan utgöra ett varumärke framgår av 13 § VmL där det så kallade frihållningsbehovet uttrycks. Således utesluts sådant som enbart, eller endast med smärre ändringar, anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung, eftersom ett skydd för dylikt skulle innebära en alltför stor inskränkning i andra aktörers handlingsfrihet på marknaden. På motsvarande sätt kan inte heller generiska beteckningar eller deskriptiva märken skyddas varumärkesrättsligt.¹⁹ Varumärkets särskiljningsförmåga kan vidare delas upp i två aspekter: *mening* och *referens*. Om varumärket är en symbol är referensen det symbolen syftar på, eller *refererar* till, det vill säga de varor som varumärket appliceras på och i förlängningen det kommersiella ursprung som varorna har gemensamt. Meningen avser istället varumärkets konnotationer, det vill säga den bild varumärket framkallar eller den kvalitativa uppfattning som omsättningskretsen har om varumärket.²⁰

Varumärket fyller i dagens samhälle en mängd olika funktioner. Dessa funktioner är inte strikt åtskilda, utan flyter i viss mån in i varandra. Vilka funktioner som betraktas som primära är naturligtvis beroende av sammanhanget varumärket betraktas i, och av vem.²¹ Varumärkets funktioner är inte heller statiska; de skiftar över tid. Ett exempel på detta är ursprungets innebörd. Ursprungsangivelsen har gått från att avse en specifik tillverkningsplats (faktiskt ursprung) och en given tillverkare och tillika varumärkeshavare (kommersiellt ursprung) till att närmast åsyfta

¹⁸ Varumärket pekar ut – inkluderar – produkter med gemensamt kommersiellt ursprung, och exkluderar samtidigt alla produkter av annat ursprung. Detta är särskiljningsförmågans positiva respektive negativa sida. Se Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 73 f.

¹⁹ Se exempelvis det uppmärksammade målet 383/99 P Baby-Dry där varumärket i fråga inte ansågs deskriptivt, utan erhöll skydd eftersom sättet på vilket orden ”baby” och ”dry” kombinerades enligt domstolen utgjorde en ”syntactically unusual juxtaposition”.

²⁰ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 73, 109.

²¹ Denna uppsats fokuserar av utrymmesskäl på de funktioner hos varumärket som aktualiseras i licens- och kvalitetssäkringssammanhang.

varumärket som sådant (se vidare avsnitt 2.3.2). Vad som menas med ursprung varierar beroende på situationen²² och det kan ifrågasättas om begreppet längre har någon egentlig substans. Att det kommersiella ursprunget inte är detsamma som det faktiska är mycket vanligt förekommande idag när logistiken är effektiv och produktionsstället ofta väljs utifrån ekonomiska hänsyn.²³ Det är numera även praktiskt taget allmänt känt att tillverkaren av den produkt som varumärket pryder inte nödvändigtvis är varumärkeshavaren. Ett exempel på en sådan situation är naturligtvis när varumärket har licensierats ut till en annan tillverkare.²⁴ Denna separation motverkas i sin tur av att licensgivaren genom kvalitetssäkring och kontrollfunktioner i licensavtalet säkerställer produktens kvalitet. En bieffekt av kvalitetssäkring i varumärkeslicensavtal kan alltså sägas vara att den utgör en länk tillbaka till det kommersiella ursprunget och därmed hjälper till att upprätthålla ursprungsangivelsefunktionen.²⁵

Varumärkets förmåga att signalera ett kommersiellt ursprung har även beröringspunkter med garantifunktionen eftersom företaget som står bakom ett visst varumärke kan sägas stå som garant för de produkter som marknadsförs under varumärket. Att garantifunktionen som sådan inte är lagstadgad framstår dock som relativt självklart, eftersom en juridiskt tvingande garantifunktion i praktiken skulle innebära att varumärkeshavaren måste bibehålla en viss kvalitet på sina varor och därmed inte kan ägna sig åt produktutveckling.²⁶ Varumärkets garantifunktion är istället

²² Se vidare Marknadsdomstolen, med hänvisning till Bernitz, i MD 1989:9 Svita.

²³ Detta resonemang bortser naturligtvis från de så kallade ursprungsmärkena. När trenden generellt är att det faktiska ursprunget förlorar sin betydelse – i dagens värld är näringsidkarens resurser flyttbara och produktionsställets placering i hög grad irrelevant för kvaliteten – framstår ursprungsvarumärket som ett undantag. Ursprunget ges här rollen av ett bevis på anastående kvalitet, och detta oavsett att platsen per se nog ofta inte längre är en förutsättning för kvaliteten i fråga.

²⁴ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 80 f.

²⁵ Se vidare avsnitt 2.3.2.

²⁶ Tiili, s 248.

självreglerande på så sätt att sänkt kvalitet²⁷ resulterar i färre återköp och badwill. Det är alltså inte fråga om ett direkt juridiskt skydd, utan snarare en marknadsfunktion.

Att licensgivaren borgar för kvaliteten även hos de varor som licenstagaren marknadsför under varumärket är en aspekt av varumärkets garantifunktion. Denna funktion har ansetts så grundläggande att kvalitetskontroll inom vissa rättsordningar har varit en förutsättning för att licensiering ska få ske.²⁸ Så förhåller det sig dock inte i svensk varumärkesrätt där kvalitetskontroll endast regleras genom den in dubio-regel som återfinns i 34 § 2 st VmL. Där fastslås att licensgivaren gentemot licenstagaren har rätt att åberopa de till varumärket knutna rättigheterna om licenstagaren överträder de i licensavtalet intagna bestämmelserna om bland annat kvalitet. I och med denna regel bekräftar lagstiftaren licensgivarens berättigade behov av kvalitetssäkring och ger denne en lagstadgad möjlighet att ingripa mot kvalitetsbrister som riskerar att skada varumärkets goodwill.

Varumärkets informationsfunktion består i dess förmåga att förmedla information till omsättningskretsen. Varumärket kan på så sätt ge konkret information om sådant som produktens pris, innehåll och kvalitet. För att denna information ska vara pålitlig, och på så sätt sänka transaktionskostnaderna genom att minska konsumentens behov av informationsinsamling inför varje köp, måste de produkter varumärket marknadsför vara av konstant kvalitet. Informationsfunktionen kan på så sätt sägas fungera i växelverkan med garantifunktionen.²⁹

I förarbetena till varumärkeslagen poängterades varumärkets förmåga att stimulera verksam konkurrens mellan företag, i och med att varumärket

²⁷ Notera att det är den subjektiva kvaliteten som är avgörande. Se ovan, avsnitt 1.2.

²⁸ Så var fallet exempelvis i Storbritannien fram till 1994. SOU 1958:10, s 154 f, Löfgren, s 46.

²⁹ Melin, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s 26, Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 76, 92. Angående transaktionskostnader, se vidare Dahlman et al, 83 ff.

vägleder konsumenterna och underlättar att finna den produkt som för dem framstår som mest förmånlig gällande behov, pris och kvalitet. Det anfördes att varumärket är den kanske viktigaste av de faktorer som kan främja konkurrensen mellan enskilda företag.³⁰ Detta kan kallas varumärkets konkurrensfunktion eller dess marknadsstyrande funktion.

2.3.1 Arsenalfallet

I mål 206/01 (Arsenal ./ Reed) konstaterade EG-domstolen att garantifunktionen utgör en del av varumärkets skyddsvärda kärna. Omständigheterna i fallet var sådana att en näringsidkare sålde souvenirer i form av tröjor, halsdukar och dylikt utanför fotbollslaget Arsenalns hemmaarena. Produkterna var märkta med Arsenalns emblem och andra varumärkesrättsligt skyddade symboler. På försäljningsstället hade näringsidkaren satt upp skyltar som informerade om att varorna såldes utan samräde med Arsenal Football Club. Domstolen slog dock fast att även om köparen på detta sätt kunde antas vara informerad om att de saluförda produkterna inte härrörde från fotbollsklubben – och att det alltså inte var fråga om officiell merchandise – så hindrade detta inte att andra som såg produkten efter att köparen tagit den ifrån försäljningsstället skulle kunna bli vilseledda angående dess ursprung. Man menade att varumärkesanvändningen, trots skyltningen, fick det att framstå som att det förelåg ett materiellt samband mellan varorna och Arsenalns fotbollsklubb. (Försäljarens ”disclaimer” vändes i praktiken till hans nackdel, eftersom domstolen snarast tolkade den som ett tecken på att försäljaren hade insett att det förelåg en risk för missförstånd angående ursprunget och hade sett sig nödgad att undanröja den.) Näringsidkaren hävdade också att avsikten inte var att signalera om ett visst kommersiellt ursprung, utan att produkterna var att betrakta som ”badges of allegiance”, ett sätt att uttrycka sitt stöd för fotbollsklubben i fråga. Domstolen menade dock att säljarens syfte inte kunde motivera det intrång som skett, och att varumärkeshavaren måste ha möjlighet att förhindra sådan användning som riskerar att påverka

³⁰ SOU 1958:10, s 48, prop 1960:167, s 26.

varumärkets förmåga att fylla sin garantifunktion. Det påpekades även att garantifunktionen spelar en viktig roll som en del av den europeiska marknaden som dessa regler avser att upprätthålla. Med hänvisning till bland annat mål 102/77 (Hoffmann-La Roche) fastställdes därmed garantifunktionen som en central och skyddsvärd del av varumärkets kärna. Generaladvokaten menade att även varumärkets förmåga att förmedla kvalitet och att indikera något om innehavarens rykte – det vill säga den så kallade reklamfunktionen – var skyddsvärda funktioner. Domstolen uttalade sig dock endast om skyddsvärdheten hos varumärkets ursprungsangivelsefunktion.³¹

2.3.2 Immaterialiseringstrenden

Immaterialiseringstrenden³² – att varumärket går från att ha varit fast förankrat i en verksamhet på en specifik fysisk plats till att vara kopplat till ett bestämt men anonymt ursprung³³ (den näringsidkare som för närvarande är innehavare av märket) och i slutänden frigör sig helt från sin referens – finner sin naturliga slutpunkt i att varumärket förvandlas till ett metaobjekt. När detta händer utgör inte längre varumärket en symbol för någonting annat, utan dess kommersiella ursprung utgörs av varumärket i och för sig. Denna trend åskådliggörs av exempelvis styrkan hos vissa varumärken på livsmedelsmarknaden och ägandeförhållandena hos olika märken inom bilindustrin.³⁴ Denna utveckling kan betraktas som en risk i och med att det inte längre finns en klar avsändare och att det därmed inte längre är självklart vem som borgar för varumärket och de produkter som det används för. Metaobjekten komplicerar varumärkesrätten eftersom de inte riktigt stämmer överens med de definitioner man hittills haft av varumärken utifrån hur de är menade att fungera och hur deras kärna är konstruerad. Å andra sidan är denna komplikation främst teoretisk. För att ett ”metamärke” ska skapas (genom att ett varumärke frigör sig från sitt ursprung) krävs i

³¹ Angående generaladvokatens yttrande, se Wessman, s 361.

³² Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 17 f.

³³ Tiili, s 242, Levin, 248.

³⁴ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 81 ff, 528.

praktiken en avsevärd styrka och därmed ett stort inneboende värde. (Annars hade varumärket inte blivit någon handelsvara i sin egen rätt och kopplingen till det kommersiella ursprunget hade aldrig splittrats och upplösts på ett sådant sätt som krävs för att immaterialisering ska ske.) Det värde som krävs för att marknads aktörer ska vara intresserade av att förfara på ett sådant sätt med varumärket att risken för immaterialisering ska realiseras är dock samma värde som i viss mån gör den uppkomna risken avseende varumärkesrättens definitioner till ett teoretiskt problem, snarare än en risk som rör marknaden och i förlängningen konsumentkollektivet. Det kan alltså ifrågasättas om konsumenterna har något egentligt behov av den garanti som ursprunget – och då särskilt det faktiska – ger, eller om varumärket som sådant fyller denna funktion på ett tillfredsställande sätt.³⁵ Alla som befattar sig med varumärket på ett sådant sätt att immaterialisering kan ske – det vill säga hanterar märket som en handelsvara – gör detta för att kapitalisera på märket i fråga och är därför angelägna om att bevara och öka det värde som ackumulerats i varumärket. Varumärket blir därmed i viss mån en självständig aktör – oaktat i vilka händer det för närvarande ligger – och dess egna värde utgör mer än någon bakomliggande koppling den yttersta garanten för varumärkets produkter. Denna ordning blir i viss mån ett självförsörjande system i och med att de som befattar sig med märket har ett gemensamt intresse av att bevara dess styrka (och därmed inte kommer att bete sig på ett sätt som medför risk för att varumärket hamnar i vanrykte, eftersom detta hade varit ekonomiskt osunt). Varumärket behåller därmed det värde som utgör grunden för varumärkets funktioner och borgar för dess produkter, vilket i sin tur utgör ett incitament för att underhålla varumärket, vilket i sin tur ökar dess styrka, och så vidare.

³⁵ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 78, 455. Se även Tiili, s 242.

3 Kvalitet och avtal

Licensiering utgör den vanligaste formen av upplåtelser av immateriella rättigheter. Eftersom immaterialrätterna till sin natur medger att de nyttjas av flera samtidigt³⁶ kan licenser vara *enkla* eller *exklusiva*. Licensgivaren kan upplåta ett obegränsat antal enkla licenser, medan en exklusiv licens binder ägaren till en enda licenstagare – vanligen för en utnyttjandeform – inom ett givet territorium. Ett mellanting är en så kallad *egen* licens (sole license) där licensgivaren själv har rätt att nyttja objektet, men inte får licensiera ut det till någon ytterligare.³⁷

Licens är ett sätt för ägaren att kapitalisera på sin immaterialrättsliga tillgång, men även en möjlighet att höja varumärkets värde genom att nå nya marknader såväl produktmässigt som geografiskt. En ny produktmarknad ger möjlighet att skapa nya positiva associationer och nå nya kundgrupper, medan närvaro på nya geografiska marknader bidrar till ökad kännedom om varumärket. Genom licens får även en resurssvag ägare möjlighet att stärka sitt varumärke. Licenstagaren kan å sin sida använda varumärkets associationskraft för att etablera sig på en ny marknad, i syfte att öka sin försäljning eller för att kunna ta ut ett högre pris för den produkt som säljs under varumärket.

3.1 Avtalet

Licensavtal är inte formbundna enligt svensk rätt, men upprättas vanligtvis skriftligen.³⁸ I licensavtalet fastställs hur licenstagaren får nyttja objektet. Licensgivaren har här ett starkt behov av att reglera nyttjandet på ett sådant sätt att licenstagaren inte på något vis försämrar det licensierade objektet

³⁶ Varor som karaktäriseras av icke-rivalitet i konsumtion, där marginalkostnaden för konsumtion alltså är noll, kallas i rättseconomiska sammanhang för kollektiva varor. Se vidare Dahlman et al, s 157 ff.

³⁷ Koktvedgaard / Levin, s 432.

³⁸ Se exempelvis NJA 1962 s 276, samt Koktvedgaard / Levin, s 433.

genom sitt handlande. Det faktum att licensiering innebär en kontrollförlust för licensgivaren medför ett behov av att fördela den risk som uppstår mellan parterna. Licensavtalets utformning blir därmed av avgörande betydelse. Kontrollbehovet är större vid en exklusiv licens än vid en enkel, eftersom licensgivaren då förlorat möjligheten att sprida sin risk över flera licenstagare. Å andra sidan minskar riskexponering och transaktionskostnader i och med att licensgivaren endast behöver skapa kontakt, förhandla med, och därefter bevaka, en enda motpart.

De rena varumärkeslicenserna kan delas in i två generella kategorier: tillverkningsavtal och försäljningslicensavtal (alternativt produktavtal respektive marknadsföringsavtal). En tillverkningslicens ger licenstagaren rätt att anbringa varumärket på produkter som denne tillverkat.³⁹ Försäljningslicensavtalet å sin sida ger licenstagaren rätt att sälja produkter under varumärket. (När de EG-rättsliga reglerna om konsumtion talar om produkter som satts i omlopp med innehavarens *samtycke* är det främst licensupplåtelser som åsyftas.⁴⁰) Värt att påpeka är också att licensavtal ofta skräddarsys, genom en kombination av olika avtalstyper, för att passa de inte sällan komplicerade förhållanden de avser att reglera.

Licensgivaren kan i avtalet använda sig av ett antal konstruktioner för att skydda varumärkets värde. Avtalets utformning är starkt beroende av situationen i det enskilda fallet. Omständigheter såsom parternas interna maktförhållande, huruvida varumärkesregleringen utgör en komponent i ett mer omfattande kontrakt, till exempel ett patentlicens- eller franchiseavtal⁴¹, och parternas avsikt med den aktuella licensieringen kan få betydande konsekvenser för avtalets lydelse.

³⁹ Levin / Nordell, s 29 f.

⁴⁰ Levin / Nordell, s 60.

⁴¹ I SOU 1987:17 diskuterades om franchising bör göras till föremål för en särskild lagstiftning.

Kvalitetssäkringens utformning är mycket beroende av dess sammanhang. Utöver produkten som sådan är avtalets syfte och omfattning, parternas andra avtal och relation i övrigt samt den marknad licenstagaren är verksam på exempel på omständigheter som påverkar utformningen.

Kvalitetssäkringens utformning och funktion är även beroende av avtalets systematik och förhållandet mellan olika klausuler i avtalet. Exempel⁴² på klausuler som, jämte kvalitetssäkringsklausuler, vanligtvis ingår i ett licensavtal är:

- Most favoured-klausuler – förbinder licensgivaren att inte upplåta konkurrerande licenser på bättre villkor.
- Field of use-klausuler – begränsar hur licenstagaren får nyttja avtalsobjektet.
- Försäljnings- och marknadsföringsförpliktelser – reglering av var, hur och i vilken omfattning produkten ska marknadsföras respektive säljas.
- Minimi- och maximiklausuler – försäkrar att licenstagaren faktiskt använder licensobjektet, utan att överanvända det.⁴³
- Sekretessklausuler – för att hindra att känslig information sprids vidare utanför avtalsförhållandet.
- Konkurrensklausuler – förbinder parterna att inte konkurrera med varandra under och/eller efter avtalstiden.⁴⁴
- Icke-angreppsklausuler – åtagande om att inte angripa immaterialrättens giltighet.
- Regler om ersättning – om royalty och övriga kostnader, alternativt ömsesidig så kallad cross-licensing.
- Regler angående förbättringar av licensobjektet – grant-back-klausuler och andra typer av regler om motpartens rätt att ta del av utvecklingsarbete.
- Skiljeklausuler – vanligtvis hänskjuts eventuella tvister till skiljemän.

⁴² Levin / Nordell, s 35 ff.

⁴³ Se vidare avsnitt 4.1.3 angående oönskad styrka.

⁴⁴ Se dock 38 § AvtL.

- Vitesklausuler och regler om påföljder – utgör vid kontraktsbrott komplement till licensgivarens möjlighet att beivra immaterialrättsliga intrång.

3.2 Enhetlighet

Kvalitet har inte någon vedertagen juridisk definition. Begreppet utgör en del i den köprättsliga felbedömningen där varan i fråga ska överensstämma med avtalet avseende ”art, mängd, kvalitet, andra egenskaper och förpackning”. Varan ska rent generellt ”vara ägnad för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används” och enligt 17 § 2 p KöpL ska den dessutom, om inget annat följer av avtalet ”vara ägnad för det särskilda ändamål för vilket varan var avsedd att användas, om säljaren vid köpet måste ha insett detta särskilda ändamål och köparen har haft rimlig anledning att förlita sig på säljarens sakkunskap och bedömning”.⁴⁵ Detta kvalitetsbegrepp kan sammanfattas som ”uppfyllande av ställda krav”. En sådan definition är dock knappast särskilt hjälpsam i praktiken på grund av sin brist på påtagligt innehåll och eftersom den inte till fullo tar hänsyn till motpartens förväntningar. Definitionen kan förtydligas genom att säga att det ska vara fråga om uttalade eller underförstådda krav, och kvalificeras genom att tillägga att kraven ska vara skäligen – ”med fog kunna förutsätta” i KöpL:s ordalydelse – och i tillämpliga fall att motparten ska ha insett eller bort inse att kraven i fråga uppställts. Inte heller med en sådan modifikation finns dock utrymme att inkludera alla relevanta aspekter av begreppet kvalitet.

I varumärkesrättsliga sammanhang får kvalitetsbegreppet på grund av behovet av enhetlighet en något annorlunda innebörd.⁴⁶ Kundens uppfattning av varans kvalitet är i och för sig central, och en objektivt sett hög produktkvalitet utgör tveklöst en del av underlaget för den bedömning kunden gör och påverkar således varumärkets kvalitetsrenommé. Kanske

⁴⁵ Kihlman, s 105 f, 128 ff.

⁴⁶ Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd, s 18 f samt Melin, s 29.

ännu mer grundläggande för varumärkeshavaren är dock frågan om enhetlighet, det vill säga att den kvalitetsnivå man valt för de produkter varumärket befästs med håller en enhetlig kvalitet både över tid och tvärs över produktsortimentet. (Ett gott renommé är fullt möjligt även för ett varumärke som marknadsför varor av en relativt låg kvalitet, förutsatt att denna kvalitet är konsekvent och garanterad.⁴⁷) Så är fallet eftersom varumärkets styrka är beroende av dess förmåga att förmedla en enhetlig bild till konsumenten och att denna förmåga att skapa mervärde försvagas om kunden inte får ett förtroende för varumärket som leder till återköp. Denna pålitlighet är grundläggande för att varumärket ska kunna fylla sin funktion på marknaden och ett företag som inte förmår hålla denna jämna kvalitet kommer snart att förlora kundernas tilltro.

Även rena skillnader, där det ena alternativet inte kvalitativt sett är bättre än det andra, kan vara problematiska i de fall där varumärkets styrka är igenkänningsfaktorn. Detta beror på att alla former av avvikelser kan skada en profils enhetlighet. Så är till exempel fallet med IKEA och andra butikskedjor och franchisingföretag som byggt starka varumärken utifrån tanken om att kunden alltid ska känna igen sig i deras lokaler, och veta vad man kan förvänta sig där i fråga om utbud och service. Enhetlighetens värde för denna sorts varumärken – och den typ av relation som de skapar till konsumenterna – kan illustreras av hur matvaruproducenter annonserar ändringar i sina recept.⁴⁸ Kommunikation av typen ”nu med ännu bättre smak” är relativt vanligt förekommande. Huruvida smaken är ”bättre” är en subjektiv fråga, och även en rent objektiv kvalitetshöjning, såsom ett högre råvaruinnehåll, kan i konsumentens ögon utgöra någonting negativt av den enkla anledningen att det inte smakar som man minns att det gjorde. Konsumenten kan då uppfatta varumärket som opålitligt för att man inte fick det man förväntade sig. Risken för goodwillskada på grund av bristande enhetlighet minimeras genom att förändringen annonseras. På så sätt är kunden på förhand medveten om att en förändring skett och känner sig inte

⁴⁷ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 84 f.

⁴⁸ Se Koktvedgaard / Levin, s 336, Pehrson, s 396, 451.

lurad på samma sätt, oavsett vad man tyckte om den nya smaken.) Samma typ av problematik kan uppkomma om skillnader förekommer mellan produkter på olika marknader. Sådana avvikelser kan uppstå exempelvis om varan tillverkas av flera licenstagare och de kvalitetskrav som uppställts i de olika licensavtalen inte är desamma, eller inte följs av samtliga licenstagare. Problemet ställs på sin spets om produkterna hamnar på samma marknad, till exempel genom parallellimport. Eventuella skillnader – avseende kvalitet och andra egenskaper – blir i en sådan situation mer påtagliga för konsumenterna, vilket ökar den skada som drabbar varumärkets trovärdighet.

Kvalitetssäkringsklausuler fyller ett antal funktioner i licensieringssammanhang. Kvalitetssäkringens primära syfte vad gäller varumärket är att försäkra att det inte förlorar goodwill på grund av kvalitetsbrister.⁴⁹ Kvalitetssäringen motverkar den kontrollförlust som licensen innebär för licensgivaren, vilken i och med denna åtgärd förbehåller sig rätten till olika grader av kontroll över, eller insyn i, licenstagarens verksamhet. Kvalitetsskillnader kan resultera i att konsumenterna vilseleds angående produkternas kvalitet. Denna risk föreligger främst om licensgivaren och licenstagaren verkar på samma marknad, eller om parallellimport förekommer. Risken för vilseledande minimeras om licensavtalet innehåller klausuler om kvalitetssäkring. Kvalitetssäringen fyller även, tillsammans med produktspecifikationerna, en upplysningsfunktion eftersom den ger licensgivaren en anledning att formulera sina kvalitetskrav. Licenstagaren får genom kvalitetssäringen information både om motpartens förväntningar och om gränserna för sina åtaganden (eftersom kvalitetssäkringsklausulen i viss mån utesluter sådana krav och kontrollfunktioner som *inte* upptagits i avtalet).⁵⁰

⁴⁹ Levin / Nordell, s 37, 122.

⁵⁰ Andra funktioner som kvalitetssäringen fyller – direkt eller indirekt – tas upp löpande i arbetet, i anslutning till respektive avsnitt.

I en licensieringssituation har licensgivaren alltså intresse av att kontrollera en rad aspekter. Utöver den rent faktiska kvaliteten på produkten i fråga är varumärkets styrka beroende av enhetlighet (inom produktionslinjen och över tid såväl som mellan marknader). Dessutom är det önskvärt att licenstagaren förmår påverka kundkollektivets uppfattning av produktens kvalitet, och på så sätt skapa mervärde för varumärket. Sammanfattningsvis kan sägas att kvalitetskontroll i varumärkeslicensavtal kanske utgår ifrån en enda klausul, men snarast är en funktion i avtalet som uppfylls av ett system av klausuler, inklusive reglering av kvalitet (såsom specifikationer avseende tillverkning, personal, certifiering och eventuella kopplingsförbehåll samt kvalitetsstandarder med hänvisning till produktdefinitioner, skisser och dylikt), kontrollinstrument (såsom förhandsgranskning av produkten, kvalitetstester och stickkontroller som säkerställer produktens enhetlighet samt en rätt att få tillgång till licensgivarens datasystem och granska företagets bokföring och andra dokument) och regler om marknadsföring (både avseende omfattning och innehåll, och med bibehållen kontroll för att säkerställa en varumärkesbevarande linje och kunna signalera eventuella förändringar och påverka den subjektiva kvaliteten).

3.3 Tolkning

3.3.1 Partsavsikt

För att kunna tolka ett licensavtal måste man, liksom i alla avtal, först bortse från avtalsdokumentet och istället se till parterna. En grundläggande princip inom avtalsrätten är att det är parternas viljor (snarare än deras uttryck för desamma) som styr avtalsförhållandet. Denna hörnsten inom avtalstolkning är vad som brukar kallas den gemensamma partsavsikten. Med detta menas att det som parterna var överens om gällde mellan dem vid avtalsslutet blir avgörande. Principen om att gemensam partsavsikt gäller framför andra lösningar har starkt stöd i doktrinen liksom i praxis.⁵¹ En gemensam partsavsikt gäller – i den mån denna kan styrkas – till och med över det

⁵¹ Se exempelvis Vahlén, s 278 ff, Lehrberg, s 33 med hänvisningar samt NJA 1949 s 515, NJA 1997 s 382 och NJA 2003 s 650.

skrivna avtalet.⁵² Avtalstexten gäller dock som presumtion, och bevisvårigheter kan därför uppstå för den som hävdar att den gemensamma partsavsikten avviker från det skrivna. För att visa på en gemensam partsavsikt kan man peka på exempelvis partspraxis, handelsbruk eller annan sedvänja,⁵³ men även parts handlande efter avtalstidpunkten.⁵⁴

I kommersiella förhållanden är det ibland svårt att tala om en gemensam partsavsikt. Detta gäller främst då standardavtal, eller standardiserade avtalsmallar som regelmässigt används av den ena parten, utgör hela eller delar av avtalsinnehållet. Avgörande är här i vilken mån parterna tillsammans har utarbetat, eller i alla fall gemensamt har bearbetat, avtalstexten. Enligt Adlercreutz kan det finnas visst utrymme för att ta hänsyn till tolkningsdata även avseende standardavtal, men detta utrymme är i sådant fall förhållandevis snävt.⁵⁵

För det fall att den gemensamma partsavsikten inte går att fastställa har domstolen ett antal andra metoder och tolkningsregler till sitt förfogande för att kunna fastställa innehållet i ett avtal. Dessa tolkningsmetoder står inte att finna i lagtext utan har utarbetats inom doktrin och i praxis.

3.3.2 Språklig tolkning

Avtalets ordalydelse får betydelse dels som hjälpdata för att fastställa partsavsikten, och dels som självständiga tolkningsdata. Med språklig tolkning avses en undersökning av avtalets faktiska lydelse. Den språkliga tolkningen är en objektiv metod som resulterar i en hög grad av konsekvens. Denna metod har även den fördelen att den utgör ett incitament för parter att formulera sina avtal skriftligt, och att vara noggranna i sina ordval, för att på så sätt förbättra bevisituationen i en eventuell framtida tvist.⁵⁶

⁵² NJA 1995 s 590, Adlercreutz II, s 47 f.

⁵³ Jämför 3 § KöpL, artikel 8 CISG.

⁵⁴ NJA 1941 s 563, Lehrberg, s 36.

⁵⁵ Adlercreutz II, s 59 f.

⁵⁶ Ramberg / Ramberg, s 149.

Rent teoretiskt ska uttolkaren i första skedet av en språklig tolkning bortse från avtalets kontext och vad parterna avsåg och istället se till ordalydelsen som sådan. (Det kan dock argumenteras att en sådan ”fördomsfri” bedömning i realiteten inte låter sig göras.) Med en snäv språklig tolkning avses den omtvistade paragrafens lydelse, medan en utvidgad språklig tolkning tar hänsyn även till andra element i avtalet. Den snäva tolkningen innefattar en granskning av klausulens ordval, dess meningsbyggnad och en objektiv bedömning av vilken lydelse som troligtvis är den avsedda. Hänsyn tas främst till allmänt språkbruk, men även speciellt språkbruk kan beaktas om detta finnes lämpligt. Med speciellt språkbruk menas till exempel en terminologi som används inom en bransch där det som åsyftas med ett visst ord kan avvika från gängse språkbruk.⁵⁷ En snäv språklig tolkning ger dock sällan resultat. (Resultatet kan dessutom vara rent missvisande. Det kan till exempel vara mycket svårt att göra en nöjaktig bedömning av parternas respektive prestationer om man bortser från andra klausuler som kan väga upp en långtgående avtalsförpliktelse. Klausuler är skrivna som en del av den systematik som avtalet i sin helhet utgör och ryckta ur sitt sammanhang kan deras syften lätt misstolkas och finare avvägningar och nyanser i texten gå förlorade.) Ofta är det därför nödvändigt att utvidga tolkningen och även beakta avtalet som helhet.

En annan aspekt – utöver det resterande avtalsinnehållet som sådant – som kan ge ökad förståelse för den aktuella klausulen är dess placering i avtalet. Tolkning genom avtalets systematik kan bli aktuell särskilt vad gäller standardavtal på grund av deras genomarbetade och systematiska uppbyggnad, men denna metod kan också tillämpas på andra typer av avtal. Licensavtal utgör en avtalstyp *sui generis*, och de omfattande och komplexa avtalsförhållanden som licensavtal avser kräver ofta ett stort mått av individuell reglering. Några standardavtal för varumärkeslicenser som fått tillräcklig spridning för att beaktas i detta sammanhang finns därför inte.

⁵⁷ Se exempelvis HD:s utredning rörande ordet ”torrmjök” i NJA 1921 s 511.

Dock existerar ett flertal avtalsmallar och checklistor som tillhandahålls av branschorganisationerna, och större företag utvecklar och använder sig även av egna standardiserade avtalsmallar. Sammantaget kan det nog sägas att varumärkeslicenser och de omfattande avtal där sådana kan ingå, såsom franchise- och produkttillverknings- och co-brandingavtal, sannolikt ofta uppvisar den grad av genomtänkt systematik som krävs för att denna metod ska vara till gagn för tolkningen.

En annan aspekt av den språkliga tolkningen är det faktum att en mer specifik klausul som regel får företräde framför en allmänt hållen sådan, och att handskrivna tillägg eller ändringar gäller före tryckt text. Tanken bakom detta är att parternas ”intensionsdjup”⁵⁸ varit större avseende sådant de bemödat sig om att reglera särskilt och medvetet har valt att specificera eller ändra, varför detta ska gälla framför sådant som kanske inte tagits under samma noggranna överväganden. Vad gäller muntliga överenskommelser får en avvägning göras. Å ena sidan har innehållet i det muntliga avtalet behandlats särskilt av parterna. Å andra sidan bör det kunna krävas av kommersiella aktörer att de sätter på pränt sådant som de vill göra gällande och som utgör avsteg från avtalets lydelse.⁵⁹ En presumtion föreligger för att avtalets lydelse ska gälla och i praktiken är den svår, om än inte omöjlig, att överbevisa. Generella fördelar som följer av att tillmäta det skrivna stor vikt är dels att det fyller en upplysningsfunktion och dels att det – genom att inskräpa behovet av att säkra bevisning inför en eventuell framtida tvist – skapar incitament för parterna att nedteckna sina avtal, vilket i förlängningen leder till större förutsebarhet i avtalsförhållanden.⁶⁰

3.3.3 Oklarhetsregeln

Enligt den så kallade oklarhetsregeln tolkas oklarheter som huvudregel till nackdel för den som upprättat avtalet, och drabbar därmed den som haft

⁵⁸ Lehrberg, s 140 ff.

⁵⁹ Bernitz, Standardavtalsrätt, s 47 ff, Hedwall, s 86 f, 160, Adlercreutz II, s 50 f.

⁶⁰ Adlercreutz II, s 49 f, NJA 1942 s 346.

störst möjlighet att undanröja eventuella vagheter.⁶¹ Grunden för denna modell är att risken för dissens ska åläggas den som bär störst ansvar för den diskrepans som föreligger mellan parternas uppfattningar. Generellt sett antas den som upprättat avtalet bära ansvaret för att parterna inte har samma uppfattning om avtalsinnehållet, eftersom denne haft möjlighet att formulera sig mer tydligt, och även att klargöra avtalets innebörd för sin motpart. Oklarhetsregeln kan alltså sägas medföra en form av upplysningsplikt. Den har fått sitt största genomslag i fråga om standardavtal. I relationen mellan näringsidkare och konsument är skyddet lagstadgat avseende standardavtal.⁶² Licensavtal ingås som huvudregel mellan näringsidkare. Skyddsbehovet för avtalsförfattarens motpart är därmed inte lika högt som om denne varit konsument. Kraven på näringsidkare får antas vara högre ställda vad gäller sådant som förmåga till riskbedömning avseende en oklart avfattad klausul, noggrannhet i efterforskningar innan avtalsslutet och möjlighet att tillgodogöra sig innehållet i ett avtalsförslag. Näringsidkare antas inte heller – till skillnad från konsumenter – vara riskaverta, och har generellt sett större möjlighet att absorbera de kostnader som kan uppstå. Detta hindrar dock inte att ett ojämnliskt styrkeförhållande kan föreligga (vilket kan göra det svårt för motparten att få till stånd till exempel ändringar och klargöranden i ett av den starkare parten framlagt standardiserat avtalsdokument) och oklarhetsregeln kan ha en plats även i tolkningen av kommersiella avtal. Utrymmet är dock begränsat i sådana sammanhang, och kan antas bli snävare ju mer parterna gemensamt har författat avtalet och bearbetat dess innehåll.

En kvalitetssäkringsklausul kan antas ha författats närmast av, eller införts i avtalet på begäran av, licensgivaren. Det ligger därför närmast till hands att anta att en bedömning baserad på oklarhetsregeln skulle resultera i en tolkning till förmån för licenstagaren, i enlighet med dennes uppfattning av klausulens innehåll. En klar och tydlig avfattning av kvalitetssäkrande

⁶¹ Adlercreutz II, s 96, NJA 1979 s 483.

⁶² 10 § i Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden. Jämför lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare som saknar motsvarande bestämmelse.

klausuler, parat med en dialog där licensgivaren försäkras sig om att licenstagaren är införstådd med klausulens innebörd, kan därför vara av värde för licensgivaren om denne vill vara säker på att kunna utnyttja sin kvalitetssäkringsklausul till fullo.

Övrigt avtalsinnehåll, såsom syftesbeskrivningar, definitioner och klausuler som fastslår krav på good faith och best effort mellan parterna, kan också få betydelse för avtalstolkningen. Avtalet som helhet används för att utläsa hur nära parterna har avsett att samarbeta, och hur djupgående förtroendeförhållandet ska bedömas vara. Den ömsesidiga lojalitetsplikten betraktas vanligen som ett underförstått avtalsvillkor eller *naturalia negotii*.⁶³ Lojalitetsplikten för in en rättvise- eller rimlighetsaspekt i bedömningen och kan därmed sägas utgöra en motpol till bokstavstolkningen.⁶⁴ Lojalitetsplikten mellan parterna kan exempelvis påverka tolkningen av oavvägda relationer mellan kontraktsbrott och påföljd, inkonsekvent villkorstillämpning,⁶⁵ och oklara villkor.⁶⁶

3.3.4 Utfyllnad

Gränsen mellan tolkning och utfyllnad är inte helt klar. I praxis blir ibland övergången mellan tolkning och utfyllnad diffus på grund av ordvalet i domskälen, och i doktrinen kan uttryck som ”utfyllande tolkning” göra distinktionen vag. I princip sker utfyllnad när domstolen tvingas komplettera det föreliggande avtalet med utfyllande regler. Gränsen ligger alltså (om än oklar) mellan att tolka de i avtalet befintliga reglerna och att finna en lämplig lösning på en i avtalet oreglerad situation. Utfyllnad kan ske med hjälp av till exempel rättsregler, *naturalia negotii*, sedvänja och allmänna rättsgrundsatser. När domstolen ska besluta vilken typ av rättsregler som kan komma i fråga som utfyllnad, blir det relevant inom

⁶³ Bernitz et al, s 291.

⁶⁴ Munukka, s 93.

⁶⁵ Munukka, s 97. Enligt NJA 2005 s 142 ska villkorstillämpning ske ”partsneutralt och likformigt”.

⁶⁶ Munukka, s 98 f.

vilket rättsområde tvisten uppkommit, och även vilken typ av avtal det är fråga om.⁶⁷ Licensavtal betraktas som en egen avtalstyp *sui generis*. Om varumärkeslicensen ingår i ett större avtalskomplex, där den immaterialrättsliga aspekten är en relativt liten del, skulle dock bedömningen eventuellt kunna bli en annan. Effekten skulle då kunna bli att domstolen är mer benägen att fylla ut avtalet med rättsregler och principer ur en annan juridisk sfär. Detsamma skulle kunna bli fallet även inom immaterialrätten, om domstolen till exempel anser att ett patentlicensavtal som inkluderar en varumärkeslicens är till övervägande del patenträttsligt snarare än varumärkesrättsligt. Hur domstolen skulle välja att fylla ut ett avtal när en (icke komplett) kvalitetssäkringsklausul står i centrum för tvisten är inte helt självklart. I ett rent varumärkeslicensavtal ligger det nära till hands att anta att klausulen inkluderats till förmån för licensgivaren och att dess syfte är att skydda det varumärkesrättsliga värdet. I ett mer omfattande avtal är kanske denna distinktion inte lika klar, om det finns flera aspekter – immaterialrättsliga och annars – som drar fördel av avtalets kvalitetssäkrande funktion (naturligtvis då under förutsättning att kvalitetssäkringsklausulen är placerad och avfattad på ett sätt som stödjer en sådan slutsats).

3.4 Ogiltighet och jämkning

I detta avsnitt behandlas generalklausulerna i Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).⁶⁸ Fokus ligger på de moment som skulle kunna aktualiseras vid en skälighetsbedömning av de kvalitetssäkrande aspekterna i en varumärkeslicens.

Tro- och hedersparagrafen i 33 § AvtL infördes för att införliva det tyska begreppet *treu und glauben* i svensk rätt. Den utgör ett ”korrektiv mot ohederlig avtalstillämpning”.⁶⁹ Tro och heder är ett objektiva rekvisit som

⁶⁷ Vahlén, s 278 ff, Munukka, s 73 ff, 91 ff.

⁶⁸ Kapitelindelningen följer den modell som presenteras av von Post, se s 34.

⁶⁹ Ramberg / Ramberg, s 147.

förutsätter dolöst handlande, men inte kräver att parten ifråga ska ha varit medveten om att beteendet var ohederligt. Det behöver inte heller vara så att parten aktivt har framkallat den situation som uppstått, utan det räcker att utnyttja motpartens okunskap för att 33 § AvtL ska komma i fråga.⁷⁰ Det snäva tillämpningsområdet parat med det faktum att paragrafens enda möjliga följd är fullständig ogiltighet har dock lett till att 33 § AvtL sällan kommit att tillämpas. 36 § AvtL infördes för att möjliggöra en mer flexibel skälighetsbedömning. Paragraferna skiljer sig åt på en rad centrala punkter: 33 § avser rättshandlingen i sin helhet medan 36 § tar sikte på enskilda avtalsvillkor, 33 § innehåller ett insiktsrekvisit som 36 § saknar, i enlighet med 36 § kan domstolen – till skillnad från enligt 33 § – ta hänsyn till omständigheter efter avtalets tillkomst, 33 § resulterar endast i ogiltighet medan 36 § även ger möjlighet till jämkning och 36 § tar hänsyn till partsställning.⁷¹ I förarbetena menade man att lagändringen borde kunna medföra minskad restriktivitet jämfört med tidigare och att lagändringen ”ger anledning till en ny attityd i hithörande frågor från domstolarnas sida”.⁷² 36 § AvtL kan utgöra grund för en prövning antingen av huruvida ett villkor som sådant är oskäligt, eller om villkoret är oskäligt i det aktuella sammanhanget. Utöver att poängtera nödvändigheten av att göra en helhetsbedömning i det enskilda fallet uttrycktes i förarbetena en förhoppning om att möjligheten att göra en generell villkorsbedömning skulle utnyttjas, för att på så sätt skapa en vägledande praxis.⁷³ Denna önskan kan dock knappast sägas ha infriats, då de rättsfall som innehåller principiellt hållna bedömningar är få. Att den generella villkorsbedömningen uteblivit är dock kanske inte så förvånansvärt i och för sig, med tanke på att HD sällan uttalar sig i generella ordalag.⁷⁴

⁷⁰ Adlercreutz I, s 269 ff.

⁷¹ Ramberg / Ramberg, s 147.

⁷² Prop 1975/76:81, s 117.

⁷³ Prop 1975/76:81, s 106, 111, Bernitz, Standardavtalsrätt, s 82. Propositionens uttalande kan framstå som en aning motsägelsefullt, eftersom prövningen i det enskilda fallet kan tyckas svårförenlig med en principiell villkorsbedömning.

⁷⁴ von Post, s 31, 97 f, 107.

3.4.1 36 §

36 § har kallats AvtL:s viktigaste paragraf⁷⁵, men den har också kritiserats som varande substanslös⁷⁶. Lydelsen har sagts sakna rekvisit och skapa osäkerhet kring tillämpningen.⁷⁷ Ramberg och Ramberg väger dess för- och nackdelar mot varandra. Den gällande lydelsen med generella bedömningsgrunder kan göra det svårt att förutse när ingrepp i avtalsförhållandet kan komma att ske med stöd av 36 § AvtL, medan man riskerar att förbise situationer där ingrepp är motiverat.⁷⁸ Å andra sidan medför den påtalade oklarheten i förlängningen en möjlighet för domstolen att ge 36 § ett vidsträckt tillämpningsområde. Oklarheten kan på så sätt öka generalklausulens effekt i den mån det avskräcker avtalsparter från att författa kontrakt på ett sätt som skulle kunna tangera oskälighetens gränser.

36 § AvtL är tvingande, kan tillämpas oavsett partskonstellation och är även tillämplig på andra rättshandlingar än avtal.⁷⁹ Det finns heller inget hinder mot att tillämpa generalklausulen på internationella avtal.⁸⁰ Den tar sikte på enskilda villkor, snarare än avtalet som helhet. Prövningen ska dock ske med hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter. Ett villkor som i och för sig kan ses som oskäligt kan uppvägas av fördelaktiga aspekter i en annan del av avtalet. Bedömningen av en sträng kvalitetssäkrande klausul skulle alltså kunna mildras i ljuset av till exempel ett generöst pris. Denna helhetssyn ger även enligt Ramberg och Ramberg den effekten att när ett oskäligt avtalsvillkor väl fastslagits, ligger även avtalet i övrigt öppet för jämkning.⁸¹ Det oskäliga villkoret är alltså den ”nyckel” som ger domstolen tillträde till avtalet och frihet att jämka avtalet på det sätt den finner lämpligt. Detta är en aspekt som parterna bör hålla i minnet när avtal

⁷⁵ Grönfors, s 218.

⁷⁶ Lehrberg, s 222 ff.

⁷⁷ André, s 526 ff, 542 ff. Jämför dock Bernitz, Standardavtalsrätt, s 83 f.

⁷⁸ Ramberg / Ramberg, s 144 f.

⁷⁹ SOU 1974:83, s 194 och 198.

⁸⁰ Hedwall, s 165.

⁸¹ Ramberg / Ramberg, s 147 f.

författas, eftersom ett övertramp mot 36 § AvtL inte bara utgör en risk för den aktuella klausulen, utan medför att avtalet som helhet öppnas upp för jämkning. Detta skulle kunna medföra att delar av avtalet som någon part betraktar som känsliga avvägningar kan komma att rubbas, eller att justeringar görs som är betydligt mer kännbara än en jämkning av den aktuella klausulen.

3.4.2 Omständigheter vid avtalets tillkomst

Domstolen kan vid en bedömning i enlighet med § 36 AvtL ta hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst.⁸² Det gäller särskilt i fall där dessa omständigheter är kopplade till ett specifikt ifrågasatt villkor.⁸³ Denna bedömningspunkt är kanske mest relevant i avtal mellan näringsidkare och konsument, men kan även aktualiseras i fall mellan två näringsidkare. Omständigheter som kan motivera jämkning på denna grund är till exempel att en part använt sig av aggressivt uppträdande eller överraskningstaktik, missbruk av förhandlingsläget för att få till stånd ett avtal, omständigheter hänförliga till en svagare part (till exempel bristande språkkunskaper) och att en överlägsen part undanhållit information eller lämnat missvisande uppgifter.⁸⁴ Missvisande uppgifter från en starkare part bör kunna beaktas även om denna part varit fri från klander i sammanhanget, såsom om denne varit i god tro angående den förmedlade informationen. Att en part lämnar uppgifter angående sina avsikter rörande framtida handlande, men sedan på grund av yttre oförutsedda omständigheter avviker från denna plan, anfördes dessutom av utredningen som en situation som bör bedömas likadant oavsett om motparten är näringsidkare eller konsument.⁸⁵

⁸² Se vidare von Post, s 156 ff.

⁸³ Oklart dock vad som gäller om avtalet innehåller en så kallad integrationsklausul. Denna typ av klausuler följs strikt i exempelvis USA, i enlighet med deras "parol evidence rule", men i Sverige är rättsläget inte helt klart.

⁸⁴ Bernitz, Standardavtalsrätt, s 81, Grönfors, s 228.

⁸⁵ SOU 1974:83, s 132 ff.

Möjligheten att ta hänsyn till omständigheterna vid avtalets tillkomst kan utnyttjas i fall där bestämmelserna om ocker (§ 31 AvtL) och tro och heder (§ 33 AvtL) inte är tillämpliga på grund av någon bristande omständighet. 36 § AvtL kan även användas i fall där samtliga rekvisit för någon av de övriga ogiltighetsgrunderna är för handen, men där en jämkning av villkoren är att föredra framför fullständig ogiltighet.

3.4.3 Avtalsinnehållet

Som del av avtalsinnehållet kan domstolen ta hänsyn till en rad olika faktorer, såsom MD:s och KO:s praxis, administrativa regler och försök till kringgående av tvingande regler. Det är även möjligt att göra analogier och att ta hänsyn till värderingar och principer som lagts till grund för tvingande lagstiftning på närliggande områden⁸⁶ samt att beakta dispositiva regler som ger uttryck för rättspolitiska ställningstaganden.⁸⁷ Vad gäller dispositiva regler är det viktigt att påpeka att även om dessa kan vägas in i bedömningen är det inte meningen att de ska ges sådan bäring att de i praktiken övergår till att bli tvingande.⁸⁸ Det kan också poängteras att det är möjligt att jämkna regler även om dessa överensstämmer med gällande lag.⁸⁹

Domstolen kan också leta efter vissa mer konkreta omständigheter i avtalsinnehållet för att få vägledning i skälighetsbedömningen.⁹⁰ En sådan omständighet är förekomsten av klausuler som visar att avgöranden i givna situationer lagts i ena partens hand⁹¹, exempelvis att den ena parten enligt avtalet har ensidig beslutanderätt om huruvida en kvalitetsbrist föreligger. Detsamma gäller om stora obalanser råder mellan kontraktsbrott och påföljd.⁹² Om en mindre förseelse mot avtalet ger motparten rätt att häva

⁸⁶ SOU 1974:83, s 135 f, prop 1975/76:81, s 122.

⁸⁷ SOU 1974:83, s 137 ff.

⁸⁸ Prop 1975/76:81, s 123 f.

⁸⁹ SOU 1974:83, s 140 ff, prop 1975/76:81, s 124 f.

⁹⁰ Se vidare von Post, s 150 ff.

⁹¹ NJA 1983 s 332.

⁹² Grönfors, s 227.

avtalet och/eller utkräva stora viten talar man om att villkoret åsidosätter ett krav på väsentlighet. Huruvida ett åsidosättande av detta väsentlighetskrav utgör grund för jämkning besvaras dock inte av utredningen. En annan omständighet är förhållandet mellan förmånernas värde på ömse sidor i partsförhållandet. Inte enbart huvudprestationerna är relevanta, utan även övriga prestationer och skyldigheter som åligger parterna beaktas.⁹³ I detta sammanhang skulle till exempel en omfattande apparat för kvalitetskontroll och en sträng reglering av underlägsen parts åligganden vid ett eventuellt kontraktsbrott kunna påverka bedömningen. Det är dock viktigt att, som utredningen gjorde, påpeka att jämkning inte kan komma i fråga i varje avtal som uttrycker en ojämnbördig fördelning av prestationer mellan parterna. Detta gäller särskilt i rena affärsrelationer, där ett visst mått av medvetet risktagande ofta är ett val som parterna har gjort.⁹⁴

Omständigheter som tyder på att någon part missbrukar sina rättigheter enligt avtalet är också en faktor som kan indikera att 36 § är tillämplig.⁹⁵ Skulle en part utnyttja sin rätt till kvalitetskontroll för att orsaka motparten olägenhet eller merarbete, till exempel genom att utkräva stora mängder dokumentation med kort varsel och utan rimlig anledning, eller (hota att) utkräva betungande viten på grund av smärre kvalitetsbrister som ett sätt att straffa oönskat beteende eller för att utöva kontroll över sin motpart så skulle jämkning av avtalet eventuellt kunna komma i fråga baserat på detta missbruk av rättighet.

3.4.4 Ändrade förhållanden

Till skillnad från övriga ogiltighetsgrunder i AvtL (§§ 28-31 och 33) får domstolen vid prövning i enlighet med generalklausulen ta hänsyn till sådant som inträffat efter avtalets ingående.⁹⁶ Oskälighet på denna grund

⁹³ SOU 1974:83, s 145 ff, prop 1975/76:81, s 118 ff. Se även Bernitz, Småföretagarskydd, s 125, Bernitz, Standardavtalsrätt, s 85 f.

⁹⁴ Prop 1975/76:81, s 104 ff, Bernitz, Standardavtalsrätt, s 82.

⁹⁵ Bernitz, Standardavtalsrätt, s 85, NJA 1992 s 782.

⁹⁶ Se exempelvis NJA 1983 s 385, NJA 1979 s 731, NJA 1994 s 359, von Post, s 161 ff.

skulle kunna leda till att avtalet jämkas till förmån för den part som vid avtalets tillkomst var den starkare, om styrkeförhållandet har ändrats sedan dess (se vidare avsnitt 3.4.6, om underlägsen ställning). Viktigt är dock att minnas att inte varje förändring av omständigheterna eller styrkepositionerna parterna emellan motiverar en jämkning i enlighet med denna grund – det krävs att det skulle vara oskäligt att upprätthålla avtalet i ljuset av den nya förändringen för att jämkning ska komma i fråga. Enligt förarbetena bör även förändringar i lagstiftning som påverkar avtalsförhållandet kunna beaktas. En tillämpning som har till syfte att jämka ett äldre villkor på grund av att det strider mot principer i ny lagstiftning bör dock genomföras med försiktighet.⁹⁷

Hänsyn till ändrade förhållanden blir främst aktuell när det gäller långvariga avtal. Detta hänger ihop med att den långa löptiden ökar sannolikheten för att omständigheterna kan komma att ändras på ett sätt som parterna inte kunnat förutse och som skulle göra det oskäligt att tillämpa avtalet i enlighet med dess ursprungliga lydelse. Finns det i avtalet ett element av spekulation från bägge sidor – om parterna var medvetna om att ovisshet rådde rörande förhållandet i fråga – talar detta emot att jämkning sker för att kompensera den drabbade parten. Detta gäller särskilt om avtalet reglerar vem som ska stå risken vid en eventuell förändring och om parten i fråga kompenseras i övriga aspekter av avtalet.

Varumärkeslicensavtalet är typiskt sett ett sådant avtal som kan jämkas på grund av ändrade förhållanden, eftersom det kan utgöra grunden för en långvarig relation mellan parterna. Det kan även verka i en miljö där många aspekter av samarbetet är okända på förhand och där parternas styrkeförhållande – beroende av varumärkets värde och övriga aspekter av parternas verksamhet – kan skifta över tid. Det bör dock noteras att den typ av rena affärsförhållanden som det är fråga om här sannolikt medför att domstolen ställer höga krav på parternas marknadskänedom, förutseende

⁹⁷ SOU 1974:83, s 157 f, prop 1975/76:81, s 128.

och möjlighet att absorbera sådana kostnader som avtalsförhållandet kan ge upphov till. Det är med andra ord inte meningen att 36 § AvtL ska fungera som ett skyddsnät vid alla eventualiteter, och utrymmet för vad som är att anse som oskäligt på grund av senare inträffade förhållanden är i ett rent affärsmässigt avtal såsom en varumärkeslicens troligtvis relativt snävt.

3.4.5 Omständigheterna i övrigt

Den sista referenspunkten i 36 § första meningen AvtL är ”omständigheterna i övrigt”. Även om förarbetena inte givit uttömmande information om hur de tidigare momenten ska tolkas, är det denna uppsamlade punkt som slutligen gör det omöjligt att på förhand bedöma generalklausulens tillämplighet, eftersom man här – genom att beakta allt sådant som kan anses relevant – lämnar öppet för att alla typer av rättsfakta ges bäring i målet.⁹⁸ Vissa omständigheter som faller under denna punkt, och som domstolen därmed kan ta hänsyn till i sin skälighetsbedömning, finns dock fastslagna i förarbetena och praxis.

I affärslivet kan hända att det mellan företag utvecklas en praxis som står i strid med det avtal som gäller parterna emellan. Oavsett om eftergifter av denna typ sker av bekvämlighet, för att skapa smidighet i förhållandet, på grund av praktisk svårighet att upprätthålla kontroll och genomdriva sin rätt, av pr-mässiga skäl, för att undvika badwill eller av andra mer eller mindre väl avvägda skäl, får sådan *kulans* antas vara relativt vanligt förekommande i praktiken. Vad som kanske inte lika ofta är bekant är att denna typ av partspraxis kan komma att inverka på en parts möjlighet att kräva fullgörelse i enlighet med avtalet i ett senare skede.⁹⁹

En annan omständighet som kan vägas in i denna del av skälighetsbedömningen är god sed. Om domstolen finner att ett villkor strider mot vad som är god sed i en bransch så föreligger särskilt starka skäl

⁹⁸ Se vidare von Post, s 171 ff.

⁹⁹ SOU 1974:83, s 146, prop 1975/76:81, s 120, Bernitz, Standardavtalsrätt, s 85, von Post, s 173.

att åsidosätta nyss nämnda villkor. Noteras bör dock att domstolen inte är bunden av branschpraxis, god sed eller gott affärsskick, utan kan välja att tillåta villkoret ändå – till exempel på grund av att en helhetsbedömning ger vid handen att det aktuella villkoret inte är att se som oskäligt – eller att bortse från gällande branschpraxis, till exempel om denna praxis föreligger i en bransch som är starkt präglad av sitt ena partskollektiv och därmed är ensidigt gynnsam, eller om domstolen av någon annan anledning finner det icke önskvärt att upprätthålla denna praxis.

Att ett avtalsvillkor ger uttryck för diskriminering kan vara grund för jämkning. Detta är fallet om en part gör skillnad på olika kategorier av motparter på grunder som inte är att anse som sakligt betingade, och ger dem olika förutsättningar, exempelvis vad gäller priser eller tillämpningen av likalydande villkor.¹⁰⁰ (Se även föregående avsnitt angående gynnsam partspraxis och hur denna kan komma att gälla istället för avtalet. En kombination av kulans och diskriminering skulle i teorin kunna tvinga en part att låta en diskriminerad motpart få del i samma fördelaktiga partspraxis som en annan kategori av avtalsparter åtnjuter. På så sätt skulle en partspraxis kunna få betydligt större genomslag än avsett.) Noteras bör dock att inte alla typer av särbehandling av motparter kan betraktas som oskäliga – att göra skillnad mellan olika kategorier av kontrahenter på grunder som är ekonomiskt motiverade är inte att betrakta som diskriminering. Att göra skillnad på motparter endast på grund av kön, ålder, härkomst eller nationalitet är alltså inte tillåtet (och numera i viss mån även straffbart), medan en ekonomiskt motiverad distinktion såsom att olika kategorier av motparter medför olika stora omkostnader, eller åtskillnad som görs på andra grunder som kan sägas vara affärsmässigt sunda, inte medför någon risk för jämkning på grund av diskriminering.

Hänsyn kan också tas till hur befintliga avtal påverkar varandra. I detta sammanhang tar utredningen upp tre typsituationer: tredje mans intressen,

¹⁰⁰ Prop 1975/76:81, s 121 f, Bernitz, Småföretagarskydd, s 125.

sammankoppling av avtal och förhållandet mellan avtal i olika led.

Tredjemansintresset avfärdas som en omständighet som inte är relevant och inte bör ges tillfälle att inverka på skälighetsbedömningen.

Sammankoppling avser summan av de avtal som föreligger parterna emellan. Relationen och samspelet mellan närliggande avtal är att betrakta som relevant, och en helhetsbedömning av avtalsförhållandet förordas. Med förhållandet mellan avtal i olika led åsyftas främst detaljister och andra som kan påverkas av den aktuella avtalsrelationen. Vid bedömning av ett avtal – främst gentemot tidigare led i en sådan kedja – bör hänsyn tas till den effekt det har på avtal i senare led. Detta gäller särskilt i fråga om detaljister i sista led, vilka kan vara bundna av tvingande regler.¹⁰¹

3.4.6 Underlägsen ställning

Styrkeförhållandet mellan parterna utgör en särskild aspekt av skälighetsbedömningen. Detta uttrycks i 36 § 2 st, där det fastslås att särskild hänsyn ska tas till om någon part intar ställning som konsument, eller ”eljest intar underlägsen ställning i avtalsförhållandet”. Det bör dock noteras att underlägsen ställning utgör en del av en helhetsbedömning, och inte på något sätt är en förutsättning för att generalklausulen ska vara tillämplig. 36 § AvtL kan alltså tillämpas även mellan jämnstarka parter, och det blir då övriga omständigheter som talar för och emot en eventuell jämkning som blir avgörande för utgången i målet.¹⁰²

Bernitz och von Post har båda undersökt hur skyddet för en part i underlägsen ställning ser ut i praktiken. Bernitz kom tio år efter generalklausulens införande fram till att de intentioner som uttryckts i förarbetena om att småföretagare ska ha större möjlighet att få till stånd en jämkning av ett avtal gentemot en starkare part inte har fått något riktigt genomslag i praxis, och att skyddet mot oskäligen avtalsvillkor för denna grupp är bräckligt.¹⁰³ Den genomgång som senare gjordes av von Post leder

¹⁰¹ SOU 1974:83, s 158 ff.

¹⁰² Adlercreutz I, s 301.

¹⁰³ Bernitz, Småföretagarskydd, 140 ff.

till en något mer positiv slutsats. Enligt honom står det numera klart att en näringsidkare kan inneha en underlägsen ställning, och även om denna ställning inte i sig är tillräcklig för att motivera en jämkning så kan parternas inbördes styrkeförhållande utgöra ”tungan på vågen” när omständigheterna i övrigt talar för att oskälighet föreligger. Som stöd för detta anføres exempelvis NJA 1979 s 666, NJA 1987 s 639 och NJA 1999 s 408 som fall där HD tagit hänsyn till att underlägsen ställning förelegat. Von Post uttrycker sig med försiktighet, men säger att underlägsen ställning troligtvis kommer att få ökad genomslagskraft i framtida praxis avseende avtal mellan näringsidkare.¹⁰⁴

¹⁰⁴ von Post, 109 ff.

4 Kvalitet och marknadsföring

Varumärken kan i viss mån sägas få ett indirekt skydd genom Marknadsföringslagen 1995:450 (MFL). Genom praxis har lagarnas begreppsapparater kommit att delvis överlappa varandra och Marknadsdomstolens domskäl innehåller ofta känneteckensrättsliga resonemang. Det marknadsföringsrättsliga skyddet för renommé har på så sätt kommit att bli ett i realiteten effektivt varumärkesskydd, eftersom det värnar om företagets investeringar i identitet – med andra ord ett skydd för goodwill. Denna utveckling är ännu tydligare på EG-rättslig nivå, där domstolen gör uttalade hänvisningar till varumärkesrättsliga principer i marknadsrättsliga avgöranden.¹⁰⁵

Marknadsdomstolen (MD) har intagit ståndpunkten att den bedömning som görs i enlighet med MFL sker fristående från eventuella immaterialrättsliga överväganden.¹⁰⁶ I praktiken ger dock MFL varumärkeshavare ett relativt långtgående – och åtminstone indirekt – objektsskydd.¹⁰⁷ Detta kan förklaras historiskt med hänvisning till lagarnas delvis gemensamma ursprung. En glidning har också skett under senare år vad gäller MFL:s syfte, och även om lagen primärt avser att skydda konsumentkollektivet, så har skyddet för andra näringsidkare på marknaden fått större utrymme i takt med att näringsidkare upptäckt det instrument som står till deras förfogande i form av MFL. Möjligheten att 35 § VmL skulle kunna fungera som en garanti för väntad kvalitet har diskuterats i doktrinen, men paragrafen tillämpas inte i praktiken.¹⁰⁸ Att paragrafen skulle utvecklas till att fylla något annat än en principiell funktion verkar också osannolikt.¹⁰⁹ Istället har 35 § VmL i realiteten ersatts av MFL:s bestämmelser. Denna utveckling kan

¹⁰⁵ Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s 147 ff.

¹⁰⁶ MD 1999:28, MD 2002:25.

¹⁰⁷ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 429 ff, 558 ff.

¹⁰⁸ Levin, s 248 f.

¹⁰⁹ SOU 1958:10, s 151, 155, 327.

delvis förklaras av MFL:s fördelaktiga påföljdssystem. Ytterligare bidragande orsaker är sannolikt den friare och mer dynamiska bedömning som MD kan göra¹¹⁰ och det faktum att prövning sker i ett eninstansförfarande.¹¹¹

MFL är tillämplig när näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter enligt 2 § 1 st. Med produkter avses enligt 3 § inte uteslutande varor och tjänster, utan även fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter. Termen näringsidkare återfinns inte bland MFL:s definitioner¹¹², men har i praxis givits en vid tolkning. Med näringsidkare avses varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art, oavsett i vilken företagsform. Något krav på vinstsyfte finns inte, vilket medför att även ideella föreningar som bedriver ekonomisk verksamhet för att främja sitt syfte inkluderas. Statliga och kommunala organ inkluderas i den mån de bedriver ekonomisk verksamhet och ett begränsat inslag av myndighetsutövning är inte heller ett hinder för att klassas som näringsidkare i enlighet med MFL.¹¹³ Det kan även noteras att MFL:s marknadsföringsbegrepp är vidsträckt. Enligt 3 § definieras marknadsföring som ”reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter”. I förarbetena framhålls att detta bör inkludera själva saluhållandet av en produkt, även om detta sker helt passivt.¹¹⁴ Även en säljares försäljningsargument riktade till en enskild kund kan klassas som en marknadsföringsåtgärd i enlighet med MFL. Inte heller finns det någon begränsning för de media via vilka marknadsföringen kan ske.¹¹⁵

¹¹⁰ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 465, Levin, s 249.

¹¹¹ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 55 f.

¹¹² Enligt motiven ansågs det befintliga marknads- och konsumenträttsliga näringsidkarbegreppet så vedertaget att en separat definition för MFL vore överflödig, prop 1994/95:123, s 164.

¹¹³ MD 1994:21, MD 2000:21, MD 2003:34.

¹¹⁴ Prop 1994/95:123 s 164.

¹¹⁵ Prop 1994/95:123, s 166, MD 2000:8.

Samtliga brott mot MFL:s regelkatalog (5-13 d §§) utgör samtidigt brott mot generalklausulen i 4 § eftersom marknadsföring som strider mot marknadsföringslagens regler inte heller kan anses vara i överensstämmelse med god marknadsföringssed eller i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter eller andra näringsidkare på marknaden. Den stora generalklausulens tillämpningsområde är mer omfattande än vad som täcks av bestämmelserna i regelkatalogen och generalklausulen och katalogen kan alltså sägas utgöra MFL:s yttre respektive inre område.¹¹⁶

Eventuellt skulle en varumärkeslicens, i alla fall teoretiskt, kunna ligga till grund för en prövning i enlighet med generalklausulen i 4 § och kanske också enligt 6 § 2 st 2 p och 4 p MFL. Så kunde vara fallet om licensen saknar kvalitets- och kontrollfunktioner och licenstagarens användning därmed utgör ett vilseledande om kommersiellt ursprung på grund av att kopplingen till licensgivaren är alltför svag. Licensen implicerar att licenstagaren står under licensgivarens kontroll, och om så inte är fallet skulle konsumenterna kunna bli vilseledda om det kommersiella ursprunget som sådant (för att licensen är bristfällig och inte upprätthåller detta samband).¹¹⁷ Licensiering kan liknas vid samtycke till renommésnyltning¹¹⁸, och att situationen är oproblematiske mellan parterna hindrar ju inte att konsumenter och konkurrenter kan komma att förfördelas.¹¹⁹ Som Pehrson påpekar är dock ett vilseledande om kommersiellt ursprung inte otillbörligt per se.¹²⁰ Vore så fallet skulle överlåtelse av varumärken endast vara tillåten i samband med överlåtelse av

¹¹⁶ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 502.

¹¹⁷ Jämför, angående vilseledande om kommersiellt ursprung, exempelvis MD 1989:9 Svita, MD 1973:15 Axelssons Gymnastiska Institut, MD 1977:26 Mäklarbanken, MD 1978:22 Dala Bil AB, MD 1987:10 Pre-Glandin samt Bernitz et al, s 198 f.

¹¹⁸ Jämför Ugglå, Affärsutveckling, s 132 f.

¹¹⁹ Angående samtycke, se prop 1994/95:123, s 76.

¹²⁰ Pehrson, s 352 ff, 359, 450. Avseende mer omfattande avtal, såsom franchisingavtal och patentlicensavtal, kan det, när licensgivarens och licenstagarens varor är identiska, även diskuteras om de två näringsidkarna utgör samma kommersiella ursprung. Detta är dock en rent terminologisk fråga. Se vidare Pehrson, s 357 ff.

rörelse, och licensiering skulle inte alls tillåtas. Dessutom är VmL att se som *lex specialis* i detta sammanhang. Att använda MFL för att förbjuda någonting som är uttryckligen tillåtet i enlighet med speciallagstiftning framstår som olämpligt.¹²¹ Möjligtvis skulle ingrepp ändå kunna vara motiverat i särskilt allvarliga fall. Även i de fallen bör dock risken för vilseledande kunna undanröjas genom ett föreläggande om informationsskyldighet i enlighet med 4 § 2 st MFL. Upplyser man på detta sätt konsumenterna om att tillverkningen sker med stöd av licens kan ju inget vilseledande om det kommersiella ursprunget ske.¹²² Problemformuleringar avseende vilseledande av kommersiellt ursprung är därmed främst teoretiska övningar med mycket begränsat praktiskt genomslag.

Kvalitetssäkring i varumärkeslicensavtal fyller en funktion även i relation till marknadsföringslagen. I 6 § MFL anges att näringsidkare i marknadsföring inte får använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande om den egna eller någon annans näringsverksamhet. Enligt första punkten gäller detta särskilt framställningar som avser ”produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper”. Vilseledande om egenskap utgör en risk i licensieringssituationer där licenstagaren i sin marknadsföring drar nytta av den bild av högkvalitativa produkter som licensgivaren har byggt upp i sitt varumärke, men samtidigt inte är villig eller förmögen att själv leverera varor av motsvarande kvalitet. Omsättningskretsen kan då eventuellt – direkt baserat på licenstagarens marknadsföring och indirekt baserat på licensgivarens marknadsföring av andra varor under samma märke och även med andra omständigheter i åtanke, såsom de distributionskanaler och det ökade utrymme för prissättning som varumärket kan ha möjliggjort – komma att vilseledas om den kvalitet man kan förvänta sig att få då man köper en av licenstagarens varor.¹²³ En förutsättning härför är dock att konsumenterna uppfattar varumärket som en symbol för en viss

¹²¹ Pehrson, s 353 f, 359.

¹²² Pehrson, s 358 f.

¹²³ Pehrson, s 392 ff, 444 ff, 451. Se även SOU 1958:10, s 155.

kvalitet.¹²⁴ Om licensgivaren och licenstagaren använder varumärket parallellt för varor med olika kvalitet medför detta en större nackdel från konsumentsynpunkt, eftersom det hela tiden finns ett jämförelseobjekt och vilseledandet därmed fortgår med samma frekvens. (Vid en överlåtelse, eller om licensgivaren upphör att själv använda varumärket i samband med licensieringen, avtar vilseledandet istället i takt med att konsumenterna glömmer överlåtaren/licensgivaren och istället börjar koppla varumärket till den nya innehavaren/licenstagaren.)¹²⁵ Någon praxis från MD som rör vilseledande om egenskap på grund av licensiering finns inte.¹²⁶ KO har dock tagit en relaterad fråga till prövning. Varumärket Ekström, som tidigare använts för högkvalitativa svensktillverkade pianon, började efter överlåtelse användas för pianon av lägre kvalitet, tillverkade i Polen. KO menade att detta medförde en risk för vilseledande. Vilseledandet ansågs dock – något förvånande, enligt Pehrson – främst bero på pianonas geografiska ursprung, snarare än deras egenskaper. Målet avskrevs efter att innehavaren förbundit sig att inte använda varumärket på ett sätt som kunde medföra vilseledande.¹²⁷ Att försäkra sig om att denna diskrepans, mellan varumärkets förmedlade associationer och kvaliteten hos licenstagarens produkter, inte uppstår fyller alltså en funktion utöver det värdekonserverande syfte som avser att skydda varumärkets goodwill. Kvalitetssäkring i varumärkeslicensavtal är ett sätt för varumärkets ägare att undvika angrepp på grund av vilseledande om egenskap.¹²⁸

¹²⁴ Pehrson, s 448. Jämför dock ovan, s 12, angående varumärkets existens som kvalitetsindikator.

¹²⁵ Pehrson, s 357 ff, 447.

¹²⁶ Pehrson, s 444, 450.

¹²⁷ KO dnr 579/71, Pehrson, s 450.

¹²⁸ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 82 f, 86, 363 f.

4.1 Licensieringens risker

4.1.1 Urvattning och degeneration

Urvattning sker när ett varumärke förlorar sin distinktivitet och därmed förmedlar splittrade associationer till omsättningskretsen. Det är alltså motsatsen till den ökade särskiljningsförmåga och mening som fås genom inarbetning och ökat anseende. Urvattning är en process som drabbar varumärket i form av en minskning eller förvrängning av dess särskiljningsförmåga, och då särskilt avseende meningen. En förändring av varumärkets mening påverkar dock även dess referens, så indirekt drabbar urvattningen även där.¹²⁹ När urvattning sker går varumärket från att åsyfta en vara med en viss innebörd och kvalitet från en viss tillverkare till att åsyfta flera varor med skiftande kvalitet och innebörder oberoende av vem som står bakom varumärket. Typexemplet på hur urvattning sker är genom att konkurrenter utnyttjar varumärket.¹³⁰ Detta görs antingen för att snylta på varumärkets renommé (genom en användning som inte riskerar att direkt förväxling sker, men ändå är till förfång för varumärket) eller genom användning som medför negativa associationer till varumärket (till exempel genom att varumärket kopplas till varor med lägre kvalitet eller direkta kvalitetsbrister). Om dessa intrång tillåts fortgå tillförs varumärket genom varje överträdelse ytterligare meningar. Dels ger detta ett splittrat och försvagat intryck av varumärket, dels är de tillförda meningarna ofta negativa i och för sig. (Exempelvis kan en kvalitetsmässigt undermålig produkt snylta på ett varumärke som förmedlar hög kvalitet, vilket leder till förvirring, och dessutom skapar misstro hos omsättningskretsen, eftersom det löfte om kvalitet som varumärket givit inte längre känns pålitligt.) När varumärket börjar förmedla flera meningar börjar det indirekt även hänvisa till flera bakomliggande aktörer, och får alltså flera referenser. Blir varumärkets mening för splittrad och antalet referenser för stort, upphör varumärket att fungera som ett varumärke.

¹²⁹ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 360.

¹³⁰ Bernitz et al, s 273 ff, SOU 1958:10, s 333.

Ett indirekt urvattningsskydd håller på att utvecklas i svensk rätt. Det så kallade anseendeskyddet i 6 § 2 st VmL¹³¹ ger utökat skydd för väl ansedda varumärken. Enligt ordalydelsen ger paragrafen möjlighet att upprätthålla ett väl ansett varumärkes skydd utanför det egna varuslaget. I en serie rättsfall har det dock klargjorts att detta skydd gäller även inom det egna varuslaget¹³² och att något krav på förväxling¹³³ inte föreligger. Anseendeskyddet håller därmed på att transformeras till ett fristående skydd för varumärket och dess särskiljningsförmåga.¹³⁴

Urvattningsprocessen kan sägas ha en parallell i degeneration. I och med urvattningen försvagas särskiljningsförmågan, och när degeneration skett har särskiljningsförmågan helt upphört. Annorlunda uttryckt kan urvattningen sägas utgöra ett fortlöpande bortfall eller en förvrängning av meningen (vilket indirekt drabbar även referensen), medan degenerationen utgör den punkt där referensen slutligen fallit bort (och ersatts av en referens som avser en varukategori).¹³⁵ Degeneration har skett när allmänheten har börjat använda ett varumärke som en generisk beteckning. Risker för degeneration är störst för varumärken som förknippas med produkter som på något sätt har en särställning på marknaden, såsom patenterade produkter, innovationer och produkter som av andra skäl inte konkurrerats ut. Likaså kan varumärken som gränsar till det suggestiva sägas utgöra ett riskelement. Att ett varumärke inte har någon generisk beteckning, eller att den generiska beteckningen inte godtas av omsättningskretsen, medför också ökad risk för degeneration.¹³⁶ Exempel

¹³¹ Jämför artikel 5.2 VMD.

¹³² Se exempelvis NJA 1995 s 635 Galliano, C-292/00 Davidoff, PBR mål 97-065 Tulosba Adkov.

¹³³ Se exempelvis C-408/01 Adidas, C-251/95 Puma.

¹³⁴ Se vidare Wessman, s 329 f, 375 ff, 388 f.

¹³⁵ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 360 f, Holmqvist, s 156.

¹³⁶ Ugglar, Organisation av varumärken, s 29 f, Holmqvist, s 97, Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 361 f samt SOU 1958:10 s 162.

på varumärken som degenererat är termos, jacuzzi och dynamit, medan teflon och rollerblades är märken som idag ligger i farozonen.

Rent ekonomiskt innebär degeneration att varumärkets värde sjunker till noll – den konkurrensfördel som företaget tillskansat sig går om intet i och med att varumärket blir tillgängligt för konkurrenter. Att ett varumärke har degenererat, och därmed förlorat sin särskiljningsförmåga, får även direkta juridiska konsekvenser. Bristande särskiljningsförmåga utgör grund för hävning av den varumärkesrättsliga registreringen enligt 25 § 2 p VmL.¹³⁷ Att låta ett degenererat varumärke behålla sitt skydd skulle stå i strid med varumärkesrättens grundläggande principer, eftersom varumärket i och med degenerationen har förlorat sin symbolfunktion¹³⁸ och skyddet därför de facto skulle ge innehavaren ett verbalt monopol med ensamrätt till både varumärket och produktbeteckningen.¹³⁹

Risken för urvattning och degeneration ökar vid licensiering.¹⁴⁰ Risken för att splittra den bild som varumärket förmedlar är större om varumärket licensierats för artfrämmande produkter, och då särskilt om de olika varorna marknadsförs parallellt på samma marknad. Den förvirring som kan uppstå är lätt att förstå om man tänker sig ett exempel där ett sedan tidigare etablerat varumärke lanserar en ny produkt i sin traditionella produktkategori, med tillhörande marknadsföring, samtidigt som licenstagarens produkter – ur en helt annan kategori av produkter, och med en helt annan målgrupp – når marknaden åtföljda av en omfattande marknadsföringskampanj. Exemplet kan verka extremt, men är inte alls otänkbart (vilket till exempel biltillverkaren Porsche visat genom sin lansering av glasögon och köksutrustning). Problematiken är i stort sett densamma som den vid konkurrenters utnyttjande av varumärket. Ur

¹³⁷ Petrusson, s 38 f.

¹³⁸ Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 72 ff, 201.

¹³⁹ Melin, s 23, SOU 1958:10 s 161.

¹⁴⁰ Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s 102, angående indirekt alkohol- och tobaksreklam genom merchandising.

omsättningskretsens synvinkel är det praktiskt taget ingen större skillnad på en konkurrents intrång i varumärkets skyddssfär och den effekt som en mindre lyckad licensiering kan ha. (Tvärtom kan en ogynnsam licensiering vad varumärket anbelangar sägas utgöra det ultimata intrånget, eftersom märkeslikheten är total och kopplingen mellan de bakomliggande aktörerna är ett faktum. Den badwill som drabbar varumärket är på så sätt befogad, eftersom den garanti som omsättningskretsen fått i form av varumärket inte motsvaras i produkten.)

Kvalitet kan sägas ha flera kopplingar till urvattningsproblematiken. Ett gott kvalitetsrenommé är sannolikt oftast en förutsättning för att urvattning ska utgöra en reell risk, eftersom ett rykte om hög kvalitet är en central faktor som gör varumärket gynnsamt att snylta på. Kvalitet är som bekant ett relativt ospecifikt och mångbottnat koncept, och den faktiska produktkvaliteten utgör endast en aspekt av kvalitetsbegreppet. Andra sidor av den upplevda kvaliteten är vaga, känslomässiga och ologiska, och har starka (och ibland irrationella) kopplingar till konsumentens självbild, hävdelsebehov, värderingar och förhoppningar.¹⁴¹ I och med dessa kopplingar får kvaliteten ofta ett drag av samlingsbegrepp, och blir i sig självt något av ett generellt positivt omdöme. Kvalitetsuppfattningen ”matas” av andra positiva omdömen. Ord såsom ”bra”, ”innovativ”, ”modern” och ”populär” implicerar i viss mån kvalitet, eftersom man antar att dessa omdömen inte kan samexistera med en uppfattning om låg kvalitet. På grund av detta kan det antas att kvaliteten hos en vara – i begreppets vidare betydelse – stiger parallellt med varumärkets värde (och att det inte nödvändigtvis är så att kvaliteten skapar renommé, utan att det lika gärna kan bero på att ett högt anseende ger uppfattningen om en kvalitetsnivå som omsättningskretsen tycker korresponderar mot varumärkets goodwill.) Denna växelverkan gör – tillsammans med andra faktorer som medför att varumärket genom sin blotta styrka sänder ut signaler om en enhetlig och garanterat hög kvalitet – att alla starka varumärken i praktiken kan sägas ha

¹⁴¹ Se Tiili, s 245, med referens till Kocktvedgaard.

ett visst kvalitetsrenommé, vilket gör dem till intressanta föremål för utnyttjande av den typ som medför urvattning. Kvalitet bör å andra sidan, i branscher där utrymme för ett exceptionellt kvalitetsrenommé finns, kunna fungera som ett sätt att särställa sitt varumärke. Även om renommét ökar lockelsen att snylta på varumärket, bör det även kunna utgöra en barriär, eller minska den skada som eventuell snyltning orsakar, eftersom en oeffterliknelig kvalitet bör minska risken för förvirring hos omsättningskretsen. Troligtvis är konsumenter mer uppmärksamma, och mindre benägna att tro att något samband mellan produkterna finns, i fall där varumärket profilerat sig som ett ytterst högkvalitativt och exklusivt alternativ, och kan istället se renommésnyltningen för vad den är. En sådan kvalitetsinriktad image skulle på så sätt sannolikt ge ett visst skydd mot urvattning, i alla fall om klara kvalitetskillnader finns mellan produkterna i fråga. Exempel på argumentation efter denna linje återfinns i det amerikanska Sally Gee-målet, där appellationsdomstolen anförde att risken för utvattning är mindre om den genomsnittlige köparen är nogräknad eller sofistikerad.¹⁴² Det aktuella fallet gällde huruvida ett varumärke av lyxkaraktär, Sally Lee, urvattnade lågprisvarumärket Sally Gees säljkraft då båda användes för damkläder. Domstolen kom fram till att så inte var fallet, bland annat på grund av det ovan anförda.

Genom kvalitetskontroll kan licensgivaren försäkra sig om att varumärket inte drabbas av splittrade associationer på grund av ojämn produktkvalitet (inom licenstagarens produktion, i relation till licensgivarens produktion och gentemot varumärkets upparbetade image). Den subjektiva kvaliteten – det vill säga omsättningskretsen uppfattning om kvaliteten, inklusive konsumentens mer känslomässiga bevekelsegrunder – styrs dock främst genom ett enhetligt marknadsföringskoncept.

Degeneration är i och för sig ett juridiskt problem, men kanske i än högre grad ett språkligt fenomen. Primärt för licensgivaren är därför att kontrollera

¹⁴² Sally Gee, Inc v. Myra Hogan, Inc 699 F.2d s 621, 626. Se även Wessman, s 281 f.

den marknadsföring som varumärket ingår i, dels för att hindra att licenstagaren bidrar till urvattning och degeneration genom felaktigt användande av varumärket och dels för att i görligaste mån kontrollera det sätt som omsättningskretsen och media använder varumärket på. Att reglera licenstagarens förhållningssätt till varumärket är centralt; en problematisk omständighet är marknadsförarens tendens att, med Urdes ordval, ”vilja äga kategorin” (i motsats till ”viljan att leda kategorin”).¹⁴³ I detta uttryck syns en motsättning mellan marknadsföringsteori och juridik. Motsättningen kan lite tillspetsat förklaras med att det i ett strikt marknadsföringsperspektiv snarast är en fördel att varumärket utgör en generisk beteckning för varuslaget, eftersom varumärket på så sätt blir en del av vardagsspråket (vilket exempelvis ger produkten uppmärksamhet, befäster varumärket som marknadsledande och ger en gynnsam position att marknadsföra produkterna utifrån).¹⁴⁴ Degenerationen utgör enligt detta synsätt det ultimata beviset för en lyckad marknadsföring, vilket ju rimmar illa med den juridiska ståndpunkten. Exempel på åtgärder som licensgivaren kan förbindas vidta, och som kan minska degenerationsrisken är att skapa en godtagbar generisk beteckning för innovativa produkter och att konsekvent använda den i marknadsföringssammanhang, att noggrant undvika att använda förkortningar, böjningsformer eller på annat sätt förvränga varumärket¹⁴⁵, att skriva varumärket med inledande versal eller kapitäl i löpande text och att kontrollera att varumärket inte införs i lexika på så sätt att det strider mot 11 § VML.¹⁴⁶ Risken för oklarhet om ett varumärkes kommersiella ursprung kan motverkas genom att produkten märks med

¹⁴³ Urde i Holger / Holmberg (red), *Identitet – om varumärken, tecken och symboler*, s 234.

¹⁴⁴ Se Urde i *Identitet*, s 229, med referens till Ries / Trout.

¹⁴⁵ Ett exempel på denna typ av förvrängningar är verb skapade utifrån varumärken, såsom engelskans ”to google” som betyder att använda en sökmotor och ”to xerox” med betydelsen att fotokopiera något.

¹⁴⁶ Att ett varumärke förekommer som en generisk beteckning i ordböcker är särskilt olämpligt dels eftersom denna typ av publikationer är normerande och legitimerar ett inkorrekt språkbruk, dels för att det kan användas som bevis på att degeneration skett. Ett exempel på att detta förekommer är definitionen av Tetra Pak i 1987 års utgåva av Esseltes ordbok. Se vidare Urde i *Identitet*, s 232.

information om att varan tillverkas på licens. Genom att avtala om märkning kan licensgivaren försäkra sig om att konsumenternas associationer inte ändras på ett sådant sätt att referensen splittras eller överförs till licenstagaren.

En aktiv och konsekvent varumärkesstrategi är avgörande för att minimera risken för urvattning och degeneration. Detta inbegriper en enhetlig produktlinje (vilket uppnås med hjälp av kvalitetssäkring), en enhetlig och varumärkesbevarande marknadsföringsstrategi (som backar upp produktlinjen och förmedlar varumärkets enhetliga image ända fram till omsättningskretsen¹⁴⁷) och en utarbetad plan, inklusive rollfördelning, för hur intrång ska hanteras effektivt (för att minimera risken för urvattning genom påverkan utifrån). Att detta skyddsnät finns på plats redan från början är önskvärt, eftersom degenerationsprocessen är mycket svår att stoppa när den väl startat inom omsättningskretsen. Dessutom är förloppet av en sådan art att det är svårt att upptäcka innan det är relativt långt gånget och stora skador redan har skett. Åtgärder för att stoppa en utveckling i denna riktning är som regel mycket kostsamma, om inte annat för att den regenererande marknadsföringen måste riktas till hela konsumentkollektivet istället för till en begränsad tilltänkt kundkrets. Det är också mer eller mindre en förutsättning att varumärket används för en ny, eller delvis ny, kategori av varor. Det finns i realiteten endast några enstaka exempel på varumärken som återupplivats efter att degeneration skett.¹⁴⁸

4.1.2 Önskad social gemenskap

Social gemenskap uppstår när en oväntad kundgrupp tar till sig ett varumärke. Uppkomsten av en social gemenskap är en risk såväl som en möjlighet. Den primära risken består i att den tilltänkta kundkretsen

¹⁴⁷ Företag kan också utnyttja garantifunktionen mer direkt genom att påtala att varumärket står som garant för kvaliteten, som ett sätt utnyttja sitt kvalitetsrenommé i marknadsföringen. Se Pehrson, s 74.

¹⁴⁸ Se exempelvis NJA 1916 B 493 Dunlop, Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 367 ff.

alieneras, medan möjligheterna är avhängiga av den nya publikens köpstyrka. Problemen växer om de associationer som skapas av en oönskad social gemenskap överförs till andra produkter som marknadsförs under samma varumärke.¹⁴⁹ Den risk en licensiering medför är alltså att den sociala gemenskap som uppstår med licenstagarens produkter kan ”smitta” licensgivarens produktlinjer, och därmed alienera dennes ursprungliga omsättningskrets och frånta licensgivaren kontrollen över den image som varumärket har. Denna risk kan antas vara särskilt påtaglig om licensgivarens och licenstagarens produkter inte kan kombineras inom ramen för en och samma livsstil, eller ens tilltala närliggande kundkategorier som kan antas ha en positiv inställning till varandra. Det följer dels utifrån teorin att kundkretsar nog ofta har preferenser om vilka andra de ”delar” varumärket i fråga med (detta är nog sant främst om modevaror och produkter som på annat sätt har stark förankring i kundens självbild och livsstil) och dels utifrån förhållandet att ju närmare varuslagen ligger varandra, desto mindre blir avbräcket i skiftet från en kundkrets till en annan. Det är inte heller säkert att oviljan mellan kundkretsarna är ömsesidig – exempelvis kan en grupp av kändisar, trendsättare eller andra exklusiva kretsar vara ovilliga att dela ”sina” märken med andra, medan dessa andra grupper gärna skulle adoptera dessa märken som sina egna.¹⁵⁰ Å andra sidan bygger licensieringen som sådan på att licenstagarens tilltänkta kundkrets har positiva associationer till varumärket (och att licensgivaren är väl medveten om vilken denna kundkrets är). Förutsatt att denna grundpremiss utreds väl, och att marknadsföringen genomförs konsekvent med denna kundkrets i åtanke, bör risken för en oönskad social gemenskap vara marginell.

Genom kvalitetssäkring bör den risk för oönskad social gemenskap som beror på associationer till olika kvalitetsnivåer kunna minimeras. Av större vikt kan dock kontroll över licenstagarens marknadsföringsåtgärder antas vara. Kvalitet kan vinklas för att passa in i de mest varierade

¹⁴⁹ Treffner / Gajland, s 95 f.

¹⁵⁰ Jämför Ugglå, Affärsutveckling, s 46 ff.

associationsmönster. (Jämför exempelvis kvalitetsimagen hos två prestigefyllda bilmärken såsom Rolls Royce och Ferrari – båda förmedlar kvalitet, men med skilda konnotationer.) Att kontrollera den kvalitetsbild licenstagaren förmedlar i sin marknadsföring och på så sätt bibehålla en enhetlig kvalitetsimage är sannolikt centralt för att undvika oönskade sociala gemenskaper.

4.1.3 Oönskad styrka

Det är möjligt för ett varumärke att generera för höga volympremier, även om detta inte är särskilt vanligt förekommande. Mest utsatta är varumärken som bygger sin styrka på att förmedla en känsla av lyx och exklusivitet. Värdeminskning på grund av oönskad styrka har bland annat drabbat varumärken inom konfektionsbranschen. Den största risken i dessa sammanhang är en övermättad marknad; den flärdfulla känslan går förlorad om produkten blir för mångtalig och lättillgänglig.¹⁵¹ Ett sätt för licensgivaren att förhindra detta är att begränsa antalet produkter som licenstagaren får sälja under varumärket.¹⁵² Ett gott kvalitetsrenommé är alltså i detta sammanhang en riskfaktor. Den risk oönskad styrka utgör får dock antas vara marginell i de allra flesta fall. De mest effektiva sätten att minimera risken för oönskad styrka är troligtvis att binda licenstagaren vid maximinivåer och att kontrollera produktens distribution.¹⁵³

¹⁵¹ Treffner / Gajland, s 95.

¹⁵² Levin / Nordell, s 39. Att inskränka en licens till en viss produktionsmängd är konkurrensrättsligt tillåtet enligt gruppundantagsförordningen, se Bernitz et al, s 300.

¹⁵³ Exklusivåterförsäljaravtal är, förutsatt att vissa krav är uppfyllda, konkurrensrättsligt tillåtna. Se till exempel mål 26/76 Metro I.

5 Kvalitet och produktansvar

Produktansvarslagen 1992:18 (PAL) syftar till att skydda konsumenter från skadliga varor. PAL avser att förebygga produktskador genom att lägga kostnaden för en uppkommen skada på en lämplig kostnadsbärare. Man skulle också – med föreliggande uppsats som utgångspunkt – kunna uttrycka det som att PAL (i samverkan med Produktsäkerhetslag 2004:451) utgör en lagstadgad yttre gräns för marknadens kvalitetssäkrande arbete.

Enligt 1 § PAL utbetalas skadestånd för sådan person- eller sakskada som en produkt har förorsakat en konsument på grund av en säkerhetsbrist. Skadeståndsansvaret omfattar dock inte eventuell skada som drabbar den skadebringande produkten.¹⁵⁴ Med produkt avses här lösa saker (2 §). En lös sak är dessutom att betrakta som en produkt i PAL:s mening även om produkten i fråga har infogats i en annan produkt (eller i fast egendom). Om en produkt som utgör en beståndsdel i en annan produkt har orsakat skada ska både huvudprodukten och delen anses ha orsakat skadan. En säkerhetsbrist i PAL:s mening föreligger om produkten i fråga ”inte är så säker som skäligen kan förväntas”. Vidare sägs att denna bedömning ska göras ”med hänsyn till hur produkten kunnat förutses bli använd och hur den har marknadsförts samt med hänsyn till bruksanvisningar, tidpunkt då produkten satts i omlopp och övriga omständigheter” (3 §). Det ansvar som PAL föreskriver kan inte inskränkas genom avtal (5 §). Ansvaret är dessutom strikt, det vill säga att den skadelidande inte behöver visa att den skadeståndsskyldige varit vållande genom försumlighet eller vårdslöshet.¹⁵⁵

Skadeståndsansvar i enlighet med PAL kan komma på fråga för tillverkare (6 § 1 p), importörer (6 § 2-3p) och den som ”har marknadsfört produkten som sin genom att förse den med sitt namn eller varumärke eller något annat

¹⁵⁴ Istället får allmänna köprättsliga regler tillämpas.

¹⁵⁵ Prop 1990/91:197, s 24, Öhman, s 8 f, 18.

särskiljande kännetecken” (6 § 4 p).¹⁵⁶ Sekundärt – om någon som är ansvarig enligt 6 § inte står att finna – ligger ansvaret hos den som tillhandahållit produkten (7 §). Regressrätt mot den som är skadeståndsskyldig i enlighet med PAL föreligger för den som utgivit ersättning till en skadelidande konsument jämlikt 31 § KöpL eller 31 § 4 st KtjL. Om flera är solidariskt ansvariga, fördelas detta ansvar efter vad som kan anses skäligt.¹⁵⁷ Parternas ansvarsgrunder blir då relevanta – om den ena ansvarar enbart på grund av det strikta ansvaret, medan den andra handlat vårdslöst, ligger det närmare till hands att den vårdslöse ska bära större del av kostnaden. Hur skadan uppkommit, och om någon part i högre grad har bidragit till detta, är naturligtvis också av intresse.

Undantag från det strikta skadeståndsansvaret återfinns i 8 § PAL. Undgår ansvar gör den som kan visa att han inte satte produkten i omlopp i en näringsverksamhet (1 p),¹⁵⁸ gör sannolikt att säkerhetsrisken inte fanns när produkten sattes i omlopp (2 p), visar att säkerhetsbristen beror på att produkten måste stämma överens med tvingande myndighetsföreskrifter (3 p) eller visar att det på grundval av det vetenskapliga och tekniska vetandet vid tidpunkten då produkten sattes i omlopp inte var möjligt att upptäcka säkerhetsbristen, det vill säga så kallade utvecklingsskador (4 p).¹⁵⁹ Inte heller systemskador inkluderas, det vill säga skador som är kända men allmänt accepterade av samhället, såsom skadeverkningar av tobak, alkohol och dokumenterade läkemedelsbiverkningar.¹⁶⁰ Det skulle kunna diskuteras

¹⁵⁶ 6 § 4 p utgör en utvidgning av ansvarskretsen i förhållande till tidigare praxis.

Paragrafen har sin grund i produktansvarsdirektivet (85/374/EEC). Den engelska versionen av artikel 3.1: “Producer” means the manufacturer of a finished product, the producer of any raw material or the manufacturer of a component part and any person who, by putting his name, trademark or other distinguishing feature on the product presents himself as its producer. Se vidare Plogell, s 81, angående eventuella skillnader mellan “marknadsfört produkten som sin” och “presents himself as its producer”.

¹⁵⁷ Prop 1990/91:197, s 57 ff.

¹⁵⁸ Jämför SOU 1979:79, s 135.

¹⁵⁹ Prop 1990/91:197, s 31.

¹⁶⁰ Prop 1990/91:197, s 34.

huruvida en licensgivare faller utanför PAL:s tillämpningsområde på grund av 8 § 1 p om produkten satts i omlopp av licenstagaren. Plogell menar dock att undantaget inte bör vara tillämpligt eftersom produkten i alla fall satts i omlopp med licensgivarens samtycke.¹⁶¹

Enligt lagmotiven ska skadeståndsansvaret åligga den som har störst möjlighet att påverka risken för skada.¹⁶² Utgångspunkten är därmed att tillverkaren bär detta ansvar. Tillverkaren kontrollerar produktionen, kan kalkylera den risk som verksamheten medför och har dessutom möjlighet – genom att teckna en ansvarsförsäkring – att skydda sig mot höga skadeståndskrav.

Den krets av ansvariga som PAL föreskriver är omfattande. En licensgivare – i alla fall om dennes inflytande på licenstagarens produktion är betydande, till exempel genom ett avtal som ger denne en hög grad av kontroll och ger möjligheter att detaljreglera relevanta aspekter av licensgivarens verksamhet – skulle knappast framstå som malplacerad i denna krets. Ett generellt strikt ansvar för licensgivare vore, som Plogell påpekar, alltför långtgående.¹⁶³ Kanske vore det dock önskvärt att under vissa omständigheter kunna inkludera licensgivaren i ansvarskretsen. Jämfört med en importör eller återförsäljare (låt vara att den senares ansvar är sekundärt) som inte har något med produktens tillkomst att göra, eller en tillverkare av delprodukter som levererat till sluttillverkaren, framstår licensgivaren som en aktör som mycket väl kan ha en roll i sammanhanget som motiverar att denne inkluderas i ansvarskretsen. Det gäller kanske särskilt om licensgivaren är starkt kopplad till licenstagaren – antingen genom licensavtalet som sådant, genom koncerngemenskap eller på annat sätt. Huruvida detta är möjligt är dock inte helt klart. Licensgivaren kan ju i och för sig sägas ha ”marknadsfört produkten som sin genom att förse den med sitt namn eller varumärke eller något annat särskiljande kännetecken” (6 § 4 p). Denna

¹⁶¹ Plogell, s 78 f.

¹⁶² Prop 1990/91:197, s 19.

¹⁶³ Plogell, s 81 f.

punkt infördes för att inkludera föregivna tillverkare såsom varuhus och butikskedjor som köper in och märker upp produkter med sitt eget varumärke och på så sätt förespeglar konsumenterna att de själva har tillverkat produkterna i fråga. Även om licensgivaren under vissa omständigheter (närmare bestämt omständigheten att licensgivaren kan sägas ha ”marknadsfört” licenstagarens produkt som sin egen) faller inom ramen för ordalydelsen i 6 § 4 p ligger en sådan tolkning alltså inte direkt i linje med bestämmelsens syfte. Plogell menar dock att avsikten med stadgandet är att vissa näringsidkare ska omfattas av ansvaret trots att de inte svarar för tillverkningen av produkten, och att paragrafen inte rimligtvis bör tolkas strikt efter sin bokstav. Att göra ansvaret avhängigt av att varumärkeshavaren själv fysiskt applicerar kännetecknet framstår som främmande och Plogell menar att inte heller den omständigheten att någon annan marknadsför produkten bör ge ansvarsfrihet.¹⁶⁴ I förarbetet sägs att det avgörande är huruvida ”den omständighet att näringsidkaren anbringat sitt kännetecken på produkten ger intryck av att han är produktens upphovsman” och att det är av betydelse ”huruvida produkten allmänt sett ger intryck av att härröra från den som har försett den med sitt kännetecken”.¹⁶⁵ Vidare sägs att varumärkeshavaren inte kan undgå ansvar genom att uppge vem den verkliga tillverkaren är, eller ens om konsumenten sedan tidigare är medveten om att varumärkeshavaren och tillverkaren inte är densamma.¹⁶⁶ Enligt Plogell är den svenska lagen i detta hänseende mer omfattande än förslaget i direktivet, eftersom man i förarbetena utgår från det objektiva intrycket av produkten snarare än varumärkeshavarens avsikt att framstå som dess tillverkare.¹⁶⁷ Kanske finns det därmed utrymme för att inkludera en licensgivare i ansvarskretsen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Plogell, s 78. Jämför dock Kylhammar, s 674, med referens till C-204/03 Skov ./. Bilka och C-127/04 O’Byrner ./. Sanofi.

¹⁶⁵ Prop 1990/91:197, s 115.

¹⁶⁶ Prop 1990/91:197, s 115.

¹⁶⁷ Plogell, s 80 f.

¹⁶⁸ Eriksson, s 237 f, angående franchiseförhållanden.

Plogell anser att licensgivaren bör bära ett principiellt produktansvar för fel uppkomna vid licenstagarens tillverkning. Enligt hans mening bör dock ansvaret begränsas till att gälla sådana produkter som vid sin användning kräver att vissa produktsäkerhetsmässiga föreskrifter efterföljs, det vill säga produkter som omfattas av den praxis som utarbetats i anslutning till produktsäkerhetslagen. (Eventuellt skulle ansvaret även kunna utsträckas till att gälla en förmodat ofarlig produkt, om reklamationer och dylikt visat att produkten är behäftad med sådana brister att det föreligger risk för produktskada.) En praktisk fördel med den föreslagna avgränsningen är att ansvaret inte grundar sig på licensavtalets utformning, och att man därmed helt kan undvika prövningen av frågor som rör licensgivarens delaktighet och inflytande över produktionen.¹⁶⁹

Ett alternativ vore att betrakta licensgivaren som en förlängning av licenstagaren, och ålägga parterna gemensamt ansvar i enlighet med tillverkaransvaret i 6 § 1 p.¹⁷⁰ (De två skulle då rimligtvis bedömas som en enhet i förhållande till andra aktörer, såsom importörer och detaljister, och bära ansvaret solidariskt,¹⁷¹ fördelat mellan sig enligt rimlighetsprincipen.) Avgörande är här om licensgivaren har vidtagit någon åtgärd med produkten som kan sägas innebära tillverkning. I förarbetena sägs även att den som kan bestämma över produktens utformning – och därmed påverka dess säkerhet – bör betraktas som tillverkare.¹⁷² Dessa krav kan tänkas vara uppfyllda om en licensgivare genom tie in-klausuler eller kopplingsförbehåll (se vidare avsnitt 6.3) förbundit licenstagaren att använda en viss underleverantör, särskilt om licensgivaren själv levererar material till produktionen.¹⁷³ Att licensgivarens ansvar skulle utgå ifrån att denne märker och saluför produkten kan tyckas missvisande, i alla fall när licensgivaren är en aktör som står i nära förbund med tillverkaren och själv kan ha långtgående

¹⁶⁹ Plogell, s 84.

¹⁷⁰ Se Eriksson, angående tillverkaransvar i franchisesammanhang, s 232.

¹⁷¹ Eriksson, s 231.

¹⁷² Prop 1990/91:197, s 46, 112 f. Se även Levin / Nordell, s 122 f.

¹⁷³ Eriksson, s 228, 233.

inflytande över produktionen. Att i relevanta fall inkludera licensgivaren i ett utvidgat tillverkaransvar skulle med detta synsätt ge en mer rättvisande bild av licensgivarens roll. Plogell menar dock att det obligationsrättsliga förhållandet inte bör få principiell betydelse för bedömningen, och att licensavtalets utformning saknar relevans. Vidare sägs att licensgivaren i realiteten ofta saknar faktiska möjligheter att påverka produktionsutformningen och att det i praktiken inte torde vara ovanligt att licensgivaren varken lämnat instruktioner om tillverkningsprocessen eller utövat kontroll över denna.¹⁷⁴ Plogell överväger ändå en typ av produktansvar baserat på licensavtalets utformning: ansvar för konstruktionsfel, om licenstagaren åtagit sig att tillverka en produkt i enlighet med licensgivarens specifikationer. Enligt Plogells uppfattning bör dock en sådan bedömning istället göras utifrån ett culparesonemang baserat på kontrollansvar.¹⁷⁵ Eriksson argumenterar å sin sida, angående franchiseavtal, för att en analys av licensgivarens inflytande över produktutformningen och säkerhetsbristens uppkomst bör ligga till grund för ett fastställande av produktansvarets omfattning.¹⁷⁶ Han menar att licensgivarens kontroll över licenstagarens verksamhet kan grunda ansvar för konstruktionsfel och vissa instruktionsfel. PAL medger dock inte någon uppdelning i olika feltyper. Enligt Eriksson skulle denna omständighet, jämte tanken bakom PAL:s strikta ansvar, eventuellt vara ett skäl för att ålägga licensgivaren ansvar även för fabriktionsfel.¹⁷⁷

Att det i vissa fall skulle ligga i linje med PAL:s konsumentskyddande syfte att göra licensgivaren åtkomlig för lagens strikta ansvar framstår som klart. Betänk till exempel situationen att en produkt behäftad med en

¹⁷⁴ Plogell, s 82. Plogells utgångspunkt skiljer sig därmed något från den som antagits i föreliggande arbete.

¹⁷⁵ Plogell, s 82 not 26.

¹⁷⁶ Eriksson, s 231.

¹⁷⁷ Eriksson, 230 f, 234 f. Jämför Plogells resonemang ovan, s 59, angående 6 § 4 p PAL. I båda fallen anses det konsumentskyddande syftet motivera ansvar för sådant som i realiteten ligger utom partens kontroll.

säkerhetsbrist som levererats på bred front orsakar ett stort antal skador hos konsumenterna, samt att det går att styrka att säkerhetsbristen är hänförlig till en specifikation i avtalet som föreskrivits av licensgivaren – till exempel kan licensgivaren för att försäkra sig om att varumärket återges i rätt färgskala ha föreskrivit att ett visst färgämne ska användas, krävt att ett visst designelement ska ingå i produktens utformning eller föreskrivit att råvaror ska beställas från en viss leverantör för att på så sätt försäkra sig om kvaliteten eller enhetligheten i en viss produktlinje – samtidigt som tillverkaren inte har tillräckliga ekonomiska resurser för att kunna ersätta de uppkomna skadorna. Att inkludera licensgivaren i ansvarskretsen framstår i denna hypotetiska situation som lockande. Att på så sätt tillföra en resursstark aktör skulle ge bättre möjlighet till kostnadstäckning, vilket skulle tjäna lagens syfte och försäkra att konsumentens skydd inte blir illusoriskt.¹⁷⁸ Ett visst stöd för detta kan även fås i ett rättviseargument: licensgivaren lägger fram riktlinjer för licenstagaren med syfte att främja sitt varumärke, och är den som gör den största vinsten när varumärkets värde ökar.¹⁷⁹ Kanske borde licensgivaren i sådana fall även dela den risk som verksamheten ger upphov till (och därmed öka möjligheten till fullständig internalisering av verksamhetens kostnader, vilket ger samhällsekonomiska vinster¹⁸⁰). Ett annat argument för detta synsätt skulle kunna vara att en viss preventiv effekt kan uppnås. Om licensgivaren inkluderas i ansvarskretsen skulle denne, på grund av den direkta kopplingen till det egna företagets ekonomi, förmås ta förestående projekts eventuella säkerhetsrisker i större beaktande.

Att ålägga licensgivaren ansvar ligger även i linje med den varumärkesrättsliga garantifunktionen, eftersom licensgivaren på detta sätt ställs som garant för varumärket och kvaliteten hos produkten i fråga. I

¹⁷⁸ HD har, avseende sänkt beviskrav för svårutredda orsakssamband, sagt sig vara angelägen om att den skadelidandes möjlighet till skadestånd inte får bli illusorisk. Se NJA 1981 s 622, NJA 1982 s 421.

¹⁷⁹ Jämför Plogell, s 82.

¹⁸⁰ Se vidare Dahlman et al, s 113 ff.

konsumentens perspektiv är det ”en avgörande fördel /.../ att kunna hålla sig till och lita på den ursprungsmärkning som produkten är försedd med”¹⁸¹ (och konsumenten kan sägas ha valt att betala ett högre pris för att få den garanti som ett känt varumärke ger). Detta måhända principiellt viktiga argument är dock inte av samma vikt i praktiken om produkten i fråga är märkt med tydliga uppgifter om att den är tillverkad på licens och licenstagaren står namngiven, eftersom den skadelidande då är informerad och kan vända sig direkt till licenstagaren.

Något stöd i praxis finns inte för den typ av resonemang som förts ovan. Frågan behandlas inte heller i förarbetena, vilket Plogell menar är en anledning till att bedöma spörsmålet en aning försiktigt.¹⁸² Det skulle därför kunna hävdas att licensgivaren ligger utanför PAL:s ansvarskrets och att tolkningar som resulterar i det motsatta skulle medföra en orimlig riskfördelning; att strikt ansvar enligt PAL skulle vara alltför obilligt för licensgivaren med tanke på att denne varken har möjlighet att förutse eller undanröja risken för säkerhetsbrister. Licensgivaren bär redan (merparten av) risken för den badwill som varumärket kan drabbas av. Ett utökat ansvar i enlighet med PAL skulle därmed kunna sägas vara oöverblickbart och samhällsekonomiskt ineffektivt, eftersom det skulle missgynna marknaden (och påverka värderingen av immaterialrätter), skapa osäkerhet och medföra ökade kostnader. Dessa ökade kostnader – exempelvis på grund av att en utökad ansvarskrets medför att produktionen måste försäkras i flera led – drabbar i sista hand konsumenten i form av ökade priser. Sådan är dock redan situationen avseende tillverkaransvaret, som åligger både tillverkaren och dennes underleverantörer. Dessutom står möjligheten till regress redan tillverkarkretsen till buds. Det finns heller inget som hindrar parterna från att genom avtal reglera den slutliga ansvarsfördelningen inbördes, eftersom 5 § PAL endast utesluter avtal som syftar till att begränsa den skadelidandes rätt.¹⁸³

¹⁸¹ Prop 1990/91:197, s 51.

¹⁸² Plogell, s 81.

¹⁸³ Prop 1990/91:197, s 111.

6 Kvalitet och konkurrens

Förhållandet mellan immaterialrätt och konkurrensrätt är inte okomplicerat. En immaterialrätt innehar i konkurrensrättsligt hänseende en särställning såtillvida att den utgör en legal ensamrätt och därmed de facto ger innehavaren ett monopol på en viss vara. Trots denna grundläggande motsättning, kan dock de två rättsområdena sägas komplettera varandra. Konkurrensrätten tjänar primärt ett samhällsekonomiskt syfte genom att eftersträva ökad effektivitet på marknaden, men avser även att gynna konsumentkollektivet genom att pressa priser och säkra ett stort utbud av varor.¹⁸⁴ Den immaterialrättsliga regleringen är gynnsam för konkurrensen på flera sätt. Ett centralt syfte är att främja utveckling och innovation. Immaterialrätter höjer på kort sikt priserna, och utgör en begränsning för såväl konkurrenter som konsumenter att utnyttja en viss vara, men säkrar på längre sikt ett rikt utbud, eftersom det ekonomiska incitamentet gör det möjligt och eftersträvansvärt att skapa nya skyddsvärda produkter. Effektiva immaterialrättsliga regler ger dessutom företag ett investeringskydd, och medför i det långa loppet bättre priser i konsumentledet, på grund av möjligheten att stoppa intrång och illojal användning.¹⁸⁵

6.1.1 Varumärket

Varumärken kan på grund av sin ställning som legal ensamrätt sägas ha ett inneboende hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster som fastslås i RomF artikel 28. I artikel 30 görs dock undantag för sådant som är motiverat på grund av nationella regler till skydd för kommersiell och industriell äganderätt. För att göra avvägningen om när undantag från rörelsefriheten är motiverade har EG-domstolen utarbetat praxis om vilka

¹⁸⁴ KL:s uttalade syfte är att främja effektiv konkurrens. Konsumentintresset är dock en positiv bieffekt som ofta betonas. Se prop 1992/93:56 s 66.

¹⁸⁵ Koktvedgaard / Levin, s 23 f , Austin / Rickett, s 269 ff.

åtgärder som kan vara nödvändiga för att skydda olika immaterialrätters specifika föremål (specific subject-matter).¹⁸⁶

Rörande varumärken definierades i Hag II-målet¹⁸⁷ det specifika föremålet som innehavarens rätt att för första gången sätta varumärket på marknaden inom ett givet territorium. Därmed skyddas varumärket mot konkurrenters illojala användning, eftersom sådan användning kan skada varumärkets ställning och anseende. För att närmare precisera det specifika föremålet säger domstolen att hänsyn bör tas till varumärkets väsentliga funktion (essential function). Med hänvisning till tidigare praxis sägs denna funktion bestå av den ursprungsgaranti varumärket ger, som gör det möjligt för konsumenten att utan risk för förväxling särskilja den aktuella produkten från andra.¹⁸⁸ Domstolen påpekar även i detta sammanhang att varumärkesrätten utgör ett ”väsentligt inslag i det system med sund konkurrens som fördraget syftar till att införa och upprätthålla”.¹⁸⁹ Utan en möjlighet för innehavaren att stoppa produkter som saluförs under ett varumärke som är förväxlingsbart med innehavarens eget, skulle dessa väsentliga funktioner hos varumärket undergrävas.

Reglerna om konsumtion innebär att innehavaren inte kan utnyttja varumärkesrätten för att förhindra import av varor med ett förväxlingsbart varumärke, förutsatt att dessa varor satts på den gemensamma marknaden av varumärkeshavaren själv, eller med dennes samtycke.¹⁹⁰ Principen om EU-vid konsumtion fastslogs första gången i målet Sterling Drug.¹⁹¹ Domstolen påtalade vikten av att innehavaren kan kontrollera kvaliteten hos de

¹⁸⁶ Levin, s 244-245.

¹⁸⁷ Mål C-10/89 Hag II.

¹⁸⁸ Se mål 102/77 Hoffmann-La Roche och från senare datum även C-349/95 Loendersloot och C-108 och 109/97 Chiemsee. Den grundläggande garantifunktionen kom senare att kodifieras i varumärkesdirektivet 89/104/EEG.

¹⁸⁹ Mål C-10/89 Hag II, svensk specialutgåva volym 10, s 521, punkt 13. Se även C-299/99 Philips.

¹⁹⁰ Levin, s 223. Se även mål 24/67 Parke Davis.

¹⁹¹ Mål 16/74 Sterling Drug.

produkter som tillverkas och säljs under dennes varumärke.¹⁹² Behovet av kvalitetskontroll får dock vägas mot principen om fri rörlighet, och en viktig inskränkning har därmed gjorts.

I RomF artikel 222 fastslås att EG-rätten inte i något hänseende ska ingripa i de nationella reglerna om äganderätt. Med detta avses endast *existensen* av olika typer av rättigheter, och *utövandet* av en varumärkesrätt kan därför, trots denna regel, underkastas gemenskapsrättsliga regler om konkurrens. RomF artikel 81 och 82 stadgar om förbud mot konkurrensbegränsande avtal respektive missbruk av dominerande ställning.

Den svenska KL är utformad med fördragsreglerna som förebild, och någon skillnad i sak är inte avsedd. En tillnärmning av de två lagkomplexen förutspåddes i förarbetena, och så har också skett. Konkurrensverket avstår i dagsläget i allt fler fall från att utfärda föreskrifter, utan hänvisar istället direkt till kommissionens beslut. I förarbetena sägs uttryckligen att EG-rättslig praxis utgör tolkningsunderlag för den nationella rätten, även om rent faktiska förhållanden på nationell nivå kan påkalla en annan bedömning än den som gjorts av EG-domstolen.¹⁹³ Den integrationstanke som utgör ett grundläggande syfte bakom EG-rätten saknas också i svensk rätt, vilket kan medföra att en nationell domstol gör en annan värdering av omständigheterna i ett enskilt fall. EG-rätten påverkar fortlöpande den nationella rätten, i takt med att konkurrensrätten utmejslas och klarläggs. Praxis från EG-domstolen är dock inte per automatik tillämplig på nationell nivå, och den hänsyn domstolen tar till specifika nationella omständigheter bör därför inte förbises.

6.1.2 Marknaden

Marknadsbegreppet är centralt för såväl 6 § som 19 § KL (motsvarande artikel 81 respektive artikel 82). Den relevanta marknaden definieras genom en bedömning av produktmarknaden och den geografiska marknaden.

¹⁹² Mål 9/93 Ideal Standard.

¹⁹³ Prop 1992/93:56 s 21.

Avgörande för fastställandet av en produktmarknad är utbytbart. Varor som för konsumenten kan substituera varandra anses konkurrera på samma marknad. Som vägledning i denna prövning kan ett test av varornas så kallade korspriselasticitet genomföras. Att en liten ökning av priset på en viss vara medför en väsentlig överströmning av kunder till en annan vara indikerar att varorna är utbytbara.¹⁹⁴ Den geografiska marknaden består av ett område med relativt enhetliga konkurrensvillkor, och kan vid tillämpning av KL som mest omfatta hela Sverige. (Avseende de EG-rättsliga reglerna omfattas maximalt hela gemenskapen.) I bedömningen av den geografiska marknaden beaktas särskilt omständigheter rörande distribution och transport (såsom avstånd, kostnader och varans transportkänslighet) samt den presumtiva kundkretsen. Eventuella handelshinder och vilka andra företag som verkar i det aktuella området har också relevans.¹⁹⁵

Vad gäller den relevanta marknaden fungerar varumärken något annorlunda än till exempel patenterade och upphovsrättsligt skyddade produkter. Även om det teoretiskt sett skulle vara möjligt att konstruera en marknad för varumärkeslicenser som sådana – till exempel genom att beakta det eller de varuslag kännetecknet är registrerat eller inarbetat för inom ett givet territorium, och det prispåslag varumärket skulle möjliggöra för en viss kategori av produkter – så har varumärken sällan en så central roll i bedömningen av den relevanta marknaden. Till skillnad från exempelvis en produkt som skyddas av patent, är varumärket något som anbringas på en vara, snarare än varan i sig. Sannolikheten för att den relevanta marknaden bedöms snävt är alltså större för en patentskyddad produkt än för en märkesvara. Tvärtom tjänar ju varumärken ett av sina viktigaste syften genom att särskilja varan i en situation där risken för förväxling är stor, det vill säga i konkurrens med likartade produkter. Detta innebär att diskussionen om immateriella rättigheter som grund för en snäv bedömning av produktmarknaden endast delvis är tillämplig på varumärken.

¹⁹⁴ Denna metod, kallad SSNIP-test, användes till exempel av domstolen i mål 6/72, Continental Can.

¹⁹⁵ SOU 1991: 59, s 89 f samt Wetter et al, Konkurrensrätt, s 130 f.

Ensamrätter är dock endast en av flera faktorer som inverkar på bedömningen av den relevanta marknaden, och EG-domstolens praxis¹⁹⁶ visar att marknaden ofta definieras snävt även på andra grunder. Ett starkt varumärke kan ge upphov till konkurrensbegränsande avtal, förhöja effekten av andra avtals påverkan på konkurrenssituationen, bidra till en dominerande ställning eller utgöra ett medel för missbruk av densamma. Varumärkets inverkan blir mer kännbar om marknaden bedöms snävt, oavsett skälen för denna bedömning.

Befintliga licensavtal är en faktor att beakta när den potentiella konkurrensen på en viss marknad ska bedömas, eftersom behovet av att erhålla en viss licens i realiteten kan utgöra ett inträdeshinder.¹⁹⁷ Detta är särskilt aktuellt vad gäller patentskyddade produkter och de eventuella varumärken som är kopplade till dessa varor. Dock skulle även rena varumärkesrättsliga licenser kunna spela en roll i dessa sammanhang. Troligtvis gäller detta främst på marknader där kundkretsen är lojal och ogärna frångår varor befästa med det eller de varumärken man känner sedan tidigare. Eventuellt skulle även exempelvis märken som används av flera företag (skapade som gemensamma märken, genom licensiering mellan användare, eller på licens från en utomstående aktör) och som inom kundkretsen uppfattas som något av en certifiering (exempelvis Krav, Svanen eller Bra Miljöval¹⁹⁸) kunna utgöra ett inträdeshinder om kriterierna för att få använda dessa märken inte är konkurrensmässigt acceptabla och situationen är sådan att det är svårt att verka på marknaden utan att kunna visa upp denna märkning.

¹⁹⁶ Se till exempel 27/76 United Brands, 322/81 Michelin, 86/82 Hasselblad och C-179/90 Porto di Genoa.

¹⁹⁷ Austin / Rickett, s 304-305 samt vidare Melin, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s 91 ff, om inträdesbarriärer.

¹⁹⁸ Vid Konkurrensverkets prövning fanns dock Bra Miljöval, ett samarbetsmärke skapat av Naturskyddsföreningen tillsammans med ICA, KF och Dagab, inte begränsa konkurrensen. Se Dnr 1391/94 Svenska Naturskyddsföreningen.

6.1.3 Avtalet

Det konkurrensrättsliga avtalsbegreppet är vidsträckt, och något krav på att ett juridiskt bindande avtal upprättats föreligger därför inte. Avtalskriteriet utgör dock sällan i praktiken något problem när det handlar om varumärkeslicenser. Licensavtal är inte formbundna enligt svensk rätt, men upprättas vanligtvis skriftligen.¹⁹⁹ Även företagsrekvisitet tolkas extensivt och avtalets parter omfattas så länge de sysslar med ekonomisk verksamhet. Något vinstintresse behöver inte föreligga, och därmed kan även ideella organisationer träffa konkurrensbegränsande avtal i lagens mening.

I förarbetena till den svenska KL berörs bedömningen av immaterialrättsliga avtal helt kortfattat. Det sägs att vid en konkurrensrättslig prövning av ett avtal som reglerar immateriella rättigheter ska en avvägning göras mellan avtalets positiva verkningar och de negativa effekter avtalet kan ha på konkurrensen. I denna bedömning ska beaktas att något avtal kanske inte skulle komma till stånd om inte en viss konkurrensmässig eftergift görs. Eftersom immaterialrätterna även har egenskaper som är gynnsamma för konkurrensen skulle en alltför sträng bedömning i detta hänseende kunna verka menligt på konkurrensen i stort. Vidare sägs att prövningen ytterst får göras med utgångspunkt i de olika regelverkens respektive syften.²⁰⁰

Vid en konkurrensrättslig bedömning av ett avtal är inte parternas inställning avgörande, utan en objektiv prövning av avtalets syfte ska istället göras. Avtalets lydelse skulle dock eventuellt kunna få indirekt betydelse, till exempel när konkurrenstrycket på en viss marknad ska kartläggas eller för bedömningen av huruvida en ekonomisk enhet ska anses föreligga.

I fallet Hoffmann-La Roche²⁰¹ fastslogs att ett och samma avtal kan utgöra grund för ingripande i enlighet med artikel 81 såväl som artikel 82. Ett

¹⁹⁹ Kocktvedgaard / Levin, s 433.

²⁰⁰ Prop 1992/93: 56, s 71.

²⁰¹ Mål 85/76 Hoffmann-La Roche.

licenssamarbete kan alltså grunda sig på ett konkurrensbegränsande avtal, och samtidigt utgöra missbruk av dominerande ställning. De två företagen kan också på grund av samarbetet utgöra en ekonomisk enhet som är innehavare av en dominerande ställning som kan missbrukas gentemot marknadens övriga aktörer.

6.2 Konkurrensbegränsande avtal

I konkurrensrättsligt hänseende är licensieringen som sådan konkurrensfrämjande, eftersom den innebär att varumärkeshavaren avstår en del av sin ensamrätt till förmån för en annan aktör på marknaden.²⁰² Denna konkurrensmässiga fördel kan dock uppvägas av eventuella konkurrensbegränsande klausuler som avtalet innehåller, vilket leder till att licensieringen istället blir en belastning för konkurrenssituationen på den marknad där parterna verkar.

I Romfördragets artikel 81, respektive 6 § KL, stadgas om förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Artikelns första del, 81.1, fastslår ett generellt förbud mot alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar eller samordnade förfaranden som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden.²⁰³ Därpå följer en lista på former av samarbeten som är att anse som konkurrensbegränsande. Denna uppräknig är endast exemplifierande och därmed inte att betrakta som uttömmande. I artikel 81.2 (7 § KL) fastslås att ett avtal, eller del därav, som strider mot artikel 81.1 är att betrakta som ogiltigt. Kan ett avtal kvarstå utan den klausul som bedömts vara otillåten, finns det alltså inget hinder mot detta.

Det EG-rättsliga samhandelsrekvisitet²⁰⁴ kan vara uppfyllt även om avtalet är verksamt inom en medlemsstat, och parterna kommer från staten ifråga,

²⁰² Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, s 50.

²⁰³ Angående definitionerna av avtal, företag och marknad, se ovan.

²⁰⁴ Samhandelsrekvisitet saknar av naturliga skäl motsvarighet i den nationella rätten.

eftersom rekvisitet tolkas extensivt och är uppfyllt om påverkan sker ”direkt, indirekt, faktiskt eller potentiellt”²⁰⁵. Ett nationellt begränsat licensavtal kan påverka handeln mellan medlemsstaterna till exempel genom att försvåra utländska konkurrenters etablering på den aktuella marknaden.

Varumärkeslicensavtal kan utgöra konkurrensbegränsande avtal i det hänseende som avses i RomF artikel 81.1 respektive 6 § KL. I mål 54 och 56/64 Consten och Grundig uttalade domstolen angående varumärket GINT att EG-rätten tillåter nationell varumärkeslagstiftning, men att ensamrätten inte får utnyttjas som ett konkurrensbegränsande verktyg. Vidare framgick det att den konkurrensrättsliga bedömningen måste göras i det enskilda fallet, och att hänsyn ska tas till marknadsstrukturen och den föreliggande situationen i sin helhet. Domstolen ansåg till exempel att hela det av Grundig uppbyggda distributionssystemet var relevant, och även avtal med andra återförsäljare beaktades, eftersom dessa kontrakt bildade ett ramverk som förstärkte det aktuella avtalets verkningar. Att licensiera ut ett varumärke till skilda företag i olika medlemsstater på ett sådant sätt att marknaderna avskärmas och artificiella handelshinder återupprättas längs med nationsgränserna är oförenligt med gemenskapens strävan efter fri rörlighet, och otillåtet enligt artikel 81. I det så kallade Windsurfingmålet²⁰⁶ fastslogs även att en klausul som får menlig effekt på licenstagarens konkurrenskraft – i detta fall ett stadgande avsett att förhindra degeneration av varumärket – kan träffas av artikel 81. Varumärken, som innehar särställning i och med att de i princip kan vara för evigt, får inte heller användas för att förlänga verksamhetstiden för patent eller andra immaterialrätter.²⁰⁷

I artikel 81.3 (8 § KL) ges möjlighet till undantag från huvudregeln i 81.1. Efter en modernisering av konkurrensrätten är undantagsreglerna generella och direkt tillämpliga. Företagen får därmed själva bedöma om ett avtal

²⁰⁵ Mål 54 och 56/64 Consten och Grundig.

²⁰⁶ Mål 183/83 Windsurfing.

²⁰⁷ Levin, s 247.

omfattas av undantaget och eventuell domstolsprövning sker först i efterhand. Prövningen enligt 81.3 sker i fyra steg. Dessa kriterier kan formuleras som fyra frågor:

1. Bidrar avtalet till att främja produktionen eller distributionen av varor eller gynna tekniskt eller ekonomiskt framsteg?
2. Tillfaller en skälig del av den uppnådda vinsten konsumenterna?
3. Åläggs företagen begränsningar som är mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål?
4. Möjliggör avtalet att företagen sätter konkurrensen ur spel på en väsentlig del av den relevanta marknaden?

De två första frågorna ska kunna besvaras jakande, och de andra två nekande. Undantagets rekvisit är kumulativa, och endast om samtliga fyra moment kan besvaras tillfredsställande kan undantag därför komma ifråga.²⁰⁸

Prövningen inleds med att avtalet utesluts falla under någon av de gällande gruppundantagsförordningarna (8a § KL). Gruppundantagsförordningarna för vertikala avtal (SFS 2000:1193) och avtal om tekniköverföring (SFS 2004:1073) kan omfatta varumärken som sekundära licensieringsobjekt, det vill säga om varumärket ingår som en mindre del i exempelvis ett franchise- eller patentlicensavtal.²⁰⁹ Någon gruppundantagsförordning som är tillämplig på rena varumärkeslicenser finns inte.²¹⁰ Det utesluter dock inte att gruppundantagsförordningarna kan användas som vägledning för att bedöma olika typer av avtalsklausulers konkurrensrättsliga status.²¹¹ Sedan undersöks om avtalet innehåller några klausuler som regelmässigt leder till en uppdelning av den relevanta marknaden. Här inkluderas till exempel specifika villkor som begränsar konkurrensen mellan parterna, och regler som förbjuder licenstagaren att bedriva passiv försäljning till kunder utanför det angivna territoriet. Innehåller avtalet dylika moment anses ett positivt

²⁰⁸ Berger / Starfelt, s 15.

²⁰⁹ Se exempelvis gruppundantaget för vertikala avtal, art 2.3.

²¹⁰ Svensson, s 22.

²¹¹ Bernitz et al, s 300, Svensson, s 23 f.

utfall i enlighet med fråga 1 i praktiken uteslutet. Härefter görs en uppskattning av avtalets syfte och resultat, och ett balanstest genomförs. Detta innebär att avtalets för- och nackdelar ställs emot varandra. Om slutsatsen blir att konkurrensen skulle ha bättre förutsättningar för att frodas utan det aktuella avtalet medges inget undantag. Först därefter genomförs en bedömning i enlighet med de fyra frågeställningarna.²¹²

Kvalitetssäkringsklausuler anses som huvudregel vara motiverade i licensieringssammanhang, och utesluter alltså inte undantag enligt 81.3. Dock skulle en kvalitetssäkringsklausul kunna leda till ett jakande svar på fråga tre och fyra, om den är att betrakta som alltför långtgående, och därmed utgör en otillåten begränsning av licenstagarens konkurrenskraft.²¹³

Ytterligare en möjlighet till undantag från artikel 81.1 ges genom det så kallade bagatellundantaget. I och med denna regel uppställs ett krav på att ett avtal ska ha en märkbar effekt på konkurrensen på den relevanta marknaden. Om företagen inte uppnår de tröskelvärden avseende omsättning och marknadsandelar som fastställts av kommissionen anses samarbetet som huvudregel vara bagatellartat.²¹⁴ Utöver denna kvantitativa bedömning ska en kvalitativ prövning göras. Den kvalitativa prövningen medför att avtal mellan företag som överstiger tröskelvärdena ändå kan undantas från artikel 81 om konkurrensbegränsningen anses vara assessorisk, det vill säga objektivt sett nödvändig för genomförandet av avtalet, nödvändig på grund av den kommersiella risk företagen är i begrepp att ta eller annars kan rättfärdigas på objektiva grunder.²¹⁵

Märkbarhetskravet utvecklades i EG-domstolens praxis²¹⁶, och uttrycks

²¹² Berger / Starfelt, s 16.

²¹³ Se vidare mål 183/83, Windsurfing.

²¹⁴ Vissa typer av samarbeten anses dock vara särskilt skadliga för konkurrensen, och tillåts inte oavsett aktörernas storlek.

²¹⁵ Undantag kan medges för till exempel selektiva distributionssystem (mål 26/76 Metro I), exklusivitetsklausuler (mål 258/78 Nungesser) och konkurrensklausuler i franchisingavtal (mål 161/84 Pronuptia). Se vidare gruppundantaget för vertikala avtal, som omfattar varumärken under förutsättning att varumärkeslicensieringen inte är avtalets primära syfte.

²¹⁶ Se till exempel mål 5/69 Völk.

alltså inte direkt i artikel 81. I svensk rätt har rekvisitet kodifierats, och ett uttalat krav på märkbarhet återfinns numera i 6 § KL.²¹⁷

En aspekt av avtalet som kan visa sig särskilt intressant i konkurrensrättsligt hänseende är utformningen av dess kontrollklausuler. Med detta menas de rättigheter licensgivaren har att till exempel besöka licenstagarens verksamhetsställen, göra stickprovskontroller för att försäkra sig om kvaliteten hos licenstagarens produktion och begära ut information om företaget. Licensgivarens möjligheter att genomföra kontroller kan i vissa fall utgöra en reell möjlighet att utöva stort inflytande över licenstagarens verksamhet. Så till exempel om licensgivaren i avtalet givits vidsträckt möjlighet att stoppa produktion av kvalitetsmässigt undermåliga varor, eller om licensgivarens rätt att utöva insyn är formulerad så att denne kan uppställa nya krav i efterhand eller få ut stora mängder material från licenstagaren, och på så sätt överhopa denne med arbete. Avtalets stadganden om företagshemligheter och sekretess skulle också kunna spela in. Ett otillräckligt skydd i detta hänseende skulle göra licenstagaren mycket sårbar gentemot en licensgivare med omfattande kontrollbefogenheter. En avvägning får här göras mellan licensgivarens berättigade behov av insyn, och de krav som uppställs inom konkurrensrätten. Kombinerat med långtgående krav på lojalitetsplikt, och andra omständigheter som binder aktörerna tätt samman, skulle avtalets kontrollfunktioner kunna bidra till att någon egentlig konkurrens företagen emellan inte är möjlig, att en ekonomisk enhet föreligger, eller att licensgivaren missbrukar en eventuell dominerande ställning.

6.3 Missbruk av dominerande ställning

Artikel 82, respektive 19 § KL, riktar sig mot ett företags ensidiga handlande. För att regeln ska bli tillämplig måste företaget i fråga vara innehavare av en dominerande ställning på den aktuella marknaden. Dominerande ställning har av EG-domstolen definierats som en ekonomisk

²¹⁷ Se vidare KKVFS 2004:1.

styrka som gör det möjligt för företaget att förhindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, eftersom företaget i avsevärd utsträckning kan agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och i sista hand konsumentkollektivet.²¹⁸ Ett företag som innehar en dominerande ställning har ett särskilt ansvar för att dess handlande på den gemensamma marknaden inte inverkar menligt på den befintliga konkurrensen.²¹⁹

Immateriella rättigheter kan bidra till att skapa en dominerande ställning i de fall där inte enbart företagens marknadsandelar²²⁰ medför att marknadsdominans föreligger.²²¹ Så var till exempel fallet i Huginmålet, där en immateriell rättighet var en faktor som styrkte att företaget var innehavare av en dominerande ställning på den aktuella marknaden. Även ett företags beteende på marknaden kan antyda dominans. I fallet United Brands²²² vägdes till exempel de höga priser som togs ut av företaget in i bedömningen. Att kundkretsen ansåg att United Brands varumärke Chiquita signalerade om hög kvalitet, och var beredd att betala 30-40 % högre priser för bananer som marknadsfördes under detta märke, ansågs vara en indikation på dominans.

Ytterligare omständigheter som kan spela in i bedömningen av eventuell dominans är exempelvis finansiell styrka, konkurrenternas marknadsandelar, eventuella kunskapsmässiga eller teknologiska övertag och potentiell konkurrens.²²³ Solida licenssamarbeten kan öka varumärkets värde, och på så sätt bidra till såväl licensgivarens som licenstagarens finansiella styrka. Starka varumärken ger också fördel framför konkurrenterna på marknader

²¹⁸ Definitionen formulerades i mål 85/76 Hoffmann-La Roche, och har sedan dess åberopats i en rad avgöranden.

²¹⁹ Mål 322/81 Michelin.

²²⁰ Se till exempel mål C-62/86 Akzo III.

²²¹ Bernitz, Den svenska konkurrenslagen, s 57.

²²² Mål 27/76 United Brands

²²³ Mål 22/78 Hugin. Se även mål 238/87 Volvo.

där kundkretsen är lojal. Licenser kan därmed försvåra marknadstillträde, och på så sätt minimera den potentiella konkurrensen.²²⁴

Med inspiration från den amerikanska rätten har begreppet gemensam dominans fått visst fotfäste i Europa. Med gemensam dominans menas att flera större företag som agerar fristående tillsammans erhåller en dominerande ställning. På så sätt kan till exempel oligopol träffas av artikel 82. Kommissionen har använt begreppet gemensam dominans i vissa bedömningar av koncentrationer, och förstainstansrätten talade i målet *Italian Flat Glass*²²⁵ om att företag kan vara förbundna med sådana ekonomiska band ("economic links") att de tillsammans skapar en dominerande ställning. Eventuellt skulle en varumärkeslicens kunna utgöra ett sådant ekonomiskt band. Konstruktionen har dock kritiserats i doktrinen, och inget egentligt stöd finns hittills i EG-domstolens praxis för att gemensam dominans skulle kunna grunda en dominerande ställning i lagens mening.²²⁶

Exploaterande missbruk föreligger om ett företag utövar sitt marknadsinflytande, såsom genom överprissättning av varumärkeslicenser eller genom att påtvinga sin motpart för långtgående kvalitetssäkrings- eller kontrollklausuler. Exkluderande missbruk består i konkurrensbegränsande åtgärder och upprättande av artificiella inträdeshinder. Typexempel är underprissättning och leveransvägran.²²⁷ Till exkluderande missbruk kan även räknas repressalier och "inlåsnings" i form av trohetsrabatter²²⁸ och exklusivitetsförpliktelser. Missbruk kan även vara strukturellt, det vill säga missbruk som "på ett avgörande sätt påverkar marknadsstrukturen på

²²⁴ Problematiken kring teknologiska övertag och licensobjekt som betraktas som en oumbärlig resurs ("essential facility") aktualiseras främst av patent och andra immaterialrätter. Se nedan angående *Magill-fallet*.

²²⁵ Mål T-66 och 77-78/89 *Italian Flat Glass*.

²²⁶ Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, s 57 f.

²²⁷ Se till exempel mål 27/76 *United Brands*.

²²⁸ Se till exempel målen 85/76 *Hoffmann-La Roche* och 322/81 *Michelin*.

utbudssidan”.²²⁹ Förvärv av en exklusiv licens kan enligt praxis påverka marknadsstrukturen på ett sådant sätt att missbruk anses föreligga.²³⁰

Innehav av en immateriell rättighet är en form av monopol. Den exklusivitet som en immateriell rätt ger sin innehavare är dock ej att jämföras med dominans såsom den definieras i artikel 82.²³¹ Man måste här skilja det legala monopolet från ett ekonomiskt sådant. Varumärken och andra immateriella rättigheter ger vanligen endast en negativ rätt. Den negativa rätten – att hindra andra från att utnyttja det som skyddet omfattar – bör ej förväxlas med en positiv rätt, det vill säga rätten att själv utnyttja objektet. Det är utnyttjadet som kan medföra att ett företag anses ha missbrukat sin dominerande ställning, och inte innehavet som sådant. Av denna anledning kan ett företag som huvudregel inte heller tvingas att licensiera ut en immaterialrätt.²³² Regeln är dock inte utan undantag, och i fallet Magill²³³ ansågs en vägran att licensiera ut upphovsskyddade sammanställningar i form av tv-tablåer utgöra missbruk. Domstolen påpekade dock att ”exceptionella omständigheter” rådde i detta fall. Det är svårt att konstruera en situation där ett varumärke skulle kunna bli föremål för ett ingripande på denna grund. I det ovan nämnda fallet utgjorde tv-tablåerna en förutsättning för att Magill skulle kunna bedriva sin verksamhet. Att föra en framgångsrik argumentation rörande ett varumärke i linje med den praxis som finns kring oumbärliga resurser eller liknande framstår som svårt, och en situation som motsvarar de exceptionella omständigheter som förelåg i Magill-målet uppkommer därför knappast avseende ett varumärke.²³⁴

²²⁹ Eklöf, s 122 f.

²³⁰ Mål 6/72 Continental Can samt målen T-83/91 och C-333/94 P Tetra Pak.

²³¹ Mål 78/70 Deutsche Grammophon.

²³² Se till exempel mål 238/87 Volvo.

²³³ Mål C-241 och 242/91 Magill.

²³⁴ Jämför exempelvis Kommissionens prövning av Vickers/Rolls Royce som behandlade den eventuella konkurrensbegränsningen hos en klausul som gav licensgivaren rätt att säga upp avtalet om licenstagaren övertogs av en ägare utanför Storbritannien. Vickers argumenterade här för att förvärvandet av en varumärkeslicens för ett redan etablerat märke (Rolls Royce) var enda sättet att etablera sig på marknaden för lyxbilar i Storbritannien. På

Ett sätt att kvalitetsmässigt skydda ett varumärke i en licensieringssituation är att binda licenstagaren genom så kallade tie in-klausuler. Tie in innebär att licensgivaren förbinder licenstagaren att till exempel använda sig av särskilda underleverantörer, eller föreskriver att licenstagaren ska köpa in sitt material från licensgivaren själv. På så sätt förbehåller sig licensgivaren en betydligt större kontroll över licenstagarens produktion och kan på ett direkt sätt bibehålla enhetlighet och kvalitet över hela den produktlinje som marknadsförs under varumärket. Klausuler av detta slag är dock konkurrensbegränsande till sin natur. EU-kommissionen har en restriktiv syn på tie in-klausuler.²³⁵ Om det är absolut nödvändigt för att kvaliteten ska bli den avsedda hos produkter som tillverkas med stöd av licensen torde det dock falla utanför tillämpningen av artikel 81.1.²³⁶ Medan tie ins kan vara motiverade av licensgivarens legitima intresse av kvalitetssäkring så är de så kallade *äkta* kopplingsförbehållen det inte. Sådana klausuler förbinder licenstagaren att utöver det huvudsakliga avtalsföremålet köpa och/eller marknadsföra ytterligare produkter utan att det föreligger några objektivt sett godtagbara skäl för förbindelsen mellan produkterna.²³⁷ Otillåtna kopplingsförbehåll är åtkomliga i enlighet med 81.1 e och 82 d som motsvaras av 6 § 5 p och 19 § 4 p KL.

grund av bristande bevisning fick denna linje dock ej gehör hos kommissionen. Fallet lades sedan ner efter att varumärket bytt ägare. Se Konkurrensrapporten 1998, s 168 f.

²³⁵ Se exempelvis mål 183/83, Windsurfing.

²³⁶ Svensson, s 27 ff, mål (1978) O J L 77/69 Campari, mål (1979) O J L 19/32 Vaessen ./.
Morris.

²³⁷ Nordell, Konkurrens teori och konkurrensbegränsning, s 40 f, mål 53/92 Hilti.

7 Slutord

Varumärkeslicenser ingår i så många skilda sammanhang och fyller så olika funktioner att generella uttalanden om varumärkeslicensieringens betydelse i dagens samhälle knappast låter sig göras.²³⁸ Licensiering utgör en möjlighet för ägaren av ett varumärke att kapitalisera på sin tillgång och att utnyttja sin rätt fullt ut. Genom licensiering kan varumärkets image stärkas, det kan nå marknader och kundgrupper som annars hade varit utom räckhåll och företag kan i ett licensieringssamarbete dra ömsesidig nytta av det förtroendekapital som varumärket representerar. Licensiering innebär dock en ökad riskexponering, och ett framgångsrikt licensieringssamarbete förutsätter att parternas målsättningar är kompatibla och att de inblandade produkternas associationsmönster i grunden är samstämmiga. Kvalitetssäkring kan antas vara en mycket betydelsefull faktor i detta sammanhang eftersom den värnar om den garantifunktion som är så central för varumärkets värde. Kvalitetssäkringen utgör därmed en grundsten i en framgångsrik varumärkeslicensiering, för avtalets parter såväl som för konsumenterna.

Även om det i den stora majoriteten av fallen kan antas att licensgivaren och licenstagaren har ett gemensamt intresse av att främja varumärkets värde kan det finnas tillfällen där licenstagaren kan tänkas sänka kvaliteten på sina produkter, med en goodwillförlust som följd. Så kan vara fallet till exempel om licenstagaren i slutet av ett licensförhållande vill exploatera konsumenternas märkespreferens och samtidigt sänka sina tillverkningskostnader. Ett företag kan också tänkas erhålla en exklusiv licens för att ”låsa” märket för att gynna ett eget konkurrerande varumärke.²³⁹ Det kan också tänkas att licenstagaren saknar kompetens eller har problem med att uppnå eller bibehålla kvaliteten i sin produktion,

²³⁸ Pehrson, s 357.

²³⁹ Pehrson, s 74, Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s 82 f.

exempelvis i uppstartningskedet i sin verksamhet. Under sådana omständigheter är en heltäckande kvalitetssäkringsfunktion, kopplad till lämpliga kontrollinstrument, befogenheter och påföljder, en värdefull resurs för licensgivaren.

Även om det ligger nära till hands att anta att kvalitetssäkringsklausulen införts i avtalet på licensgivarens initiativ, fyller den en funktion även för licenstagaren. I och med kvalitetssäkringsfunktionen får licenstagaren en klar bild av licensgivarens krav och förväntningar. På så sätt fyller kvalitetssäkringen en upplysningsfunktion. Att licensgivarens kontrollinstrument tas in i avtalet innebär i viss mån också att de yttre gränserna för dessa befogenheter fastställs. Kvalitetssäkringsklausulen gör på så sätt avtalsförhållandet tryggare och mer överskådligt för båda parter.

7.1 Avtal

Undlátelse att kräva rättelse av kvalitetsbrister, bristande nyttjande av befintliga kontrollinstrument och försummelse att göra gällande påföljder som aktualiserats är exempel på kvalitetsrelaterade eftergifter som skulle kunna resultera i att ett partsbruk blir gällande istället för avtalets lydelse. Det är dock svårt att fastslå vad som krävs för att en praxis ska kunna sägas ha utvecklats mellan parterna, vilken typ av rättighet det ska vara fråga om och hur viktig den nya praxisen måste vara för motparten. Eventuellt kan kulans potentiella risker ändå motivera en uppmaning till försiktighet i avtalsskrivandet, med syfte att undvika införandet av stränga kvalitetssäkrande klausuler som parten i fråga inte har resurser att underhålla, eller i praktiken drar sig för att utnyttja. Detta för att undvika risken att parten senare ska förlora dessa kontrollinstrument på grund av att det vore oskäligt att i strid med partspraxis göra avtalet i dessa delar gällande mot motparten. På så sätt hålls rättsläget mer överskådligt och parterna kan känna sig trygga i att avtalet kommer att utgöra utgångspunkten för domstolens bedömning i en eventuell tvist. Som von Post påpekat är det nog inte allmänt känt inom affärsvärlden att en tillåtande attityd gentemot sina samarbetspartners kan få denna effekt. Därför är det

extra viktigt att påminna om att inte låta eftergifter under samarbetets gång skapa en praxis som man inte är beredd att upprätthålla även i fall denna partspraxis skulle sättas i avtalets ställe genom jämkning.

Den ena partens underlägsna ställning är en omständighet som kan vara relevant för parterna i en licensieringssituation att vara medvetna om och ta i beaktande både när licensen skrivs och i parternas mellanhavanden under avtalets giltighetstid. Som tidigare nämnts kan underlägsen ställning till exempel bidra till att en kvalitetssäkringsklausul (och utövandet av dess kontrollinstrument) kan komma att bedömas som oskälig eller resultera i jämkning som medför att tidigare partspraxis blir gällande mellan parterna. I praktiken är det dock kanske inte alltid så lätt att avgöra om en underlägsen ställning föreligger mellan två parter. Typsituationen får antas vara att licensgivaren är den starkare av de två parterna. Så behöver dock inte alltid vara fallet. Inte heller är det självklart att den rent ekonomiskt starkare parten är att betrakta som innehavare av en relevant maktställning.

Exempelvis bör en licenstagares branschkönnedom, insyn i produktionen av den vara som ska märkas och annan know-how kunna räknas denne till godo i en eventuell bedömning av maktbalansen. På så sätt bör, i alla fall rent teoretiskt, en mindre aktör med ingående branschvana och stor kunskap om den aktuella produktionen (eller andra kunskapsövertag som är relevanta i sammanhanget) kunna betraktas som jämnstark med en ytligt sett dominant motpart. Detta komplicerar naturligtvis situationen och gör det svårt för parterna att på förhand bedöma om underlägsen ställning är en faktor att ta hänsyn till.

Ett råd man med trygghet bör kunna ge en part som står i begrepp att inleda ett licensieringssamarbete är dock att hålla en säkerhetsmarginal gentemot oskälighet i avfattandet av sitt avtal. Detta gäller särskilt för den starkare parten. Att hänvisa till skälighet direkt i avtalet – som ett sätt att vikta parternas ansvar – kan vara ett alternativ, men betyder inte att det är uteslutet att klausulen i fråga skulle kunna bedömas som oskälig av en domstol. Vad som är skäligt måste avgöras från fall till fall, och i slutänden

är det ändå vad parterna har lagt in i begreppet skälighet – och hur de har agerat utifrån stadgandet – som blir avgörande.

36 § AvtL är tillämplig på licensavtal. Det bör dock noteras att generalklausulen nog tjänar sitt syfte främst genom att verka avskräckande och att den sällan tillämpats i praktiken. Detta gäller särskilt i relationer mellan jämbördiga parter. Det får antas att licensgivaren har relativt långtgående befogenheter att tillförsäkra sitt varumärkes goodwill och att en kvalitetssäkringsklausul sannolikt endast i undantagsfall skulle bedömas som oskälig i enlighet med 36 § AvtL.

7.2 Marknadsföring

35 § VmL skulle i teorin kunna fungera som ett hinder mot vilseledande på grund av kvalitetsskillnader, men en sådan utveckling är i praktiken mycket osannolik. I förarbetena nämns även att paragrafens betydelse främst är principiell och att den endast är menad att komma till användning i undantagsfall.²⁴⁰ Kvalitetsskillnader kan istället angripas i enlighet med MFL:s regler om vilseledande. I den mån kvalitetssäkringen förhindrar att kvalitetsskillnader uppstår mellan licensgivarens och licenstagarens produkter fyller MFL en funktion i och med att den motverkar risken för att varumärkets användning skulle betraktas som vilseledande. Kvalitetssäkringen fyller på så sätt en marknadsrättslig funktion parallellt med dess värdekonserverande syfte.

Licensiering ökar risken för både urvattning och degeneration. Vad gäller kvalitetsnivån är det enhetlighet, snarare än hög kvalitet per se, som är avgörande för att minska risken för urvattning. Det är även viktigt att hålla den subjektiva kvalitetens betydelse i minnet, och att utforma en gemensam plan för hur varumärkets kvalitetsimage ska framställas i företagets marknadsföring. Utöver detta är det önskvärt att parterna klargör hur eventuella intrång från utomstående aktörer ska bemötas och att bemötandet

²⁴⁰ SOU 1958:10, s 151, 155, 327.

sker snabbt och konsekvent, för att på så sätt minimera de skador som varumärket åsamkas. Vad gäller degenerationsrisken är denna större när de produkter som licenstagaren märker innehar en unik position på marknaden. Patenterade produkter, innovationer och produkter som av någon annan anledning inte konkurrensutsätts löper störst risk att degenerera. Ett högt uppmärksamhetsvärde (som gör att produkten, och därmed varumärket, omtalas mycket i media och bland konsumenter) kan också utgöra en riskfaktor. Att ge produkten i fråga en godtagbar generisk beteckning, och att konsekvent använda denna i marknadsföring, är en åtgärd som kan vidtas för att förebygga degeneration. Att inte använda förvrängda former av varumärket i tal eller skrift är en annan. Preventiva åtgärder som dessa kan i många fall utgöra billiga försäkringar mot urvattning och degeneration, förlopp som har en negativ inverkan på varumärkets värde och i yttersta fall leder till bortfall av det immaterialrättsliga skyddet.

7.3 Produktansvar

Om, och i så fall under vilka förutsättningar, licensgivaren kan tvingas bära ett skadeståndsansvar i enlighet med PAL är oklart. En helhetsbedömning av situationen är nödvändig, men kanske skulle utformningen av kvalitetssäkringsfunktionen i parternas licensavtal kunna spela in. Så kan vara fallet exempelvis om licensgivaren genom avtalet har tillskansat sig en hög grad av kontroll över licenstagarens produktion, orsakat säkerhetsbristen genom krav som uppställts för att säkerställa någon annan kvalitetsaspekt, föreskrivit en viss leverantör eller själv stått för leveranser av delar av produkten. Kanske skulle det också kunna ligga licensgivaren till last om denne inte på ett tillfredsställande sätt har genomfört de kvalitetskontroller som föreskrivs enligt avtalet, om dessa kontroller kunnat avslöja säkerhetsbristen och licenstagaren förlitat sig till att de utfördes av licensgivaren. Å andra sidan kan det hävdas att licenstagaren trots allt är den som står produktionen närmast och har den kunskap och know-how som krävs för att kunna upptäcka och undanröja dylika säkerhetsbrister, och därför borde ha uppmärksammat licensgivaren på om någon kvalitetssäkrande föreskrift i avtalet kunnat ge upphov till en säkerhetsbrist.

I väntan på klagörande praxis angående licensgivares produktansvar kan en lämplig rekommendation till licensgivare som utövar inflytande över licenstagarens produktion vara att hålla dessa frågeställningar i minne vid utformandet av licensen.²⁴¹ Detta gäller särskilt de kvalitetssäkrande aspekter och kontrollfunktioner som avtalet innehåller, framför allt eventuella tie in-klausuler och kopplingsförbehåll. I fall där rättsläget framstår som oklart, kan det också vara aktuellt att specifikt reglera det slutliga produktansvaret mellan parterna. Föreskrifter om att licenstagaren ska tillse att produkten bär ursprungsuppgift kan också vara en säkerhetsåtgärd väl värd att beakta.²⁴²

7.4 Konkurrens

Varumärkeslagstiftningen bygger på grundidén att de samhällsekonomiska fördelar som investeringsskyddet och varumärkenas transaktionssänkande funktion ger på lång sikt uppväger de kortsiktiga konkurrensnackdelar som ensamrätten kan ge upphov till.

Immaterialrätter ger de facto sin innehavare ett monopol. Detta innebär dock inte att ett varumärke eller annan immaterialrätt per automatik medför vare sig otillåten konkurrensbegränsning, marknadsdominans eller missbruk.

Dock kan ett varumärke och de licenser som kopplats därtill vägas in i samtliga dessa bedömningar. Varumärkeslicenser kan utnyttjas som konkurrenshämmande verktyg, till exempel för att upprätta artificiella handelshinder eller hämma konkurrensen mellan avtalets parter.

Sannolikheten för att varumärket anses vara en tungt vägande faktor i den konkurrensrättsliga bedömningen får antas vara särskilt stor om varumärket är väl ansett, och därmed har en omfattande skyddssfär. Större vikt läggs sannolikt också vid varumärket om den aktuella produktmarknaden bedöms vara snäv och därför endast innefattar en eller ett fåtal produkter. Vad gäller

²⁴¹ Levin / Nordell, s 123.

²⁴² Plogell, s 84, Kylhammar, s 674, 676.

licenser kan exklusiva licenser antas medföra större marknadspåverkan än enkla.

Varumärkeslicenser kan orsaka konkurrensbegränsningar. Dock har ensamrätten även konkurrensfrämjande aspekter, vilket kan motivera att varumärkeslicenser undantas från lagens tillämpning. Förhållandet mellan konkurrensrätten och varumärkesrätten är komplext. Schablonmässiga bedömningar blir därför sällan meningsfulla. Prövning måste ske i det enskilda fallet, där samtliga relevanta omständigheter beaktas i en sammanvägning av för- och nackdelar.

Varumärkeslicenser kan vägas in i bedömningen av en eventuell dominerande ställning. Detta gäller oavsett om det aktuella företaget är licensgivare eller licenstagare. Förekomsten av licenser kan också få betydelse för undersökningen av hur den aktuella marknaden ser ut. Licensiering kan också utgöra en form av missbruk, till exempel om en dominerande part tvingar till sig en licens med oskäligt fördelaktiga villkor, eller om motparterna tvingas godta sämre villkor enbart på grund av den dominerande ställningen. En orimligt sträng kvalitetssäkringsklausul i ett avtal skulle kunna utgöra (ett resultat av) missbruk. Tie in-klausuler och kopplingsförbehåll är andra exempel på kvalitetssäkrande funktioner i licensavtal som kan utgöra missbruk av dominerande ställning.

För att undvika att ett avtal bedöms som otillåtet, bör därför de konkurrensrättsliga reglernas bakomliggande syften beaktas vid avtalets utformning och klausulerna författas så att dessa syften inte motarbetas i högre mån än vad som kan anses motiverat av avtalets konkurrensfrämjande effekter.

Källor

Offentligt tryck

SOU 1958:10 *Förslag till varumärkeslag*

SOU 1974:83 *Generalklausulen i förmögensrätten*

SOU 1987:17 *Franchising*

SOU 1979:79 *Produktansvar II*

SOU 1991:59 *Konkurrens för ökad välfärd*

Prop 1960:167 *Förslag till varumärkeslag*

Prop 1975/76:81 *Om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögensrättens område 36§*

Prop 1990/91:197 *Produktskadslag*

Prop 1992/93:56 *Ny konkurrenslagstiftning*

Prop 1994/95:123 *Ny marknadsföringslag*

Litteratur

Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, upplaga 12, Lund 2002

Adlercreutz, *Avtalsrätt II*, upplaga 5, Lund 2001

Austin / Rickett (red), *International Intellectual Property and the Common Law World*, Oxford 2000

Berger / Starfelt, *Immaterialrätt och konkurrensrätt*, Lund 1997

Bergman / Klefsjö, *Kvalitet: från behov till användning*, upplaga 3, Lund 2001

Bernitz, *Den svenska konkurrenslagen*, Stockholm 1996

Bernitz, *Standardavtalsrätt*, upplaga 6:6, Stockholm 2004

Bernitz / Karnell / Pehrson / Sandgren, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, upplaga 8, Stockholm 2004 (cit Bernitz et al)

Dahlman / Glader / Reidhav, *Rättsekonomi. En introduktion*, Lund 2002
(cit Dahlman et al)

Deming, *Out of the Crisis*, Cambridge 1986

- Eklöf, *Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om tvångslicensiering*, Stockholm 2004
- Gozzo, *Företagens immaterialrätter och licensavtal*, Stockholm 1998
- Grönfors, *Avtalslagen*, upplaga 3, Stockholm 1995
- Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, upplaga 2:1, Stockholm 2004
- Holger / Holmberg (red), *Identitet – om varumärken, tecken och symboler*, Stockholm 2002
- Holmqvist, *Degeneration of Trade Marks*, Lund 1971
- Juran, *Juran's Quality Handbook*, upplaga 5, New York, 1999
- Kihlman, *Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom*, Stockholm 1999
- Koktvedgaard / Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, upplaga 8, Stockholm 2004
- Kotler, *Marketing management*, Englewood Cliffs 1984
- Lehrberg, *Avtalstolkning*, upplaga 2, Stockholm 1998
- Levin, *Noveller i varumärkesrätt*, Stockholm 1990
- Levin / Nordell (red), *Handel med immaterialrätt*, Stockholm 1996
- Löfgren, *Värdering av varumärken*, Stockholm 1991
- Melin, *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel. Om konsten att bygga upp starka varumärken*, Malmö 1997
- Melin / Urde, *Varumärket – en hotad tillgång*, Malmö 1991
- Munukka, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Stockholm 2007
- Nordell, *Konkurrensteori och konkurrensbegränsning*, Stockholm 1996
- Nordell, *Marknadsrättens goodwillskydd*, Stockholm 2003
- Nordell, *Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens*, Stockholm 2004
- Pehrson, *Varumärken från konsumentsynpunkt. En rättsvetenskaplig studie*, Stockholm 1981
- Petrusson, *Det industriella rättsskyddets betydelse för näringsidkaren*, Göteborg 1991
- Ramberg / Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, upplaga 7, Stockholm 2007
- Treffner / Gajland, *Varumärket som värdeskapare*, Stockholm 2001
- Trout / Ries, *Positioning: The Battle for your mind*, New York 1986
- Uggla, *Organisation av varumärken*, upplaga 2, Malmö 2003

Uggla, *Affärsutveckling genom varumärket: Brand Extension*, Malmö 2002
(cit Affärsutveckling)

Vahlén, *Avtal och tolkning*, Stockholm 1966

von Post, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Stockholm 1999

Wessman, *Varumärkeskonflikter. Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*, Stockholm 2002

Wetter / Karlsson / Rislund / Östman, *Konkurrensrätt: en handbok*, upplaga 3, Stockholm 2004 (cit Wetter et al)

Öhman, *Produktansvar*, Stockholm 1994

Artiklar

André, *Strukturer i 36 § avtalslagen*, SvJT 1986, s 526

Bernitz, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen*, Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987, Stockholm 1987, s 107 (cit Småföretagarskydd)

Eriksson, *Några tankar om produktansvaret i franchiseförhållanden*, SvJT 1994, s 225

Kylhammar, *Product Liability of the Trade Mark Holder - the EEC Directive on Product Liability*, Festskrift till Bill W Dufwa, Essays on tort, insurance, law and society, vol II, Stockholm 2006, s 665

Levitt, *Marketing success through differentiation – of anything*, Harvard Business Review 1980, s 83

Melin / Urde, *Varumärkespyramiden – varumärket som strategisk tillgång*, NIR 1990, s 398

Plogell, *Produktansvarets relation till varumärkeslicensrätten*, NIR 1995, s 76

Svensson, *Varumärken och konkurrensbegränsande avtal*, NIR 2003, s 20

Tiili, *Om varumärkets funktioner*, NIR 1970, s 240

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1916 B 493

NJA 1921 s 511

NJA 1941 s 563

NJA 1942 s 346

NJA 1949 s 515

NJA 1962 s 276

NJA 1981 s 622

NJA 1982 s 421

NJA 1983 s 332

NJA 1983 s 385

NJA 1987 s 639

NJA 1979 s 483

NJA 1979 s 666

NJA 1979 s 731

NJA 1992 s 782

NJA 1994 s 359

NJA 1995 s 590

NJA 1995 s 635

NJA 1997 s 382

NJA 1999 s 408

NJA 2003 s 650

NJA 2005 s 142

Marknadsdomstolen

MD 1973:15

MD 1977:26

MD 1978:22

MD 1987:10

MD 1989:9

MD 1994:21

MD 1999:28

MD 2000:8

MD 2000:21

MD 2002:25

MD 2003:34

Övrig svensk rätt

PBR mål 97-065

KO dnr 1391/94 (Svenska Naturskyddsföreningen)

KO dnr 579/71 (Ekströms)

EG-domstolen

Mål 54 och 56/64 *Consten och Grundig ./. Kommissionen*

Mål 24/67 *Parke Davis ./. Probel*

Mål 5/69 *Völk ./. Vervaecke*

Mål 78/70 *Deutsche Grammophon ./. Metro*

Mål 6/72 *Continental Can ./. Kommissionen*

Mål 16/74 *Centrafarm ./. Sterling Drug*

Mål 26/76 *Metro ./. Kommissionen (Metro I)*

Mål 27/76 *United Brands ./. Kommissionen*

Mål 85/76 *Hoffmann-La Roche ./. Kommissionen*

Mål 102/77 *Hoffmann-La Roche ./. Centrafarm*

Mål 22/78 *Hugin ./. Kommissionen*

Mål 258/78 *Nungesser ./. Kommissionen*

Mål (1978) OJ L 70/69 *Campari*

Mål (1979) OJ L 19/32 *Vaessen ./. Morris*

Mål 322/81 *Michelin ./. Kommissionen*

Mål 86/82 *Hasselblad ./. Kommissionen*

Mål 183/83 *Windsurfing ./. Kommissionen*

Mål 161/84 *Pronuptia ./. Schillgalis*

Mål C-62/86 *Akzo ./. Kommissionen (Akzo III)*

Mål 238/87 *Volvo* ./ *Erik Veng*
Mål C-10/89 *SA CNL-SUCAL* ./ *Hag (Hag II)*
Mål C-179/90 *Porto di Genoa* ./ *Siderugica*
Mål C-241 och 242/91 *RTE och ITP* ./ *Kommissionen (Magill)*
Mål C-53/92 P *Hilti*
Mål C-9/93 *IHT* ./ *Ideal Standard*
Mål C-333/94 P *Tetra Pak*
Mål C-251/95 *Puma*
Mål C-349/95 *Loendersloot* ./ *Ballantine*
Mål C- 210/96 *Gut Springenheide & Tusky*
Mål C-108/97 och 109/97 *Chiemsee* ./ *Huber*
Mål C-299/99 *Philips* ./ *Remington*
Mål C-383/99 P *Baby-Dry*
Mål C-292/00 *Davidoff*
Mål C-206/01 *Arsenal Football Club* ./ *Matthew Reed*
Mål C-408/01 *Adidas*
Mål C-204/03 *Skov* ./ *Bilka*
Mål C-127/04 *O'Byrner* ./ *Sanofi*

Förstainstansrätten

Mål T-66 och 77-78/89 *Italian Flat Glass* ./ *Kommissionen*
Mål T-83/91 *Tetra Pak*

Övriga utländska källor

XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken 1998, s 168-169 *Vickers/Rolls*
Royce

Sally Gee, Inc v. Myra Hogan, Inc 699 F.2d