



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rebecca Gustavsson

Konkurrensrättslig och avtalsrättslig giltighet av patentlicensklausuler

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Per Jonas Nordell

Ämnesområden: Immaterialrätt, konkurrensrätt & avtalsrätt

VT 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Immaterialrättens förhållande till andra rättsområden; avtalsrätt och konkurrensrätt	4
1.2 Syfte och avgränsning	5
1.3 Disposition	5
1.4 Metod och material	6
2 PATENTRÄTT	7
2.1 Allmänt. Samhälleliga och ekonomiska överväganden bakom immaterialrätten	7
2.2 Patent	8
2.3 Förhållandet till EG-rätten och internationell rätt: Territorialitetsprincipen. Lagharmonisering	9
3 AVTALSRETTSLIGA ASPEKTER PÅ PATENTLICENSAVTAL	11
3.1 Licensavtal	11
3.1.1 Överlåtelse och upplåtelse av patent	11
3.1.2 Licensiering; Riskfördelare och särskild avtalstyp	12
3.1.3 Patentlicensavtal	13
3.1.3.1 Allmänt	13
3.1.3.2 Själva avtalet	13
3.1.4 Internationella licensavtal	14
3.2 Tolkning av patentlicensavtal	15
3.2.1 Parternas syften	15
3.2.2 Intentioner, handelsbruk och partsbruk. Lojalitetsplikten	15
3.3 Allmänt om ogiltighet och jämkning av immaterialrättsliga avtal	17
3.3.1 Allmänt. Avtalsfrihet. Pacta sunt servanda	17
3.3.2 Jämkning och ogiltighet av immaterialrättsliga avtal	17
3.3.3 Generalklausulen i 36 § avtalslagen	18
3.3.4 Konkurrensklausuler; 38 § och 36 § AvtL	19
3.4 Tillämpning av 36 § avtalslagen på kommersiella avtal	19

3.4.1	Skydd för småföretagare	19
3.4.2	Tillämpning av 36 § AvtL mellan jämställda näringsidkare	21
3.5	Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare och 36 § AvtL	21
3.6	Närmare om bedömningen vid jämkning eller ogiltigförklaring av patentlicensavtal med hjälp av 36 § AvtL	22
3.6.1	Allmänt	22
3.6.2	Oskälighetsbedömningen	23
3.6.2.1	Allmänt	23
3.6.2.2	Avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt	24
3.6.2.3	Hänsyn till innehållet i rättsregler; betydelsen av konkurrenslagstiftningen	24
3.6.3	Rättsföljd: Jämkning eller ogiltigförklaring	25
4	KONKURRENSRÄTTSLIGA ASPEKTER PÅ PATENTLICENSAVTAL	27
4.1	Förhållandet nationell respektive gemenskaprättslig konkurrensrätt	27
4.1.1	Allmänt	27
4.1.2	Vägledning från EG-rättslig praxis	28
4.1.3	Samhandelskriteriet	28
4.2	Inneboende konflikt mellan immaterialrätt och konkurrensrätt?	29
4.2.1	Medelbara konkurrensfördelar	29
4.2.2	Konkurrensrätt och patentlicensavtal	30
4.3	Hur en konflikt mellan immaterialrätten och konkurrensrätten bör lösas	31
4.3.1	Allmänt	31
4.3.2	Rättighetens existens och utövning	31
4.3.3	Tillåtet respektive otillåtet utövande. Det särskilda föremålet	32
4.4	Förbud mot konkurrensbegränsande avtal; 6 § KL, art. 81.1	33
4.4.1	Allmänt	33
4.4.2	Kriterier	34
4.4.2.1	Avtalskriteriet	34
4.4.2.2	Konkurrensbegränsningskriteriet	35
4.4.2.3	Märkbarhetskriteriet	37
4.4.3	Rättsföljd: Ogiltighet	38
4.4.4	Samarbete som inte ansetts konkurrensbegränsande	39
4.5	Undantag	39
4.5.1	Allmänt om revisionen av konkurrensrätten	39
4.5.2	Individuellt undantag. Icke-ingripandebesked. Legalundantag	40
4.5.2.1	Hittillsvarande reglering: Individuellt undantag. Icke-ingripandebesked	40
4.5.2.2	Moderniseringspaketet; Legalundantag	41
4.5.2.2.1	Allmänt	41
4.5.2.2.2	Det nya legalundantaget	42
4.5.2.2.3	Vägledning för nationella domstolar och myndigheter	42
4.5.3	Kriterier för undantag	43
4.5.4	Gruppundantag	44
4.5.4.1	Allmänt	44
4.5.5	Konsekvenser av moderniseringspaketet	45
4.5.6	Gruppundantag för avtal om tekniköverföring	46

4.5.6.1	Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 om tillämpning av artikel 85.1 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring	46
4.5.6.2	Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring	47
4.5.6.2.1	Syfte	47
4.5.6.2.2	Förändringar	48

5 KLAUSULERS HÅLLBARHET UTIFRÅN AVTALSRRÄTTSLIGT RESPEKTIVE KONKURRENSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV 50

5.1	Reglering av parternas skyldigheter. Allmänna förpliktelser	50
5.2	Exklusivitetsklausuler	51
5.2.1	Allmänt. Exklusiv upplåtelse	51
5.2.2	Hållbarhet utifrån de konkurrensrättsliga reglerna	52
5.2.2.1	Allmänt	52
5.2.2.2	Strider klausulen mot förbudet i 6 § KL/ artikel 81.1?	53
5.2.2.3	Möjlighet till undantag	54
5.2.2.3.1	Gruppundantaget för tekniköverföring, 240/96	54
5.2.2.3.2	Den nya gruppundantagsförordningen	55
5.2.2.3.3	Undantag enligt 8 a § KL. F.d. individuellt undantag	56
5.2.3	Hållbarhet utifrån de avtalsrättsliga reglerna	57
5.3	Begränsningar av användningsområdet	57
5.3.1	Allmänt. Avgränsning av omfattningen av upplåtelsen	57
5.3.2	Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga reglerna	58
5.3.2.1	Möjlighet till undantag	59
5.3.2.1.1	Teknikförordningen 240/96	59
5.3.2.1.2	Den nya gruppundantagsförordningen	59
5.4	Kopplingsförbehåll	60
5.4.1	Allmänt	60
5.4.2	Hållbarhet enligt konkurrensreglerna	60
5.4.2.1	Möjlighet till undantag	61
5.4.2.1.1	Teknikförordningen 240/96	61
5.4.2.1.2	Den nya gruppundantagsförordningen	61
5.4.2.2	Kopplingsförbehåll och kvalitetskontroll	62
5.4.3	Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga bestämmelserna	63
5.5	Icke-angreppsklausuler	63
5.5.1	Allmänt. Hållbarhet utifrån de avtalsrättsliga bestämmelserna	63
5.5.2	Hållbarhet utifrån de konkurrensrättsliga bestämmelserna	64
5.5.2.1	Möjligheten till undantag	65
5.5.2.1.1	Teknikförordningen	65
5.5.2.1.2	Den nya gruppundantagsförordningen	65
5.6	Konkurrensklausuler. Best effort-klausuler	66
5.6.1	Allmänt. Definition	66
5.6.2	Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga bestämmelserna; 38 och 36 § AvtL	66
5.6.3	Hållbarhet enligt de konkurrensrättsliga bestämmelserna	67
5.6.3.1	Möjligheten till undantag	68
5.6.3.1.1	Teknikförordningen 240/96	68
5.6.3.1.2	Den nya gruppundantagsförordningen	69

6 AVSLUTANDE KOMMENTAR 70

LITTERATURFÖRTECKNING	74
Litteratur	74
Artiklar	75
Offentligt tryck	75
Nationell	75
Gemenskapsrättslig	76
Övrigt	76
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	77
Nationell praxis	77
Högsta domstolen	77
Svea hovrätt	77
Marknadsdomstolen	77
Regeringsrätten	77
Gemenskapsrättslig praxis	77
EG-domstolen	77
Förstainstansrätten	78
Europeiska Kommissionen	78
Beslut	78
Övriga rättsfall	78

Sammanfattning

Inget rättsområde kan verka oberoende av andra. Den begränsade monopolsituation som uppkommer till följd av en patenträttighet har godtagits av lagstiftaren, eftersom det immaterialrättsliga skyddet ger incitament till forskning och utveckling. Fördelarna med ett visst monopol överväger således nackdelarna. I enstaka fall kan emellertid syftet gå förlorat och rättigheten till och med komma att missbrukas. I sådana fall kan en konflikt inträffa med andra rättsområden, t.ex. avtalsrätten och konkurrensrätten.

Många uppfinnare saknar kapital och andra nödvändiga resurser för att helt kunna tillgodogöra sig en patenträttighet. Genom ett patentlicensavtal ger patentinnehavaren någon annan rätt att utnyttja patentet på närmare angivet sätt. Patentlicensavtal gynnar således båda parter; licenstagaren får möjlighet att utnyttja patentet, samtidigt som patentinnehavaren får möjlighet till avkastning på sitt satsade kapital och tidsåtgång.

Ett patentlicensavtal står inte i sig i strid med konkurrensreglerna, och är heller inte som utgångspunkt skadligt från konkurrenssynpunkt. En klausul som begränsar användningsområdet anses i regel falla inom patentets särskilda föremål. Om en klausul inte anses göra det, och inte heller kan anses direkt nödvändig för patentets upprätthållande, kan den strida mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Kopplingsförbehåll omnämns uttryckligen i förbudsbestämmelsen som en klausul som till sin natur typiskt sett är konkurrensbegränsande. Att en klausul strider mot förbudet utesluter dock inte att den uppfyller kriterierna för undantag. Genom den moderniseringsprocess som genomförts av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna, har reglerna för undantag ändrats något, men har fortfarande samma materiella innebörd.

Om en klausul som visserligen är konkurrensbegränsande men som på grund av att avtalet inte uppfyller märkbarhetskriteriet eller omfattas av undantag, skulle jämkning med hjälp av generalklausulen i 36 § avtalslagen kunna aktualiseras. Som utgångspunkt är dock parterna fria att avtala angående sitt inbördes förhållande som de vill, och de är skyldiga att upprätthålla det överenskomna. Dessa principer har domstolarna hållit hårt fast i. Generalklausulens främsta tillämpningsområde är avtal där den ena avtalsparten är konsument eller eljest befinner sig i underlägsen ställning, men klausulen är tillämplig också på avtal mellan näringsidkare. Bestämmelsen kan till och med användas för att jämka eller ogiltigförklara ett avtal till den starkare partens fördel. Vid oskälighetsbedömningen skall man enligt motiven ta hänsyn till om en klausul strider mot de konkurrensrättsliga bestämmelserna. Inom praxis och doktrin har man dock intagit en mycket restriktiv hållning mot att jämka kommersiella avtal.

Förord

Med detta examensarbete avslutar jag mina studier vid Juridiska Fakulteten i Lund. När det blev dags att välja specialkurser föll valet på immaterialrätt och avtalsrätt, och under min termin vid Maastricht universitet i Nederländerna valde jag att fördjupa mina konkurrensrättsliga kunskaper. Mitt intresse för dessa ämnesområden har sedan dess bara ökat, och har också kommit att lägga grunden för denna uppsats.

Jag vill tacka min handledare, *Per Jonas Nordell*, som givit handledning och funnit till hands via email när helst önskats, trots att jag befunnit mig utomlands under större delen av mitt skrivande. Jag vill också framföra ett tack till *Anna Eberstein*, som tog sig an den mödosamma uppgiften att korrekturläsa mitt manus.

Rebecca Gustavsson

Malmö, juli 2004

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AVLK	Lag (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden
AVLN	Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980)
EGD	EG-domstolen
EGF	EG-fördraget
EPC	Europeiska patentkonventionen (1973)
EPO	European Patent Office (Europeiska patentmyndigheten)
Generalklausulen	36 § avtalslagen
Högsta domstolen	HD
KL	Konkurrenslagen (1993:20)
TRIPS-avtalet	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (1994)
KöpL	Köplagen (1990:931)
PK	Pariskonventionen om industriellt rättsskydd
PL	Patentlagen (1967:837)
PRV	Patent- och registreringsverket
Riktlinjerna	Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser)
Teknikförordningen	Förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.
Nya gruppundantagsförordningen	Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Immaterialrättens förhållande till andra rättsområden; avtalsrätt och konkurrensrätt

Det immaterialrättsliga skyddet har skapats för att uppmuntra till fortsatt forskning och utveckling i samhället. Genom att tillerkänna uppfinnaren i fråga ett de facto-monopol på den relevanta marknaden, får uppfinnare en chans till avkastning på sin uppfinnelseerikedom, sin nedlagda tid och sitt satsade kapital. För att inte monopolet skall bli alltför långtgående, är ensamrätten alltid i någon mån begränsad. Immaterialrätten kan indelas i två undergrupper, upphovsrätten och dess närstående rättigheter samt det industriella rättsskyddet.

De flesta rättighetsinnehavare saknar de pengar och övriga resurser som är nödvändiga för att ett fullt tillgodogörande av rättigheten skall vara möjligt. Det är därför viktigt att det finns goda möjligheter till *överlåtelse* (försäljning) och *upplåtelse* (utgivande av licenser m.m.) av rättigheten, för att inte rättighetshavaren skall förlora sitt incitament till fortsatt arbete, vilket skulle vara förödande för samhällsutvecklingen. Ett exempel på upplåtelse av immaterialrätt är patentlicens. Genom ett patentlicensavtal får licenstagaren möjlighet att utnyttja den licensierade tekniken i utbyte mot ersättning till rättighetsinnehavaren. Patentlicensavtal är mycket vanliga och innehåller i regel klausuler som närmare reglerar förhållandet mellan licensgivaren och licenstagaren.

Eftersom immaterialrätterna är utformade till att fungera i en marknadsekonomi, tar lagstiftningen i stor utsträckning sikte på frågor kring rättigheternas uppkomst, räckvidd och innebörd. Problem som kan uppstå kring upplåtelse och överlåtelse av rättigheterna, berörs knappt alls. Det medför att man i stor utsträckning är hänvisad till de *allmänna avtalsrättsliga bestämmelserna* när fråga uppkommer om rättigheternas kommersiella utnyttjande.

Den grundläggande principen vid avtalsslutande är avtalsfrihet. Avtalsfriheten gör det möjligt att nästan utan begränsningar sluta avtal med det innehåll som man anser vara lämpligt. I vissa undantagsfall, då resultatet av någon anledning framstår som alltför obilligt, kan jämkning eller t.o.m. åsidosättande av avtalet i sin helhet enligt generalklausulen i 36 § avtalslagen (AvtL) aktualiseras.

Avtal i allmänhet inverkar i någon mån begränsande på konkurrensen. Detta ligger i själva avtalsslutandets natur. En viss konkurrensbegränsning kan till och med vara nödvändig för att inte avtalet helt skall sakna innehåll och mening. Sådana begränsningar är oftast fullt tillåtna enligt avtalsrätten. Begränsningarna kan emellertid under vissa förutsättningar strida mot

bestämmelserna i konkurrenslagstiftningen. De bestämmelser som då främst aktualiseras är förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i 6 § konkurrenslagen (1993:20) (KL) och förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 19 § samma lag. Dessa bestämmelser motsvarar i materiellt hänseende i princip helt EG-fördragets konkurrensbestämmelser.

1.2 Syfte och avgränsning

Syftet med denna uppsats är att undersöka förhållandet mellan immaterialrätten och avtalsrätten respektive konkurrensrätten. Inget rättsområde kan verka oberoende av andra. Precis som i det vanliga livet krävs hänsyn och noga avvägningar. Såsom tidigare nämnts, har immaterialrättigheter godtagits av samhället, eftersom de anses gynna utvecklingen och stimulera till samhällsinsatser. I enstaka fall kan emellertid syftet gå förlorat och rättigheterna till och med komma att missbrukas. Detta kan leda till överlappningar, och ibland också överträdelser, av bestämmelser på andra rättsområden.

För att avgränsa uppsatsen har jag valt att koncentrera mig på patentlicensavtal. Jag har valt ut ett antal klausuler som är vanligt förekommande i dylika avtal och undersökt de avtalsrättsliga samt konkurrensrättsliga aspekterna av dessa, d.v.s. klausulernas hållbarhet utifrån de avtalsrättsliga samt konkurrensrättsliga reglerna. I de inledande kapitlen redogörs för de immaterialrättsliga, konkurrensrättsliga och avtalsrättsliga bestämmelser, principer etc. som kan bli aktuella.

Syftet är inte att ge en uttömmande eller ingående redogörelse för det rådande rättsläget, utan främst att ge en grundläggande och övergripande inblick i de rådande principerna och uppfattningarna om var gränserna för de olika rättsområdena går. De utvalda klausulerna har använts som belysande exempel, framförallt för att påvisa i vilken omfattning man kan inskränka den immaterialrättsliga ensamrätten med hjälp av avtalsrätten och konkurrensrätten.

1.3 Disposition

Arbetet inleds i *kapitel 2* med en närmare inblick i syftet bakom immaterialrätten, de grundläggande reglerna för patent samt den nationella immaterialrättens förhållande till EG-rätten och immaterialrätten. I *kapitel 3* behandlas överlåtelse och upplåtelse av immaterialrätt, med tonvikten på licensavtal, och i synnerhet patentlicensavtal. Tolkning, ogiltigförklaring och jämkning av patentlicensavtal behandlas sedan. I *kapitel 4* behandlas de konkurrensrättsliga aspekterna på patentlicensavtal, med tyngdpunkten på förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och möjligheten till undantag. Den revision som konkurrenslagstiftningen nyligen har genomgått

behandlas också. Slutligen analyseras i *kapitel 5* de klausuler som jag har valt ut utifrån såväl ett avtalsrättsligt som ett konkurrensrättsligt perspektiv. Arbetet avslutas med en kommentar i *kapitel 6*.

1.4 Metod och material

Jag har i mitt arbete använt mig av sedvanlig rättsdogmatisk metod.¹ Materialet som jag har utgått ifrån har bestått av doktrin, förarbeten och relevant lagtext. Källorna är av såväl nationellt som europeiskt ursprung, och i något fall internationella. I de konkurrensrättsliga avsnitten har jag till stor del utgått ifrån den rikhaltiga praxis som EG-domstolen och kommissionen bidragit med på området. Omfattande forskning kring de avtalsrättsliga aspekterna på immaterialrättsliga avtal saknas. Rättspraxis är också sparsam, eftersom de flesta tvister rörande immaterialrättsliga avtal på grund av deras känsliga natur avgörs inför skiljedomstol.

¹ Se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 312 ff.

2 Patenträtt

2.1 Allmänt. Samhälleliga och ekonomiska överväganden bakom immaterialrätten

Immaterialrätten utgör det rättsliga skyddet för intellektuella prestationer. Patenträtten utgör en del av det *industriella rättsskyddet*², som är en undergrupp till immaterialrätten. Genom en immaterialrättighet, t.ex. i form av en patenträttighet, tillerkänns innehavaren ett de facto-monopol. Trots det anses rättigheten vara positiv för konkurrensen genom att medföra *medelbara konkurrensfördelar*.³

Numera är det väldigt enkelt att till lågt pris tillverka (i det närmaste) identiska kopior av produkter, och därför behövs det ett skydd för den eller de som skapat originalet. På så sätt ges skaparen en möjlighet att leva på sin uppfinningsrikedom och samtidigt incitament till både honom och andra till fortsatt forskning och utveckling. Genom att uppmuntra till skapande insatser och genom att utgöra ett visst investeringsskydd utgör immaterialrättigheterna viktiga konkurrensmedel och har som sådana stor betydelse för konkurrensförutsättningarna på marknaden. Immaterialrätten används således av lagstiftaren för att skapa effektiva konkurrensförutsättningar genom att *balansera ensamrätt och frihållning*.⁴

Det är dock på grund av immaterialrättigheternas särskilda natur oundvikligt att konflikter i enstaka fall uppkommer mellan immaterialrätten och andra rättsområden. Samtidigt som immaterialrätten fungerar som incitament till forskning och utveckling, kan den också lägga starka band på den allmänna tekniska och kulturella utvecklingen.⁵ Av denna anledning är ensamrätterna aldrig absoluta, utan alltid begränsade i någon mån. Inskränkningar i form av skyddstidens längd⁶, eller begränsning av skyddet till vissa objekt är vanligt förekommande.⁷ Inom patenträtten finns dessutom en lång tradition

² Det industriella rättsskyddet består av patenträtten, växtförädlarrätten, mönsterrätten, varumärkesrätten, firmarätten, annan känneteckensrätt såsom skyddet för egenartade efternamn, titlar på litterära och konstnärliga verk samt heraldiska vapen, och skyddet mot otillbörlig konkurrens utifrån marknadsföringslagen (1995:450) och lagen om skydd för företagshemligheter (1990:409). För en närmare beskrivning se Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, uppl. 7, 2001 (cit. Bernitz m.fl. 2001).

³ Se Prop. 1992/93:56 s. 70; Nordell, Per Jonas, *Konkurrensteori och konkurrensbegränsning. En inledning till konkurrensrätten*, 1996, (cit. Nordell, 1996) s.18.

⁴ Se Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten. En introduktion*, 2003, (cit. Nordell, 2003) s. 41.

⁵ Se Koktvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, fotorätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, uppl. 7:2, 2003, (cit. Koktvedgaard, Levin, 2003) s. 32-33.

⁶ T.ex. kan ett patent vara i högst 20 år från ansökningsdagen, se 40 § PL.

⁷ Se Levin, Marianne, *Immaterialrätten. En introduktion*, 1 uppl., 1999, (cit. Levin, 1999) s. 16.

med *tvångslicenser*.⁸ Tvångslicensen är en samhällelig avvägning som innebär att domstol bestämmer utnyttjandet. Detta är en viktig säkerhetsventil och förhindrar missbruk eller grovt utnyttjande av ensamrätten.⁹ I de fall immaterialrättigheterna trots lagstiftarens ansträngningar missbrukas, kan konkurrensreglerna, eller i undantagsfall avtalsrätten, komma att ingripa. Läs mer om detta nedan.

2.2 Patent

Till skillnad från andra förmögenhetsrätter är objektet till en immaterialrätt, såsom man kan sluta sig till av namnet, *immateriellt*, d.v.s. man kan varken se eller ta på det. Detta gäller emellertid enbart själva objektet för rättigheten som sådan. Själva resultatet av innehavet är både synligt och påtagligt, t.ex. i form av tekniska apparater.¹⁰

Enligt 1 § PL kan en uppfinning som kan tillgodogöras industriellt patenteras. Enligt doktrin och praxis kan patent endast beviljas om uppfinningen har teknisk effekt, teknisk karaktär och är reproducerbar.¹¹ För att patent skall meddelas krävs dessutom att uppfinningen är ny i förhållande till det som redan är känt samt väsentligen skiljer sig därifrån, se 2 § PL. För ensamrätt till patent krävs ansökan från den berörde. Ett patent ger innehavaren ensamrätt till att förvärvsmässigt utnyttja en uppfinning, se 1 § 1 st. PL. Ensamrätten definieras närmare i 3 § I st. PL och är mycket omfattande. Ensamrätten innebär i korthet att innehavaren har rätt att hindra andra från att utan tillstånd tillverka, sälja, hyra ut eller till landet importera sådant som faller inom rättsskyddet. Dessutom får ingen annan införa eller inneha en sådan uppfinning.¹²

Numera är det också möjligt att ansöka om ett europeiskt patent i enlighet med den europeiska patentkonventionen från 1973 (EPC). Svensk praxis skall följa europeiska patentverkets (EPO).¹³ Man kan också välja att göra en s.k. PCT-ansökan, d.v.s. en internationell patentansökan, se 3 kap. PL.

Ofta har inte rättighetsinnehavaren de tillgångar och resurser som behövs för ett tillgodogörande av uppfinningen. Han kan då vara intresserad av att licensiera ut sin rättighet genom ett s.k. patentlicensavtal. Läs mer om detta i avsnitt 3.1.2.

⁸ Se 45 § PL och vidare Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik, Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen. En kommentar*, 1999, (cit. Carlsson m.fl. 1999) s. 419; Levin, 1999, s. 16-17; Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 32-34.

⁹ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 33-34. Tvångslicenser kommer ej att behandlas vidare i detta arbete.

¹⁰ Se Levin, 1999, s. 12.

¹¹ Se vidare Bernitz m.fl., 2001, s. 119.

¹² Se Levin, 1999, s. 12-13.

¹³ RÅ 1990 ref 84; NJA 2000 s. 497.

2.3 Förhållandet till EG-rätten och internationell rätt: Territorialitetsprincipen. Lagharmonisering

I och med Sveriges inträde i Europeiska unionen har allt fler av de traditionellt nationella rättsområdena erhållit gemenskapsdimension. På immaterialrättsområdet väljer varje medlemsstat dock fortfarande själv hur landets lagstiftning skall utformas, och utgångspunkten är således fortfarande att de immateriella ensamrätterna är nationella eller territoriellt begränsade i enlighet med *territorialitetsprincipen*.¹⁴

EG-fördraget (EGF) skall enligt art. 295 inte i något avseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Enligt art. 30 EGF är dessutom medlemsstaterna oförhindrade att behålla restriktioner för import, export eller transitering som syftar till att skydda industriell eller kommersiell äganderätt, d.v.s. immaterialrätt. Dessa får dock inte utgöra medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Utöver dessa väldigt allmänt hållna artiklar, tillhandahåller gemenskapsrätten inte några specifika bestämmelser rörande immaterialrätt.

Eftersom immaterialrätterna är territoriellt begränsade, är det tillerkända skyddet endast giltigt inom respektive lands territorium. Det innebär att medlemsstaterna kan ha olika regler för skydd av och uppkomst av skydd för immaterialrätter. Detta kan i sin tur leda till en från EG-rättslig synvinkel synnerligen ovälkommen uppdelning av marknaden på nationell basis.¹⁵ Ambitionen inom EU att harmonisera de olika medlemsstaternas nationella lagstiftning är därför hög. Målet är att aktörer i olika medlemsstater skall få samma konkurrensmöjligheter, samtidigt som man undviker att nationell lagstiftning utgör hinder för den fria rörligheten inom Gemenskapen. För detta ändamål har det skapats ett antal konventioner samt flertalet direktiv och förordningar för att utsträcka rättsskyddet och tillämpningsområdet för de olika immaterialrätterna. Det har utvecklats flera europeiska immaterialrätter, som gäller såsom *en* rätt inom hela EU. Den europeiska patentkonventionen (EPC) från 1977, anses vara det hittills viktigaste resultatet av europasamarbetet på immaterialrättsområdet.¹⁶ De nationellt begränsade immaterialrätterna lever emellertid kvar parallellt.¹⁷

Även på det internationella planet pågår harmonisering på immaterialrättsens område. Immaterialrätten är till sin natur i hög grad internationell. Uppfinningar och andra immaterialrätter sprids ofta och i stor omfattning

¹⁴ Se Bernitz m.fl., 2001, s.7; Stenberg, Hans, *Studier I EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och dess ogiltighet*, 1974 (cit. Stenberg, 1974), s. 283 f.

¹⁵ Se Prime, Terence, *European Intellectual Property Law*, 2000, s. 5.

¹⁶ Se vidare Bernitz m fl., 2001, s. 14; Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, *EU Law. Text, cases, and materials*, third edition, Oxford, 2003 (cit. Craig, de Búrca, 2003), s. 1119-1120.

¹⁷ Se Bernitz m.fl., 2001, s. 13; Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, uppl. 2, 2002 (cit. Bernitz, Kjellgren, 2002), s. 314.

över världen. Det har därför sedan länge varit uppenbart att det behövs effektiva, internationella system för rättsskyddet.¹⁸ Redan i slutet av 1800-talet antogs Pariskonventionen (PK) för det industriella rättsskyddet. Det kanske allra mest betydelsefulla internationella samarbetsavtalet på immaterialrättsområdet, det s.k. TRIPs-avtalet (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) antogs emellertid först 1994. Genom TRIPs-avtalet har man skapat en global, sammanhängande skyddsordning för handel med immaterialrätt.¹⁹ Genom att dylika åtgärder vidtagits på regional och global nivå, får territorialitetsprincipen för immaterialrätter numera anses något modifierad.

¹⁸ Se Levin, 1999, s. 14; Koktvedgaard, Levin 2003 s. 38.

¹⁹ Se Bernitz m.fl., 2001, s. 9-11.

3 Avtalsrättsliga aspekter på patentlicensavtal

3.1 Licensavtal

3.1.1 Överlåtelse och upplåtelse av patent

Immaterialrätter utgör lös egendom och kan precis som andra förmögenhetsrättsliga objekt, både *överlåtas* och *upplåtas*.²⁰ Immaterialrätter kan alltså upplåtas dels i sin helhet, d.v.s. säljas, dels utnyttjas av andra med rättighetshavarens rätt och kontroll intakt, t.ex. i form av licenser. Det kan vara svårt att dra någon skarp gräns mellan överlåtelse och upplåtelse, oftast är det mer en fråga om gradskillnad än artskillnad.²¹ Medan en överlåtelse i princip är inriktad på överföring av alla med patenträttigheten förknippade befogenheter, tar ett upplåtande av licens sikte på en specifik befogenhet, nämligen själva utnyttjandet av rättigheten.²² Immaterialrätternas särskilda natur gör att de, till skillnad från andra förmögenhetsrättsliga objekt, samtidigt kan nyttjas av mer än en person. Det är både möjligt och vanligt att upplåta mer än en licens till en patenträttighet.²³

Trots att immaterialrättsliga avtal ofta berör mycket stora värden och dagligen ingås både internationellt och nationellt, finns det mycket få specifika regler om överlåtelse och upplåtelse av immaterialrättigheter. Det fåtal som finns är oftast dispositiva och utgör kodifieringar av allmänt accepterade sedvänjor.²⁴ Man är därför i stor utsträckning hänvisad till den allmänna avtalsrättsliga regleringen. Detta ger parterna stor handlingsfrihet.

Vid fullständiga överlåtelser, d.v.s. köp av ett patent, är i princip *Köplagen* (1990:931) (KöpL) tillämplig. KöpL omfattar all lös egendom. Emellertid kan endast en begränsad användning, ytterst grundad på sedvänja, jfr 3 § KöpL, av de köprättsliga principerna komma fråga. Det är främst de

²⁰ Se Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 2000, uppl. 6:8, s. 41. Det finns dock undantag från denna huvudregel. I fråga om upphovsrätt är upplåtelse (utgivande av licens), den enda möjligheten eftersom den s.k. ideella rätten till verket aldrig kan överlåtas, se 3 § upphovsrättslagen (URL), dock med undantag för datorprogram i anställningsförhållande, se 26 g § URL.

²¹ Se Levin, Marianne, Nordell, Per Jonas, *Handel med immaterialrätt*, 1995 (cit. Levin, Nordell, 1995), s. 24; Sandgren, Claes, *Patentlicenser*, 1974 (cit. Sandgren, 1974), s. 63 f.

²² Sandgren, 1974, s. 64.

²³ Se Levin, 1999, och Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 408.

²⁴ EG-rätten har emellertid tillfört några nya element gällande överlåtelse av EG-varumärken och licensavtal samt upphovsrättens nya regler om datorprogram och sammanställningar i 26 g, 26 h och 49 §§. Genomförandet av uthyrnings- och utlåningsdirektivet 92/100/EEG har dessutom lett till några särskilda följder. Se vidare Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 406.

allmänna principerna om avtalsförpliktelser och avtalsbrott som kan aktualiseras. Dessa är flexibla och hänsyn kan tas till rättsförhållandets närmare beskaffenhet.²⁵ För de partiella överlåtelserna passar KöpL: s regler mindre väl. Eventuellt skulle en analog tillämpning kunna aktualiseras i förekommande fall.²⁶

3.1.2 Licensiering; Riskfördelare och särskild avtalstyp

Partiella överlåtelser av immaterialrättigheter är de dominerande, och licensavtal är mycket vanliga. Dessa reglerar stora och betydelsefulla delar av handeln med immaterialrätt.²⁷ Licensavtal skiljer sig från annan upplåtelse av lös egendom eftersom de risker som är förknippade med licensavtalsobjektet saknar direkt motsvarighet vid upplåtelse av annan lös egendom. En patentinnehavare har ofta själv inte resurser i form av t.ex. kapital och utrustning att på bästa sätt utnyttja ensamrätten.²⁸ Introduktion, forskning och utveckling av nya uppfinningar är ofta förenade med stora kostnader. Patentlicensavtalet fungerar som en riskfördelare mellan parterna.²⁹

Licenssamverkan ger små och medelstora företag en ökad konkurrensmöjlighet och leder därmed till ökad konkurrens och mångfald. De bidrar till en minskning av överlappande forskning och utveckling, samtidigt som de ökar incitamenten till att bedriva inledande forskning och utveckling och främjar en stegvis ökande innovation. Licensavtal anses således i regel gynna konkurrensen och öka den ekonomiska effektiviteten.³⁰

Såsom ovan påpekats, skiljer sig licensavtal på grund av upplåtelseobjektet från andra upplåtelseformer. Särskilda kommersiella och ekonomiska risker är behäftade med avtalsobjektet. Objektet kan upplåtas till flera, samtidigt som det kan vara svårt att med säkerhet fastställa avtalsobjektets existens. Det kan dessutom ligga i licenstagarens intresse att hävda avtalsobjektets icke-existens. Licensavtal anses på grund av sin natur utgöra en särskild avtalstyp, en avtalstyp *sui generis*.³¹

²⁵ Se a.a., 2003, s. 414-415; Levin, Nordell, 1995, s. 25.

²⁶ Se Levin, Nordell, 1995, s. 58.

²⁷ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 418.

²⁸ Se Levin, Nordell, 1995, s. 29.

²⁹ Se Sandgren, 1974, s. 113 f; Anderman Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights. The regulation of innovation*, 1998 (cit. Anderman, 1998), s. 27; Levin, Nordell, 1995, s. 57.

³⁰ Se punkt 5 i inledningen till Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring. Se vidare Lidgard, Hans Henrik, *Licensavtal i EU. Kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring*, 1997 (cit. Lidgard, 1997), s. 383; Anderman, 1998, s.27.

³¹ Se Sandgren, 1974, s. 114- 117.

3.1.3 Patentlicensavtal

3.1.3.1 Allmänt

Inom det industriella rättsskyddet är systemet med licensavtal betydelsefullt för ett ändamålsenligt utnyttjande av ensamrätten. Detta gäller i synnerhet den varuproducerande sektorn, inom vilken särskilt *patentlicensavtal* är vanliga.³² Patentlicenser brukar ges antingen för en produkt eller en metod (ett förfarande).³³

Genom att licensiera en patenträttighet ger innehavaren av ett patent någon annan en rätt att nyttja patentet på närmare angivna villkor, t.ex. ifråga om tid, ersättning och omfattning. En patentlicens innebär således att någon får tillåtelse att tillgodogöra sig någons patenterade uppfinning i visst avseende. På så sätt bidrar patentlicensieringen till spridandet av teknologi, samtidigt som intra-brandkonkurrensen ökar.³⁴

Patentlagen innehåller endast några få bestämmelser som rör patentlicensavtal. Även om möjligheten till patentlicensavtal inte mer ingående behandlas i patentlagen, förutsätts denna möjlighet finnas, se 43 § PL som reglerar möjligheten till vidareöverlåtelse av patentet. I nämnda paragraf stadgas:

”Har patenthavaren medgivit annan rätt att yrkesmässigt utnyttja uppfinningen (licens), äger denne överlåta sin rätt vidare endast om avtal träffats därom.”

Överlåtelse enligt svensk rätt kan i regel ske formlöst. Även muntliga avtal godtas således. Vid begäran skall dock anteckning göras i patentregistret, se 44 § PL. Denna anteckning är dock, till skillnad från förhållandet i många andra EU-medlemsstater, utan materiell rättsverkan, och har endast betydelse som saklegitimation.³⁵ Av praktiska skäl, bl.a. från bevismedelssynpunkt, ingås dock även de flesta svenska immaterialrättsavtal skriftligen. Vid överlåtelser av europeiska patentansökningar krävs för giltighet skriftform och att båda parter undertecknat avtalet, se EPC art. 72.

3.1.3.2 Själva avtalet

Licensavtal är ofta mycket komplicerade och omfattande, och detta gäller i synnerhet de internationella. Till ledning för upprättandet av licensavtal finns ett stort antal standardformulär och checklistor.³⁶ Dessutom har många företag egna standardavtal att tillgå. Själva licensen utgör avtalets kärna.

³² Se a.a., s. 38.

³³ Karnell, Gunnar, *Inledning till den internationella licensavtalsrätten*, 1985 (cit. Karnell, 1985), s. 28.

³⁴ D.v.s. konkurrens mellan näringsidkare som licensierar/säljer/marknadsför samma produkt.

³⁵ Se Sandgren, 1974, s. 128; Levin, 1999, s.116.

³⁶ Se t.ex. organisationen ORGALIMES standardavtal på området, www.orgalime.org.

Beviljandet av licensen ger licenstagaren tillåtelse att använda sig av patentet i viss utsträckning utan att göra sig skyldig till patentinfrång. Avtalen byggs ofta ut eller ändras successivt. Rena patentlicensavtal är mycket ovanliga.

Till ett patentlicensavtal knyts ofta avtal om överföring av know-how och kanske också bestämmelser om utbyggt samarbete omfattande licensgivarens senare forskning och utvecklingar av produkten. Ibland kopplas också ett avtal om varumärkeslicens till patentlicensen.³⁷

Vid upprättandet av ett patentlicensavtal måste som utgångspunkt *patenträttsliga, avtalsrättsliga, internationellt privaträttsliga* och *konkurrensrättsliga* aspekter tas i beaktande. Dessutom måste eventuella regler om valutatransaktioner beaktas. I detta arbete kommer endast de avtalsrättsliga (obligationsrättsliga) och konkurrensrättsliga aspekterna att behandlas närmare.

3.1.4 Internationella licensavtal

Inte sällan ingås avtal rörande immaterialrätt mellan parter i olika länder. Parterna ställs då inför flera länders ofta avvikande lagregler, sedvänjor och språk etc.³⁸ Vid en eventuell tvist kan (minst) två frågor uppkomma rörande lagvalet. En inledande fråga är vilket lands lag som skall tillämpas på *själva rätten*, d.v.s. rättens existens och närmare innehåll. Rättens existens och innehåll avgörs alltid av *skyddslandets lag*. Detta beror på den s.k. territorialitetsprincipen som beskrivits ovan.³⁹ Om patent söks och beviljats i Sverige, blir således svensk lag tillämplig på själva rättigheten. I princip kan man inte göra gällande en immaterialrätt utanför det lands territorium där man tillerkänts ensamrätten. Det förhindrar naturligtvis inte att man söker skydd i mer än ett land, men de olika skydden sträcker sig inte längre än till respektive nationsgräns. Detta innebär inte att ett intrångsmål alltid måste behandlas av domstol i skyddslandet, även om det förstås är skyddslandets lag som skall tillämpas. Annorlunda förhåller det sig med hävning av rättighet. I ett sådant fall måste det alltid ske i skyddslandet och i enlighet med lagen i det landet.⁴⁰

Nästa fråga är vilket lands lag som skall tillämpas på kontraktsförhållandet vid en eventuell tvist. Frågor av detta slag löses i överensstämmelse med *allmänna, internationellt privaträttsliga regler* och man går regelmässigt efter antingen den lag som parterna enats om eller som har mest anknytning

³⁷ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 432-435; Sandgren, 1974, s. 40.

³⁸ Karnell, 1985, s. 24.

³⁹ Se avsnitt 2.3 ovan.

⁴⁰ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 411. Dessa principer följer av nationell rätt, internationell rätt och EG-rätten. I sistnämnda fall, se närmare förordning (EG) nr 44/2001 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (Bryssel II). Trots att immaterialrätten i stor utsträckning är internationell finns ingen internationell konvention som särskilt reglerar domstols behörighet etc. för immaterialrätter.

till avtalet. När det gäller komplicerade licens- eller förlagsavtal brukar man emellertid använda sig av licensgivarens domicillag.⁴¹

3.2 Tolkning av patentlicensavtal

3.2.1 Parternas syften

Vid all avtalstolkning är utgångspunkten ett sökande efter parternas syften med avtalet, d.v.s. parternas gemensamma intentioner vid tiden för avtalsingåendet. Den allmänna principen har hittills varit att immaterialrätter i stort bör behandlas som andra förmögenhetsrätter.⁴² Eftersom de flesta immaterialrättsliga tvister biläggs via organisationer eller genom skiljedom, är praxis mycket begränsad och ger således inte mycket vägledning.⁴³

3.2.2 Intentioner, handelsbruk och partsbruk. Lojalitetsplikten

Ofta får domstolarna därför utgå ifrån en strikt avtalstolkning⁴⁴. Det är därför av största vikt att immaterialrättsliga avtal sluts med största noggrannhet. Vid tolkningen krävs kännedom om vad som är normala kommersiella och tekniska intentioner.⁴⁵ Sedvanliga lösningar inom rättsområdet anses kunna fylla ut oreglerade frågor samt användas som underlag för tolkning av otydligt skrivna avtal, jfr 3 § KöpL. Detta anses gälla även om parterna varken diskuterat eller känt till denna sedvana. Vid avtal om patent är det emellertid så svårt att påvisa vad som är handelsbruk, att denna rättskälla mycket sällan ger vägledning. Det saknas standardavtal med tillräcklig utbredning för att de skall anses utgöra etablerat och därmed normerande handelsbruk.⁴⁶

Förhållanden av relevans som föregått avtalet kan också användas vid tolkningen. Om parterna under en längre tid agerat i förhållande till varandra på ett särskilt sätt, kan detta partsbruk bli avgörande för hur ett otydligt avtal skall förstås.⁴⁷

⁴¹ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 413-414 samt Levin, Nordell, 1995, s. 49.

⁴² Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 407.

⁴³ Se a.a. s. 407, Levin, 2003, s. 405-406. Jfr dock Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, uppl. 6:1, 2002 (cit. Ramberg, Ramberg, 2002), s. 18.

⁴⁴ Se Levin, Nordell, 1995, s. 69.

⁴⁵ Domeij, Bengt, *Patentavtalsrätt*, 2003 (cit. Domeij, 2003), s. 15.

⁴⁶ Se Domeij, 2003, s. 15.

⁴⁷ Se Svea hovrätt 2002-12-10, mål T 820-02, som dock behandlade tolkning av en upplåtelse av upphovsrätt.

Ibland tillämpas *standardavtal*. För patentlicensavtalsområdet kan nämnas de standardformulär som Orgalime (Organisation de Liaison des Industries Métalliques Européennes) utger.⁴⁸ Även om användningen av standardformulär vid upprättandet av patentlicensavtal är ovanlig på grund av de olika avtalsrelationernas särart, och inte kan anses utgöra etablerat handelsbruk, är de av stor nytta som en slags checklista.⁴⁹ Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare kan också bli tillämplig, även om den hittills aldrig använts.⁵⁰

Vid tolkningen kan viss hänsyn tas till den lojalitetsplikt som föreligger mellan avtalsparterna, även om den inte anses utgöra ett självständigt avtalsvillkor som parterna brutit mot. Lojalitetsplikten har mer aktualitet i långvariga avtal än i kortvariga. Grundläggande är emellertid att avtalsparterna emellertid inte får undanrycka avtalets grund, t.ex. genom att licensgivaren gör smärre ändringar på uppfinningen och sedan själv utnyttjar den, trots att exklusivitet utlovats.⁵¹

Om varken avtalstexten, handels- eller partsbruk eller lojalitetsplikten ger någon ledning vid tolkningen av avtalsinnehållet, kan ibland dispositiv lagstiftning användas, alternativt analogier från andra rättsområden. För patentlicenser finns dock ingen dispositiv lagstiftning inom svensk rätt att falla tillbaka på.⁵² Dessutom anses patentlicensavtal vara avtal sui generis, d.v.s. atypiska avtal tillhörande en egen rättslig kategori.⁵³ De måste därför bedömas efter sina speciella förutsättningar, och därför har analogier från andra avtalstyper, eller köprättsliga regler, generellt ansetts olämpliga.⁵⁴

Eftersom svensk lagstiftning rörande patentavtal samt hjälpmedel för tolkning av sådana avtal är begränsad, samtidigt som rättspraxis är sparsam, bör man enligt Bengt Domeij⁵⁵ söka vägledning även utanför Sveriges gränser. I synnerhet finns mycket vägledning att hämta från praxis i England och Tyskland. Dessutom har EG-kommissionen utfärdat en plan att harmonisera den europeiska avtalsrätten⁵⁶ och forskningsprojektet *Principles of European Contract Law* med stöd av EG-kommissionen har producerat ett utkast till en gemensam avtalsrätt.⁵⁷ Mycket talar för att vi på

⁴⁸ Organisationen är en sammanslutning av metallindustriföretag från västeuropeiska länder. Sveriges representant är Sveriges Mekanförbund. detta sammanhang kan nämnas de modellformer för internationella tekniklicensavtal som finns med bland de senare model forms som Orgalime utgivit. Se vidare <http://www.orgalime.org/publications.htm>, 040628.

⁴⁹ Se Hedman, Bo, *Internationella licensavtal*, NIR 1969 s. 109; Levin, Nordell, 1995, s. 59-60.

⁵⁰ Se Kockvedgaard, Levin, 2003, s. 406.

⁵¹ Se Ramberg, Ramberg, 2003, s. 40 och Domeij, 2003, s. 16-17.

⁵² Det finns emellertid ett undantag; förbudet för licenstagare att överlåta licensen, 43 § PL.

⁵³ Detta behandlas mer utförligt ovan, i avsnitt 3.1.2.1.

⁵⁴ Se Domeij, 2003, s. 18, Sandgren, 1974, s. 117.

⁵⁵ Domeij, 2003, särskilt s. 19-20.

⁵⁶ A More Coherent European Contract Law: An Action Plan, COM (2003) 68 final O.J. C 63/1, 2003-03-15.

⁵⁷ Se vidare *The Principles of European Contract Law*. Prepared by the Commission on European Contract Law, 1999.

sikt kommer att få en gemensam europeisk avtalsrätt, och det skadar således inte att redan nu blicka utanför Sveriges gränser.⁵⁸

3.3 Allmänt om ogiltighet och jämkning av immaterialrättsliga avtal

3.3.1 Allmänt. Avtalsfrihet. Pacta sunt servanda

I immaterialrättsliga avtal kan det förekomma klausuler av olika innebörd och stränghet. Utgångspunkten för kontrahering i Sverige är *avtalsfrihet*, vilket innebär att man kan påbörda varandra ganska långtgående förpliktelser och rättigheter. Dessutom skall avtal enligt den grundläggande principen *pacta sunt servanda*, hållas. Utgångspunkten är således att parter är fria att avtala som de vill, och att de också som regel är skyldiga att följa det som avtalats.

3.3.2 Jämkning och ogiltighet av immaterialrättsliga avtal

Lagstiftaren har emellertid ansett att man i vissa fall bör kunna ingripa i parternas avtal. I mitten av 1970-talet tillkom den s.k. generalklausulen 36 § AvtL. Tillsammans med de övriga ogiltighetsreglerna i 3 kap. AvtL⁵⁹ och vissa oskrivna rättsprinciper skapar den ett system för ogiltighetsförklaring eller jämkning av avtalsvillkor som enligt lagstiftarens tycke inte bör uppmuntras.⁶⁰ Innan tillkomsten av 36 § AvtL, fanns flertalet liknande generalklausuler som tillät jämkning av avtalsvillkor inom specifika områden, t.ex. 8 § skuldebrevslagen. Dessa bestämmelser ansågs ge uttryck för en allmän obligationsrättslig princip som ger domstolar frihet att åsidosätta villkor vilkas tillämpning i det särskilda fallet skulle framstå som klart otillbörlig.⁶¹ I upphovsrättslagen återfanns tidigare i 29 § ett stadgande som möjliggjorde jämkning eller lämnande utan avseende av villkor i överlåtelseavtal avseende upphovsrätt, om tillämpning av villkoret uppenbarligen skulle strida mot god sed eller annars vara otillbörlig.⁶² Bestämmelsen motiverades med att upphovsmannen ofta var den svagare parten, genom avsaknad av kunskap om ekonomiska och affärsmässiga överväganden samt ofta saknade den erfarenhet som krävs för att uppskatta värdet av den rätt som överlåts. Bestämmelsen upphörde att gälla i samband

⁵⁸ Se Domeij, 2003, s. 19-20.

⁵⁹ Enligt Bernitz torde dock tillämpning av avtalsrättens allmänna ogiltighetsregler rörande bl.a. tvång, svek och ocker på konkurrensbegränsande avtal, bara kunna komma ifråga i enskilda fall av närmast extrem karaktär. Se vidare Bernitz, 1999, s. 61.

⁶⁰ Det finns också tvingande lagregler inom arbetsrätten och konsumentskyddslagstiftningen som inskränker avtalsfriheten, samt bestämmelserna vid överlåtelse av fast egendom.

⁶¹ Se t.ex. prop. 1975/76:81, s. 19.

⁶² Se prop. 1960:17, s. 389.

med ikraftträdandet av 36 § AvtL, som är tillämplig på alla förmögenhetsrättsliga avtal.⁶³ Med detta försvann också kravet på uppenbar obillighet; numera krävs ”endast” att villkoret anses oskäligt. I förarbetena till patentlagen (1967:837) övervägde man en liknande paragraf för frivilliga licensupplåtelser. Tanken avvisades dock av departementschefen, med hänvisning till att bestämmelserna i lagen i princip inte behandlade avtalsförhållanden. Dock ansåg man att domstols rätt att jämka oskäliga avtalsvillkor torde vara uttryck för en allmän rättsgrundsats, som också utan uttrycklig bestämmelse i patentlagen kunde tillämpas inom patenträttens område.⁶⁴ Rättsläget klargjordes vid tillkomsten av 36 § AvtL. Eftersom 36 § AvtL är tillämplig på alla förmögenhetsrättsliga avtal, är den således tillämplig även på patentlicensavtal. Det kan vid långtgående avtalsvillkor i patentlicensavtal bli aktuellt med en jämkning eller åsidosättande i enlighet med generalklausulen i 36 § AvtL.⁶⁵

3.3.3 Generalklausulen i 36 § avtalslagen

Enligt 36 § AvtL kan ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. God affärssed faller under övriga omständigheter, medan senare inträffade förhållanden möjliggör för ändringar i långvariga avtalsförhållanden. Enligt andra stycket bör särskild hänsyn tas till om ena parten är konsument eller eljest intar en underlägsen ställning. Bestämmelsen är tvingande. Om villkoret är av sådan betydelse att avtalet inte skäligen kan göras gällande enligt dess innehåll, får avtalet i dess helhet jämkas. Generalklausulen är i princip gemensam för de nordiska länderna⁶⁶ och är tillämplig inom hela förmögenhetsrätten.⁶⁷

Paragrafen är mycket betydelsefull, eftersom den ger domaren möjlighet att ta hänsyn till alla åberopade omständigheter som han finner betydelsefulla. Det blir också möjligt att ogiltigförklara avtal eller avtalsvillkor som parter frivilligt slutit.⁶⁸ Praxis är hittills inte särskilt utvecklad på området, men det torde krävas starka skäl för att jämkning skall ske av kommersiella avtal.⁶⁹

⁶³ Se t.ex. prop. 1975/76:81, s. 74.

⁶⁴ Se prop. 1975/76:81, s. 19 och vidare NJA II 1968 s. 77.

⁶⁵ Det skulle möjligtvis också gå att tillämpa förutsättningsläran, men eftersom jag anser det ligga utanför ramen för detta arbete, kommer det inte att beröras närmare.

⁶⁶ Det kan därför finnas anledning att använda övrig nordisk rättspraxis på området som vägvisare. Enligt von Post finns det inte några avgörande sakliga skillnader mellan de olika nordiska generalklausulerna, se Von Post, Claes- Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, 1999 (cit. von Post, 1999), s. 56, 77.

⁶⁷ Se SOU 1974:83, s. 194; von Post, 1999, s. 29-30.

⁶⁸ Detta ger enligt Ramberg uttryck för den s.k. ekvivalenstanken, som utgår ifrån att parterna ingått avtalet i syfte att erhålla jämförbara prestationer av varandra. Det skall således föreligga en balans i avtalet. Läs mer i Ramberg, Ramberg, 2002, s. 148-149.

⁶⁹ Se Domeij, 2003, s. 241. Se även tyska högsta domstolens dom i mål BGH 1993-03-11, GRUR 1993 s. 595 (596), där domstolen uttalade att jämkning bara kan ske utifrån den

3.3.4 Konkurrensklausuler; 38 och 36 §§ AvtL

Det är vanligt att en konkurrensklausul infogas i ett licensavtal. Enligt 38 § AvtL kan konkurrensklausuler förklaras ogiltiga om de sträcker sig längre, t.ex. i tid och ort, än vad som kan anses skäligt. Stadgandet gäller konkurrensklausuler både i avtal mellan näringsidkare och i arbetsrättsliga relationer.⁷⁰ En konkurrensklausul i ett patentlicensavtal innebär i allmänhet i ett patentlicensavtal att part åtar sig att inte befatta sig med produkter som kan uppfattas som substitut till den licensierade produkten, eller att konkurrera inom samma geografiska område.⁷¹ Enligt motiven är kravet på konkurrenssyfte uppfyllt dels när syftet är att avvärja konkurrens från sin motpart, dels när syftet är att hindra konkurrens från annat håll.⁷²

38 § AvtL fungerar efter tillkomsten av generalklausulen 36 § AvtL som en specialbestämmelse till denna. Jämkning av konkurrensklausuler kan således ske såväl med hjälp av generalklausulen som med hjälp av 38 § AvtL.

3.4 Tillämpning av 36 § avtalslagen på kommersiella avtal

3.4.1 Skydd för småföretagare

Enligt generalklausulutredningen hade det visat sig finnas ett behov av att kunna jämka otillbörliga avtalsklausuler även utanför området av avtal mellan näringsidkare och konsument.⁷³ Även om 36 § AvtL kan tillämpas mellan jämbördiga parter, är avsikten främst att skydda en underlägsen part i avtalsförhållandet. Detta kommer till uttryck i andra stycket, enligt vilket skall man ta särskild hänsyn till om någon av parterna är konsument eller i annat fall intar en *underlägsen ställning* i avtalsförhållandet.⁷⁴

tyska läran om bortfall av avtalets affärsmässiga grund. Ett exempel är helt oacceptabla förändringar i produktionskostnadssituationen. Att avtalet var mycket oförmånligt om det upprätthölls enligt sin ordalydelse, var inte tillräckliga skäl för jämkning.

⁷⁰ Se Bernitz, Ulf, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt- Ett utvecklingsperspektiv. Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, 1999 (cit. Bernitz, 1999), s. 54 f.

⁷¹ Se Levin, Nordell, 1995, s. 39-40; Lidgard, 1997, s. 232.

⁷² Se Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m m angivna den 31 jan. 1914 av därtill åbedda kommitterade, s. 160.

⁷³ Se SOU 1974:83, s. 109 f.

⁷⁴ Jfr den tidigare 26 § URL. Syftet bakom denna paragraf var också främst att skydda svagare part i avtalsförhållandet.

Med underlägsen ställning åsyftas i första hand enligt motiven att öka skyddet för småföretagare.⁷⁵ Skyddsvärda kategorier är enligt generalklausulutredningen lantbrukare, fiskare, skogsarbetare och hantverkare. Även underleverantörer till en stark motpart eller återförsäljare i samma situation anses skyddsvärda.⁷⁶ Enligt Bernitz bör man vid fastställandet av begreppet småföretagare som utgångspunkt ta den styrkeposition som den mindre företagaren har i avtalsförhållandet.⁷⁷ Ett småföretagarförhållande får anses råda i långvariga avtalsförhållanden mellan en leverantör och dess distributörer. Distributören befinner sig i en beroendeställning. Det samma kan anses gälla i ett avtalsförhållande mellan leverantör och ensamåterförsäljare, samt i andra avtalsförhållanden där en av parterna i en situation där denne är mer eller mindre tvingad att godta de villkor som motparten erbjuder.⁷⁸

Även juridiska personer torde kunna inta relevant underlägsen ställning.⁷⁹ HD har i ett flertal fall behandlat frågan om underlägsen ställning.⁸⁰ Utifrån praxis, doktrin och förarbeten kan slutsatsen dras att alla mindre företag, oberoende av näringsform, kan anses särskilt skyddsvärda till följd av en underlägsen ställning.⁸¹ En annan sak är att HD i få fall ansett jämkning påkallad på grund av underlägsen ställning. Enligt von Post torde jämkning kunna komma ifråga om underlägsen ställning förekommer i kombination med ett, i det närmaste generellt sett, oskäligt villkor.⁸² Vid villkor i patentavtal, torde det främst vara privatpersoner och oerfarna aktörer som skulle kunna få till stånd en jämkning.⁸³

36 § 2 st. har hittills haft liten betydelse i kommersiella förhållanden. En eventuell ändring i den civilrättsliga lagstiftningen för att stärka situationen för småföretagare har varit uppe i diskussion. Åsikten har framförts att småföretagare bör likställas med konsumenter i vissa hänseenden.

⁷⁵ Se vidare Bernitz, Kjellgren, 2002, s. 152.

⁷⁶ Se a.a.

⁷⁷ Enligt Bernitz finns inget preciserat småföretagarbegrepp inom civilrätten, men urskiljer ett område av typiska småföretagare; mindre butiker och reparationsrörelser, hantverkare, bönder, fiskare, självständiga utövare av fria yrken m.fl. Bernitz, Ulf, *Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor*, *Festskrift till Sveriges Advokatsamfund*, 1987 (cit. Bernitz, 1987), s. 119 f.

⁷⁸ Jfr SOU 1974:83, s. 109 f.

⁷⁹ Se von Post, 1999, s. 114.

⁸⁰ Se bl.a. NJA 1979 s. 483, NJA 1979 s. 666, NJA 1983 s. 332, NJA 1999 s. 408.

⁸¹ Se von Post, 1999, s. 112, Bernitz, 1987, s. 127 f.

⁸² Se von Post, 1999, s. 113, där han hänvisar vidare till NJA 1983 s. 332 (Remburs), där banken intog en överlägsen ställning samt villkoret var säreget.

⁸³ Domeij, 2003, s. 241.

3.4.2 Tillämpning av 36 § AvtL mellan jämställda näringsidkare

Inom både doktrin och praxis har intagits en restriktiv hållning mot att jämka villkor i avtal mellan näringsidkare.⁸⁴ Även om det enligt von Post förefaller vara av betydelse att den part som begär jämkning är skyddsvärd enligt andra stycket, torde enligt motiven jämkning även mellan jämställda näringsidkare kunna komma ifråga i undantagsfall.⁸⁵ Detta motiveras med att "... även välformulerade och välavvägda villkor i undantagsfall kan leda till otillbörliga konsekvenser om de tillämpas strikt efter sitt innehåll."⁸⁶ Det är omöjligt att förutse alla situationer som kan uppkomma, och att detaljreglera alla tänkbara situationer som skulle kunna uppkomma, är i praktiken omöjligt. Detta gäller i synnerhet långvariga avtalsförhållanden, där förhållandena kan ändras över tiden. Enligt motiven finns således en liten möjlighet att också jämka avtal eller avtalsvillkor mellan jämbördiga näringsidkare. Ibland torde till och med en jämkning till förmån för starkare part kunna motiveras.⁸⁷

En annan sak är att jämkning kan få mindre betydelse i affärsmässiga förbindelser, på grund av att dessa har särskilda skäl och möjligheter till annan form av uppgörelse. Detta avspeglas i den sparsamma praxis som finns på området. Hittills har man emellertid inte velat utsträcka skyddet ytterligare.⁸⁸

3.5 Lagen (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare och 36 § AvtL

36 § AvtL är tillämplig när man kommer fram till att ett avtalsvillkor i ett enskilt fall är oskäligt. Jämkning eller ogiltigförklarande av avtalet kan därmed följa. Paragrafen kan emellertid inte användas för att förbjuda en näringsidkare att i framtiden använda sig av oskäliga avtalsvillkor. Eftersom man inte helt kan förlita sig på frivilliga lösningar från näringslivets sida, borde 36 § avtalslagen kompletteras med näringsrättslig lagstiftning motsvarande AVLK, lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden.⁸⁹ År 1984 byggde man ut den marknadsrättsliga regleringen genom en särskild lag angående avtalsvillkor mellan näringsidkare, AVLN.⁹⁰

⁸⁴ Se Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, tredje upplagan, 1995, s. 242; NJA 1987 s. 639 (skiljeklausul), NJA 1992 s. 290 (skiljeklausul).

⁸⁵ Se von Post, 1999, s. 111.

⁸⁶ Se SOU 1974:83, s. 109 f.

⁸⁷ Se a.a., s. 110-111.

⁸⁸ Se t.ex. prop. 1983/84:92, s. 32.

⁸⁹ Se prop. 1983/84:92, s. 7-10.

⁹⁰ Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

I motiven till AVLN⁹¹ understryks vikten av att komma till rätta med oskäligen avtalsvillkor mellan näringsidkare. I synnerhet åsyftas att stärka de mindre företagens ställning.⁹² Motsvarande tydliga markering återfinns inte i motiven till generalklausulen.⁹³ Enligt 1 § kan Marknadsdomstolen förbjuda en näringsidkare att använda sig av villkor som är att anse som oskäligen. Vid den marknadsrättsliga skälighetsprövningen skall man enligt 2 § ta särskild hänsyn till behovet av skydd för den som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

I motiven till AVLN diskuteras inte samspelet mellan 36 § AvtL och AVLN.⁹⁴ Det finns dock några avgörande skillnader mellan dem. Beslut enligt AVLN gäller framtida avtal, och lagen syftar till att skydda näringsidkarkollektivet. Marknadsdomstolen får vid bedömningen endast utgå från typiska situationer, och individuella förhållanden får ej beaktas. Bedömningen enligt 36 § AvtL skall innefatta omständigheterna i det särskilda fallet. Med hjälp av AVLN kan man förbjuda fortsatt användning av det prövade villkoret, men påverkar inte det avtal vari villkoret finns.

För att jämka eller helt lämna utan avseende ett villkor i ett konkret fall, är man hänvisad till tillämpning av 36 § AvtL.⁹⁵ Detta innebär att ett avtalsvillkor som förbjuds enligt AVLN inte per automatik också strider mot 36 § AvtL, och vice versa, även om detta torde vara det vanliga.

Enligt von Post torde ändå praxis enligt AVLN kunna innefatta vägledning också för tillämpning av 36 § AvtL.⁹⁶ AVLN har dock endast används i ett fåtal fall hittills, och endast i ett par fall har man ansett avtalsvillkoret vara oskäligt.⁹⁷

3.6 Närmare om bedömningen vid jämkning eller ogiltigförklaring av patentlicensavtal med hjälp av 36 § AvtL

3.6.1 Allmänt

Enligt förarbetena måste man vid tillämpningen av 36 § AvtL göra en avvägning *i det enskilda fallet* av avtalsvillkoren. I enlighet med proportionalitetsprincipen får ett avtalsvillkor inte beaktas isolerat, utan måste prövas i förhållande till hela avtalsinnehållet.⁹⁸ Man bör även ta

⁹¹ SOU 1981:31 Avtalsvillkor mellan näringsidkare.

⁹² SOU 1981:31; Prop. 1983/84:92 om avtalsvillkor mellan näringsidkare, s.1.

⁹³ Se von Post, 1999, s. 125.

⁹⁴ Bernitz har uppmärksammat detta. Se vidare Bernitz, 1987, s. 138.

⁹⁵ Se prop. 1983/84:92, s. 32.

⁹⁶ Se von Post, 1999, s. 125.

⁹⁷ Se Ramberg, Ramberg, 2002, s. 158.

⁹⁸ Se SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten, s. 195 och 132 ff.

hänsyn till andra avtal mellan parterna som har samband med det aktuella avtalet. Enligt utredningen till lagförslaget om generalklausulen är det emellertid önskvärt att domstolarna så långt möjligt också ger sina avgöranden kring 36 § AvtL principiell prägel.⁹⁹ Detta får enligt von Post anses innebära ett slags indirekt skydd för näringsidkarkollektivet.¹⁰⁰

Ur förarbetena till generalklausulen kan utläsas ett antal typsituationer där 36 § AvtL kan bli tillämplig. När ena parten ensam förbehåller sig beslutanderätten i en viss fråga, missförhållande mellan parternas prestationer, orimlig proportion mellan kontraktsbrott och påföljd, ena parten frångår utan skäl sin egen praxis, ett villkor lämnar stort utrymme för den överlägsne partens skön eller då en part utsätts för diskriminerande behandling nämns.¹⁰¹ Jan Ramberg och Christina Ramberg har till denna lista lagt till senare inträffade omständigheter som medför att ett avtalsvillkor drabbar part oskäligt hårt och att ett avtalsvillkor försvårar för en part att göra gällande sina rättigheter enligt avtalet.¹⁰² I motiven till generalklausulen behandlas dessutom ett antal klausuler mer ingående.¹⁰³

3.6.2 Oskälighetsbedömningen

3.6.2.1 Allmänt

Vid oskälighetsbedömningen skall man utgå ifrån det ifrågasatta villkoret. Avtalsvillkoret måste vara *oskäligt* för att jämkning eller åsidosättande av klausulen skall kunna komma ifråga. Ett ingripande med stöd av generalklausulen kan företas dels när avtalsvillkoret i sig är oskäligt, och dels när tillämpningen av villkoret i ett särskilt fall gör det oskäligt.¹⁰⁴ Lagtexten erbjuder inte någon definition av oskälighetsbegreppet, vilket kan leda till svårigheter i att förutse utfallet.

Vid bedömningen måste man jämföra det påstått oskäliga avtalsvillkoret med vad som är *normalt* i den föreliggande avtalssituationen.¹⁰⁵ Vid bedömningen kan man hämta ledning i förarbeten och branschpraxis. Utan sådana referenspunkter är det väldigt svårt att göra en skälighetsbedömning. En följdfråga är sedan hur stor avvikelser från det normala måste vara för att det skall anses vara oskäligt. Även här får man se till förarbetsuttalanden och rättspraxis.¹⁰⁶ Eftersom såväl branschpraxis som domstolspraxis är

⁹⁹ Se SOU 1974:83, s. 195.

¹⁰⁰ Se von Post, 1999 s. 134.

¹⁰¹ Se Bernitz, 1987, s. 125 och vidare SOU 1974:83, s. 147 ff.

¹⁰² Se Ramberg, Ramberg, 2002, s.152.

¹⁰³ Dessa är: pris- och indexklausuler, förfalloklausuler, viten och standardiserade skadestånd, förverkandeklausuler, friskrivningsklausuler och andra skadeståndsklausuler, generalpantklausuler samt skiljeklausuler. Se vidare SOU 1974:83, s. 163 ff.

¹⁰⁴ Se von Post, 1999, s. 31.

¹⁰⁵ Se Ramberg, Ramberg, 2002, s. 149.

¹⁰⁶ Se a.a., 2002, s. 150.

sparsam på patentlicensavtalsområdet, kan detta leda till svårigheter vid oskälighetsbedömningen.

3.6.2.2 Avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt

Vid prövningen skall man alltid ta hänsyn till samtliga föreliggande omständigheter. De viktigaste av dessa är de som omnämns i lagtexten; avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden samt omständigheterna i övrigt.¹⁰⁷

Vad gäller *avtalets innehåll*, har MD i två fall med stöd av AVLN förbjudit villkor innefattande ensidig ändringsrätt.¹⁰⁸ Enligt utredningen kan Marknadsdomstolens praxis vad gäller AVLN ge viss vägledning för tillämpningen av generalklausulen.¹⁰⁹ Man bör enligt utredningen rent allmänt kunna ta hänsyn till värdet av förmånerna på ömse sidor, förhållandet mellan kontraktsbrott och påföljd, samt parts missbruk av rättighet. Med det sistnämnda menas att part utövar en rättighet för att tillgodose ett intresse som är ett annat än det vilket rättsordningen avsett att skydda.¹¹⁰

Nästa omständighet som nämns i lagtexten är *omständigheterna vid avtalets tillkomst*. Enligt von Post torde det krävas alldeles särskilda förhållanden för att detta skall få betydelse i kommersiella förhållanden.¹¹¹ Rekvisitet *senare inträffade förhållanden* torde kunna få betydelse vid jämkning av långvariga avtal.¹¹² Det finns inte mycket praxis, men visst stöd för detta torde föreligga.¹¹³ Slutligen anges *omständigheterna i övrigt*. God affärssed har i praxis tillmätts betydelse, se t.ex. NJA 1981 s. 400.

3.6.2.3 Hänsyn till innehållet i rättsregler; betydelsen av konkurrenslagstiftningen

Enligt generalklausulutredningens riktlinjer kan en domstol ta viss hänsyn till dispositiva lagregler vid oskälighetsbedömningen. HD har dock hittills inte tillämpat 36 § avtalslagen vid avtalad, långtgående modifiering av dispositiva regler i kommersiella avtal.¹¹⁴ För patentlicensavtalsområdet finns dessutom, förutom 43 § PL, ingen dispositiv lagstiftning att falla tillbaka på.

¹⁰⁷ SOU 1974:83, s. 195.

¹⁰⁸ MD 1985:16, MD 1995:33.

¹⁰⁹ Se SOU 1974:83, s. 137 ff.

¹¹⁰ Se a.a., 152 ff.

¹¹¹ Se von Post, 1999, s. 160 med hänvisning till NJA 1979 s. 666, NJA 1983 s. 332.

¹¹² SOU 1974:83, s. 156 f.

¹¹³ Se von Post, 1999, s. 167.

¹¹⁴ Se a.a., s. 184.

Däremot kan man vid oskälighetsbedömningen ta hänsyn till om ett villkor strider mot konkurrenslagstiftningen. Enligt generalklausulutredningen bör det förhållandet, att MD bedömt att ett avtal innebär en skadlig konkurrensbegränsning, kunna utgöra ett skäl för att en enskild part inte skall behöva vara bunden vid avtalet enligt dess innehåll.¹¹⁵ Om ett avtal strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, skulle det kunna utgöra skäl för att det också skall förklaras ogiltigt enligt de avtalsrättsliga bestämmelserna. Eftersom konkurrensrätten numera är gemenskapsrättslig, torde EG-domstolens och Kommissionens domar kunna få avgörande betydelse också för svensk avtalsrätt.

Enligt utredningen kan dessutom avtal, som inte anses strida mot konkurrensbestämmelserna, men som ändå innehåller betungande konkurrensrättsliga moment, anses strida mot 36 § AvtL.¹¹⁶ Som exempel på detta, kan nämnas avtal som faller in under gruppundantag eller bagatellundantag. Att dessa avtal godkänts av konkurrenslagstiftningen, innebär således inte automatiskt att det också är godtagbart av andra delar av rättsordningen, såsom t.ex. avtalsrätten. I vissa fall bör generalklausulen kunna komma till användning.¹¹⁷ Enligt Bernitz har dock HD uppvisat en stor obenägenhet att söka utveckla bedömningsprinciper av konkurrensrättslig karaktär, och konsekvent stått fast vid pacta sunt servanda-principen och en ovillig inställning till att ingripa i kommersiella avtal.¹¹⁸

Enligt Bernitz har dock tiden kommit för en ökad integration mellan de konkurrensrättsliga och avtalsrättsliga normsystemen. Konkurrensreglerna är att se som en del av det moderna svenska samhällets centrala lagstiftning, och ger uttryck för samhällets grundläggande värderingar på konkurrensrättens område. Ytterligare stöd för detta ges i förslaget till den nya lagen om skiljeförfarande, där man föreslagit att skiljemän skall ha behörighet att pröva konkurrensrättsliga spörsmåls civilrättsliga verkningar mellan parterna, dock under förutsättning att part åberopat konkurrensrättsliga frågor. Det framgår också av motiven att lagstiftaren räknar med att skiljemän skall förhålla sig lojala till den nya konkurrensrättsliga lagstiftningen.¹¹⁹

3.6.3 Rättsföljd: Jämkning eller ogiltigförklaring

Om avtalsvillkoret i fråga bedöms vara oskäligt enligt 36 § avtalslagen, skall det aktuella villkoret jämkas eller lämnas utan avseende. Enligt

¹¹⁵ Se SOU 1974:83, s. 144.

¹¹⁶ Se a.a. samt prop. 1975/76:81, s. 122 f.

¹¹⁷ Bernitz, Ulf, *Standardavtal och konkurrensbegränsning*, Festskrift till Jan Ramberg, 1996, s. 51 ff.

¹¹⁸ Se Bernitz, 1999, s. 63.

¹¹⁹ Se prop. 1998/99:35, s. 54 ff, 213.

generalklausulutredningen har ingen av de båda påföljderna företräde framför den andra.¹²⁰ Enligt föredraganden kan det dock vara naturligt att domstolarna i första hand försöker jämka ett avtalsvillkor. På så sätt kan man undvika att en kanske olämplig dispositiv regel automatiskt sätts istället. Det kan särskilt vara en lämpligare lösning för kommersiella avtal.¹²¹

Om villkoret är av sådan betydelse för avtalet att det inte skäligen kan gälla med oförändrat innehåll, kan avtalet i övrigt jämkas eller helt lämnas utan avseende, d.v.s. ogiltigförklaras i dess helhet. Detta ger uttryck för den helhetsbedömning som ofta förespråkats i förarbetena.¹²² Domstolarna får genom denna regel en mycket vidsträckt möjlighet att skriva om större eller mindre delar av avtalet, eller t.o.m. ogiltigförklara hela. Befogenheten sträcker sig således längre än till enbart det omstridda avtalsvillkoret.¹²³

Jämkning är ofta den mest lämpliga lösningen, särskilt när det rör sig om en oförutsedd situation. Det negativa anses ofta vara att jämkning innebär att domstolen gör ett kontrakt åt parterna. Dock leder ju varje ingrepp i ett avtal till att det blir gällande i en annan lydelse än den ursprungliga. Jämkning har också ansetts vara en smidigare lösning än att bara tillåta total eller partiell ogiltighet.¹²⁴

Vid jämknigen bör domstolen ha full frihet att välja lämpliga lösningar som är anpassade till parts yrkanden.¹²⁵ Jämkning kan dessutom bara ske inom ramen för parternas yrkanden. I propositionen väljer man att överlämna frågan om hur långt jämkning skall ske i det enskilda fallet till rättstillämpningen.¹²⁶

Att villkoret lämnas utan avseende, innebär att det betraktas som obefintligt eller ogiltigt. Detta är den vanligaste formen av ingripande med hjälp av generalklausulen. Ogiltigförklaring av villkor kan enligt generalklausulutredningen fungera preventivt, genom att parter undviker att infoga oskäligen avtalsvillkor för att inte riskera att dispositiva regler sätts i dess ställe.¹²⁷ För kommersiella avtalsförhållanden torde dock jämkning vara att föredra.¹²⁸

¹²⁰ Se SOU 1974:83, s. 120.

¹²¹ Se prop. 1975/76:81, s. 110.

¹²² Se t.ex. a.a, s. 110.

¹²³ Se Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, 3 uppl., 1995, s. 245.

¹²⁴ Se SOU 1974:83, s. 120, von Post, 1999, s. 253.

¹²⁵ Se SOU 1974:83, s. 121.

¹²⁶ Se prop. 1975/76:81, s.138 f.

¹²⁷ SOU 1974:83, s. 120 f.

¹²⁸ von Post, 1999, s. 255.

4 Konkurrensrättsliga aspekter på patentlicensavtal

4.1 Förhållandet mellan nationell och gemenskaprättslig konkurrensrätt

4.1.1 Allmänt

Konkurrenspolitiken har länge spelat en stor roll både nationellt och regionalt. Konkurrensrätten är numera gemenskaprättslig, och den svenska konkurrenslagen (1993:20), motsvarar i princip helt den EG-rättsliga. Efter Sveriges inträde i EU, äger dessutom de gemenskaprättsliga konkurrensreglerna direkt tillämplighet i Sverige. Konkurrensrätten innehar en ytterst central ställning i EU: s integrationspolitik och ger uttryck för det ekonomiska system som EU vilar på. Enligt art. 3 och 4 i Fördraget skall den ekonomiska politiken bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, och verksamheten skall innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen på den inre marknaden inte snedvrids. Denna ordning anses innefatta tre olika mål; upprätthållandet av effektiv och fungerande konkurrens, rättvis konkurrens¹²⁹ samt användandet av konkurrensrättsreglerna för att uppnå målet med en enhetlig, gemensam marknad.¹³⁰ Konkurrenspolitiken syftar dessutom till att maximera konsumenternas välbefinnande genom en optimal allokering av resurserna.¹³¹ I ett gemenskaprättsligt perspektiv är det således av största vikt att det råder enhetliga konkurrensvillkor inom hela den gemensamma marknaden, så att inte den fria rörligheten för varor och tjänster över medlemsstaternas gränser försvåras eller hindras.¹³²

De svenska respektive gemenskaprättsliga konkurrensreglerna anses gälla parallellt, och kan också tillämpas parallellt.¹³³ Om de nationella domstolarna tillämpar de nationella konkurrensreglerna på ett avtal med gemenskapsdimension, är de samtidigt skyldiga att tillämpa de gemenskaprättsliga, se artikel 3 i förordning 1/2003. Tillämpningen av de nationella reglerna får inte ske på ett sådant sätt att den enhetliga tillämpningen av EG: s konkurrensregler och den fulla effekten av de åtgärder som vidtas för att upprätthålla dessa regler hindras.¹³⁴

¹²⁹ T.ex. i form av speciellt skydd för små och medelstora företag.

¹³⁰ Se Anderman, 1998, s. 16.

¹³¹ Se Prop. 1992/93:56 s. 4, Nordell, 2003, s. 20 och Craig, de Búrca, 2003, s. 936-937.

¹³² Se Carlsson, 1999, s. 23.

¹³³ Genom proposition 1999/2000:140, konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald, som anger inriktningar och prioriteringar för den svenska konkurrenspolitiken på 2000-talet, ges svenska konkurrensmyndigheter möjlighet att tillämpa EG:s konkurrensregler.

¹³⁴ Se EG-domstolens dom i mål 14/68 Walt Wilhelm m.fl. mot Bundeskartellamt; Carlsson m fl., 1999, s. 1.

4.1.2 Vägledning från EG-rättslig praxis

Enligt förarbetena kan man vid tillämpningen av de svenska bestämmelserna hämta vägledning dels från EG-domstolens och Kommissionens praxis, dels från praxis i andra länder som tillämpar den s.k. *förbudsprincipen*.¹³⁵ Den *amerikanska antitrustlagstiftningen* är ett exempel på ett utländskt rättssystem som ofta framhålls som förebild för både den svenska och den gemenskrättsliga konkurrenslagstiftningen.

När man söker ledning i EG-domstolens praxis bör man ha i åtanke att några element skiljer den nationella konkurrenslagstiftningen från den gemenskrättsliga. De EG-rättsliga konkurrensreglerna utgör en del av ett gemenskapssystem. Detta system har såsom ovan påpekats bland annat till syfte att eliminera handelshinder och skapa en enhetlig gemensam marknad med effektiv konkurrens.¹³⁶ Ibland kan dessutom en tillämpning av den svenska konkurrenslagen behöva anpassas efter de särskilda förhållanden som gäller i Sverige. Därmed bör tolkningen av uttalanden av EG-domstolen och Kommissionen göras med viss försiktighet och restriktivitet. Samma sak gäller när man söker vägledning i andra länders praxis. Man bör då ta i beaktande de relevanta rättsliga och historiska sammanhang som det främmande rättssystemet framträder i.¹³⁷

4.1.3 Samhandelskriteriet

De gemenskrättsliga bestämmelserna skiljer sig från de svenska så till vida att de innehåller ett s.k. *samhandelskriterium*. Detta innebär att de EG-rättsliga konkurrensreglerna är tillämpliga endast om avtalet har gemenskapsdimension, d v s att det finns en potentiell möjlighet att det kan påverka handeln mellan medlemsstater inom EU.¹³⁸ Kriteriet används för att definiera tillämpningsområdet för de gemenskrättsliga konkurrensrättsreglerna i förhållande till nationell rätt. Nationell rätt och gemenskrätt har delvis olika syften; gemenskrätten skyddar den

¹³⁵ Den nya svenska konkurrenslagen bygger på den s.k. förbudsprincipen som innebär att vissa konkurrensbegränsningar i sig är skadliga och därför skall vara förbjudna. Den äldre lagen byggde istället på den s.k. missbruksprincipen som innebär att ett ingripande sker när ett konkurrensbegränsande beteende i det enskilda fallet har bedömts få skadlig verkan från allmän synpunkt. Se Carlsson m fl., 1999, s. 17.

¹³⁶ Se art. 3 EGF.

¹³⁷ Se Prop. 1992/93:56 s. 21.

¹³⁸ Se exv. Art 81.1 ”i den mån att det kan påverka handeln mellan medlemsstater...”. Se även art 82.

mellanstatliga konkurrensen medan den nationella rätten värnar om den *inomstatliga*.¹³⁹ Man kan således se det som en fråga om jurisdiktion.

EGD och Kommissionen tolkar begreppet mycket vidsträckt.¹⁴⁰ Påverkan kan enligt EGD vara direkt eller indirekt, faktisk eller potentiell¹⁴¹, dessutom krävs det inte att företagen ifråga har sitt säte inom gemenskapen.¹⁴² Helsvenska avtal, d.v.s. mellan företag på den svenska marknaden, uppfyller dock sällan kravet på gemenskapsdimension, eftersom de oftast endast påverkar handeln inom en medlemsstat. Kommissionen har utgivit ett tillkännagivande med riktlinjer för bedömandet av samhandelskriteriet.¹⁴³

Enligt Förordning (EC) nr 1/2003¹⁴⁴, som ersätter förordning 17/64, är nationella konkurrensmyndigheter och domstolar, när de tillämpar nationella konkurrensregler, också skyldiga att tillämpa artikel 81.1, om denna regel är tillämplig.¹⁴⁵ Dessutom kan enligt förordning 1/2003, ett avtal etc. som uppfyller samhandelskriteriet men som inte står i strid med artikel 81.1, inte förbjudas enligt nationella konkurrensbestämmelser.¹⁴⁶ Slutsatsen är således att giltighet av sådana avtal enligt de gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelserna automatiskt leder till att de också är giltiga enligt nationell konkurrensrätt.

4.2 Inneboende konflikt mellan immaterialrätt och konkurrensrätt?

4.2.1 Medelbara konkurrensfördelar

I en marknadsekonomi eftersträvas *effektiv konkurrens*. Såsom tidigare angetts, ger immaterialrättigheter rättighetsinnehavarna ett *de facto monopol* på marknaden. Man kan således ställa sig frågande till om det inte föreligger en inneboende konflikt mellan konkurrensrätten och immaterialrätten. För att en *typiskt* sett konkurrensbegränsande åtgärd också skall anses vara *reellt* konkurrensbegränsande, krävs emellertid att begränsningen i någon

¹³⁹ Se Carlsson m fl., 1999, s. 436-439, och Tritton m fl., 2002, s. 589 och EG-domstolens inställning i mål 6-7/73 Instituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents v. Kommissionen.

¹⁴⁰ Se t.ex. mål 42/84 Remia mot Kommissionen.

¹⁴¹ Se EG-domstolens dom i mål 56 & 58/64 Consten SARL & Grundig-Verkaufs-GmbH v. Kommissionen.

¹⁴² Se mål 80/95 etc. Re Woodpulp Cartel.

¹⁴³ Tillkännagivande från kommissionen, Riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07).

¹⁴⁴ Rådets förordning (EG) No. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

¹⁴⁵ Se artikel 3.1.

¹⁴⁶ Se artikel 3.2.

omfattning har skadlig inverkan ur allmän synvinkel. Trots att en åtgärd således typiskt sett är konkurrensbegränsande, kan den alltså från allmän synpunkt ändå anses ha konkurrensfrämjande effekter. Så är fallet med immaterialrätter.

Immaterialrätterna ger innehavaren en ensamrätt. Samtidigt uppmuntrar immaterialrätterna till fortsatt forskning och utveckling, vilket är positivt för samhällsutvecklingen.¹⁴⁷ De ger dessutom små och medelstora företag en ökad konkurrensmöjlighet. Utifrån denna synvinkel tjänar immaterialrätten och konkurrensrätten således samma övergripande syften i en marknadsekonomi.¹⁴⁸ Immaterialrätterna ger mot denna bakgrund, trots sin konkurrensbegränsande natur, upphov till sådana *medelbara konkurrensfördelar* att de ändå bör tillåtas.¹⁴⁹

Detta hindrar emellertid inte att de rättsliga monopolen i enstaka fall kan missbrukas. Då kan det bli aktuellt med ett ingripande enligt konkurrenslagstiftningen. I den svenska konkurrenslagstiftningen är det förbuden i 6 § KL mot konkurrensbegränsande avtal och i 19 § KL om missbruk av dominerande ställning som i första hand kommer ifråga. Dessa bygger i sin tur på, och motsvarar i stort helt, artikel 81 och 82 i EG-fördraget (EGF).¹⁵⁰ Enligt Steven D. Anderman utgör artikel 81 och 82 en ”ram” för regleringen av immaterialrätten.¹⁵¹

4.2.2 Konkurrensrätt och patentlicensavtal

Själva slutandet av ett patentlicensavtal kan anses utgöra en konkurrensbegränsning, eftersom konkurrenterna inte har rätt att fritt utöva den patenterade uppfinningen. Denna konkurrensbegränsning har emellertid accepterats av lagstiftaren.¹⁵² Patentlicensavtal anses generellt vara positiva för konkurrensen, eftersom de ger små- och medelstora företag en ökad möjlighet att konkurrera med de stora eller dominerande företagen. De reducerar monopoleffekter och hjälper dessutom till att allokera resurserna på bästa sätt.¹⁵³

¹⁴⁷ Se Nordell, 1996, s. 51; Tritton, Guy, (Davis, Richard, Edenborough, Michael, Graham, James, Malynicz, Simon, Roughton, Ashley), *Intellectual Property in Europe*, 2002 (cit. Tritton m.fl., 2002), s. 573-574.

¹⁴⁸ Se Nordell, 1996, s.18; Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, uppl. 7, 2001 (cit. Bernitz m.fl. 2001), s. 237; Lidgard, 1997, s. 33; Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet*, 1974, s. 280.

¹⁴⁹ Se prop. 1992/93 s. 70.

¹⁵⁰ Se a.a., s. 56.

¹⁵¹ Se Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights. The regulation of innovation*, 1998 (cit. Anderman, 1998) s. 16.

¹⁵² Se Sandgren, 1974, s. 90 f.

¹⁵³ Se Bernitz, Kjellgren, 2001, s. 237; Domeij, 2003, s. 40-41.

Under vissa omständigheter kan emellertid dessa avtal utnyttjas som medel för kartellsamarbete. Sådant samarbete är skadligt för konkurrensen. Frågan aktualiseras då var gränserna för att sluta avtal med andra näringsidkare angående immaterialrättigheter samt när det kan bli aktuellt med ett ingripande i enlighet med konkurrensrätten. Det är då främst artikel 81 EGF och motsvarande 6 § KL som aktualiseras.

4.3 Hur en konflikt mellan immaterialrätten och konkurrensrätten bör lösas

4.3.1 Allmänt

Trots försöken att uppnå ett hållbart jämviktsläge mellan konkurrensrätten och immaterialrätten är det oundvikligt att konflikter ändå uppstår. Det finns *inga lagfästa regler* för hur man i ett sådant läge bör gå till väga, och både nationellt och regionalt är rättsläget något oklart.

Enligt förarbetena till konkurrenslagen bör konflikter ytterst lösas med beaktande av de skilda *regleringarnas syften*. Domstolarna ges i uppdrag att närmare precisera vilka gränser som bör gälla. Man bör sträva efter ett närmande till EG-rätten, även om full överensstämmelse kanske inte kan uppnås p.g.a. Romfördragets överordnade ställning i förhållande till den nationella immaterialrättslagstiftningen. Avsikten är emellertid att uppnå samma materiella rättsläge som inom EG-rätten.¹⁵⁴

4.3.2 Rättighetens existens och utövning

EG-fördraget skall enligt art. 295 inte ingripa i medlemsstaternas egendomsordningar. Enligt art. 30 EGF är emellertid kvantitativa restriktioner och åtgärder med liknande effekt på import och export mellan medlemsstater förbjudna. I art. 36 görs undantag för de fall där åtgärderna är försvarbara med hänsyn till skyddet för industriell och kommersiell egendom, d.v.s. immaterialrätter. EG-domstolen anser mot denna bakgrund att själva *existensen* av en immaterialrättighet är skyddad enligt art. 36.¹⁵⁵

Själva innehavet av en immaterialrätt som sådan är således oangripbar och innebär inte någon överträdelse av konkurrensreglerna. *Utövandet* av densamma kan däremot begränsas med hjälp av andra regler i fördraget, särskilt genom konkurrensreglerna och reglerna om fri rörlighet för varor

¹⁵⁴ Se Prop. 1992/93:56 s. 71.

¹⁵⁵ Se exv. mål 24/67 Parke Davis & Co. v. Probel & Centrafarm. Gränsdragningen mellan existens och utövning användes först i relationen mellan immaterialrätten och fria varurörelser.

och tjänster.¹⁵⁶ Detta innebär inte att utövandet automatiskt står i strid med övriga bestämmelser, utan endast om utövandet innebär begränsningar eller restriktioner som går utöver det nödvändiga för att skydda immaterialrättens *särskilda föremål*. Det krävs i regel att det föreligger ovanliga omständigheter för att konkurrensreglerna skall begränsa utövandet av en immaterialrätt.¹⁵⁷

4.3.3 Tillåtet respektive otillåtet utövande. Det särskilda föremålet

Begreppet *det särskilda föremålet* (the specific subject matter) har utvecklats i EG-domstolens praxis och används främst för att *avgränsa ensamrätternas omfattning*. Det särskilda föremålet är ett samlingsbegrepp för de rättigheter som utgör kärnan i ensamrätten, men skiljer sig åt beroende på vilken typ av rättighet som det rör sig om.¹⁵⁸

EG-domstolen har inte utvecklat någon klar, allmängiltig definition av begreppet, men har i olika domslut närmare preciserat begreppet för de olika immaterialrätterna var för sig. Enligt EG-domstolen är det särskilda föremålet för patent att patenthavaren tillförsäkras ensamrätt att använda en uppfinning för att tillverka industriprodukter och bringa dem i omsättning, direkt eller genom att upplåta licens till tredje part, liksom rätten att motsätta sig efterbildning.¹⁵⁹

Rättigheterna som anses ingå i det särskilda föremålet är i princip oangripbara, och EG-domstolen har varit försiktig med att låta konkurrensreglerna ingripa inom ramen för det särskilda föremålet. Under *vissa speciella omständigheter* torde dock åtgärder som ligger inom området för det särskilda föremålet kunna angripas.¹⁶⁰

I målet *Windsurfing mot kommissionen*¹⁶¹ tillämpade EG-domstolen för första gången konceptet med immaterialrättighetens särskilda föremål på en patenträttighet. Ett avtal som innehåller konkurrensbegränsningar som inte kan anses nödvändiga för det legitima skyddet av rättighetens särskilda föremål kan komma att falla under förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Det är emellertid därmed inte sagt att det alltid är så. Enligt förarbetena till konkurrenslagen¹⁶² måste man väga de positiva verkningarna

¹⁵⁶ Se t.ex. mål 78/70 Deutsche Grammophon, där EG-domstolen slog fast att EG:s regler, särskilt artikel 81-86 och 28-30, skall gälla även för immaterialrätter.

¹⁵⁷ Se Bernitz, Kjellgren, 2002, Anderman, 1998, s. 12-13; Tritton, m fl. 2002, s. 612-613.

¹⁵⁸ Se Tillberg, Johanna, *Upphovsrättens utveckling i EG-domstolens praxis*, SvJt 1995 s. 648, Bernitz m fl. , 2001, s. 275 och Prime, 2000, s. 11.

¹⁵⁹ Se EG-domstolens dom i mål 15/74 Centrafarm/Sterling Drug.

¹⁶⁰ Se EG-domstolens dom i förenade målen C-241 och 242/91 P Magill samt EG-domstolens dom i mål 238/87 Volvo AB v. Erik Veng Ltd..

¹⁶¹ Mål 193/83 Windsurfing International Inc. mot kommissionen.

¹⁶² Se prop. 1992/93:56 s. 71.

av avtalet från konkurrenssynpunkt mot de negativa. Vissa konkurrensbegränsningar kan vara en förutsättning för att ett avtal över huvud taget kan komma till stånd. För en patentlicenstagare kan t.ex. en viss exklusivitet vara en förutsättning för att han skall vara beredd att ta på sig de kostnader och risker som är förenade med avtalet.¹⁶³

4.4 Förbud mot konkurrensbegränsande avtal; 6 § KL, art. 81.1

4.4.1 Allmänt

Enligt 6 § KL är avtal mellan företag förbjudna om de har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. I andra stycket ges exempel på avtal som typiskt sett är konkurrensbegränsande. Uppräkningen är inte uttömmande. Paragrafen motsvarar materiellt art 81.1 EGF med undantag för det s.k. *samhandelskriteriet* i den EG-rättsliga bestämmelsen.¹⁶⁴ Det s.k. *märkbarhetskriteriet* som finns uttryckt i den svenska bestämmelsen återfinns visserligen inte i art. 81.1, men har utvecklats som princip i EG-domstolens praxis och kommissionen har i ett tillkännagivande närmare utvecklat kriteriet.

Avtal som är förbjudna enligt 6 § är automatiskt ogiltiga, se 7 § KL. Förbjudna avtal kan emellertid undkomma förbudet genom reglerna om undantag. Till följd av moderniseringsarbetet och den förändrade regleringen för undantag, har den nuvarande ordalydelsen i 6 § KL ändrats något.¹⁶⁵ Hänvisningarna till 13, 15 och 17 §§ har tagits bort, samtidigt som hänvisningen till undantagsregeln i 8 § omformulerats så att den paragrafen blir direkt tillämplig utan att några beslut fattas enligt 6 §.

Ur paragrafen kan man utläsa tre huvudkriterier som måste var uppfyllda för att ett avtal skall anses konkurrensbegränsande i paragrafens mening; *avtalskriteriet*, *konkurrensbegränsningskriteriet* och *märkbarhetskriteriet*. Enligt förarbetena kan man vid tillämpningen av den svenska bestämmelsen hämta vägledning dels från EG-domstolens och Kommissionens praxis, dels från praxis i andra länder som tillämpar den s.k. *förbudsprincipen*.¹⁶⁶ Viss försiktighet bör dock påkallas, eftersom regleringarna har delvis olika syften och de EG-rättsliga konkurrensreglerna utgör en del av ett gemenskapssystem, som bland annat har till syfte att eliminera handelshinder och skapa en enhetlig gemensam marknad med effektiv konkurrens.¹⁶⁷ Ibland kan dessutom en tillämpning av den svenska

¹⁶³ Se Carlsson m fl., 1999, s. 430.

¹⁶⁴ Se kapitel 4.1.2 ovan.

¹⁶⁵ Se prop. 2003/04:80, s.5.

¹⁶⁶ Se ovan i avsnitt 4.1.2.

¹⁶⁷ Se art. 3 EGF.

konkurrenslagen behöva anpassas efter de särskilda förhållanden som gäller i Sverige.¹⁶⁸

Patentlicensavtal strider inte i sig själva mot konkurrenslagstiftningen. Enligt EG-domstolen ger inte industriell äganderätt i sig upphov till någon egentlig monopolställning, utan ger bara innehavaren ensamrätt till vissa rättigheter. Dessa rättigheter i sig skyddar inte mot konkurrens från substitut. Immaterialrätter anses *per se* oangripbara av konkurrensrättsreglerna, och licensavtal anses generellt positiva för konkurrensen.¹⁶⁹ Vissa klausuler i desamma kan dock strida mot de konkurrensrättsliga bestämmelserna.

4.4.2 Kriterier

4.4.2.1 Avtalskriteriet

För att ett förbud skall kunna komma ifråga krävs ett samarbete mellan två eller flera företag¹⁷⁰ som grundar sig på avtal eller liknande. Ensidigt, oberoende förfarande faller inte in under avtalskriteriet. Det kan däremot strida mot förbudet i 19 § KL mot missbruk av dominerande ställning.¹⁷¹ Enligt den ekonomiska enhetens princip omfattas inte avtal mellan företag som ingår i samma ekonomiska enhet, såsom fallet är t e x med företag inom en koncern.¹⁷²

Avtalskriteriet har en vid räckvidd, och ett avtal kan vara såväl horisontellt som vertikalt. Med ett vertikalt avtal menas ett avtal mellan parter på olika marknader och olika nivåer i distributionskedjan, t.ex. ett avtal mellan tillverkare och återförsäljare. Ett horisontellt avtal är ett avtal mellan konkurrenter eller potentiella konkurrenter på samma marknad. Generellt anses horisontellt samarbete utgöra ett större hot mot konkurrensen än ett vertikalt, och vertikala avtal omfattas ofta av gruppundantag. Det anses finnas ett större incitament för konkurrenter att samarbeta på ett konkurrensbegränsande sätt. Därmed är det inte sagt att det alltid är så. Många horisontella avtal avseende forskning och utveckling är fördelaktiga för konkurrensen.¹⁷³

¹⁶⁸ Se prop. 1992/93:56 s. 21.

¹⁶⁹ Se Tritton m fl., 2002, s. 575.

¹⁷⁰ Enligt 3 § KL avses med företag fysisk eller juridisk person som driver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur, dock ej myndighetsutövning. Med företag avses också sammanslutning av företag. Begreppet företag har inte definierats i EGF, men har av EGD givits en vid tolkning. Enligt EGD i mål C-41/90 Höfner and Elser v. Macroton GmbH omfattar begreppet företag inom konkurrensrätten varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering. Detta har sedan kommit att upprepas i senare mål.

¹⁷¹ Se Carlsson m fl., 1999, s. 87.

¹⁷² Se t.ex. mål 22/71 Béguelin Import v. GL Import-Export.

¹⁷³ Se Anderman, 1998, s. 28.

Avtalet behöver inte vara civilrättsligt bindande, utan också s.k. *gentlemens' agreements* och informella muntliga överenskommelser omfattas.¹⁷⁴ Förbudet omfattar i princip alla typer av samverkan mellan företag. Det avgörande är att man kan påvisa att parterna *uttryckt en gemensam avsikt* att agera på marknaden på visst sätt.¹⁷⁵ I princip omfattas också avtal som part har förmåtts till genom ekonomiska påtryckningsmedel samt avtal som formellt upplösts men där parterna fortsätter att agera i enlighet med det.¹⁷⁶

Avtal, både de som redan faller in under förbudet i 6 § och de som inte omfattas, kan strida mot förbudet mot missbruk av dominerande ställning i 19 § KL. Ett avtal kan således anses strida mot 6 och 19 §§ KL samtidigt. Det kan då vara lättare i bevishänseende att påvisa missbruk av dominerande ställning enligt 19 § eftersom det där rör sig om ensidigt förfarande och bevis för avtalssamverkan således är överflödigt.¹⁷⁷

För att minska kringgående av förbudet genom andra former av samverkan än regelrätta avtal, har avtalsbegreppet vidgats.¹⁷⁸ Enligt 3 § KL jämställs med avtal beslut av en sammanslutning av företag och samordnat förfarande mellan företag. Ett beslut av en branschförening vars stadgar ger föreningen möjlighet att styra företagets agerande på marknaden, är ett exempel på beslut av en sammanslutning av företag. För att det skall vara fråga om ett samordnat förfarande krävs att det förekommit någon form av direkt eller indirekt kontakt mellan företagen. *Parallellt uppträdande* är inte i sig tillräckligt bevis för att samordnat förfarande föreligger, om det inte är den enda plausibla förklaringen till uppträdandet.¹⁷⁹

4.4.2.2 Konkurrensbegränsningskriteriet

Avtalet måste ha till syfte eller resultat att *hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen* på marknaden. Avtalet måste med andra ord inskränka ett eller flera företags möjligheter att agera oberoende av andra företag. De berörda företagen kan vara såväl avtalsparterna som företag utanför avtalsförhållandet.¹⁸⁰ Marknaden i det aktuella fallet bestäms med vägledning av Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant

¹⁷⁴ Se t.ex. mål 41/90 Höfner and Elser v. Macroton; Craig, de Búrca, 2003, s. 940; Prime, s. 31.

¹⁷⁵ Se Förstainstansrättens dom i mål T-7/89 Hercules Chemicals, REG 1991, s. II-1711, p. 256.

¹⁷⁶ Se Förstainstansrättens dom i mål T-141/89 SARL, REG 1995, s. II-791, p. 58 angående avtal som ingåtts med ekonomiska påtryckningsmedel och Europeiska kommissionens beslut i Soda-ash, EGT nr L 152, 15.6.1991, s. 1, angående avtal som formellt upphävts men som parterna fortsätter att agera i enlighet med. Domen upphävdes dock av Förstainstansrätten p.g.a. procedurfel.

¹⁷⁷ Se Prime, 2000, s. 32.

¹⁷⁸ Se Nordell, 2003, s. 29.

¹⁷⁹ Se bl.a. mål 40-48/etc. /73 Suiker Unie och Förstainstansrättens dom i mål T-30/91 Solvay SA v. E. C. Commission och vidare Craig, de Búrca, 2003, s. 943-947; Carlsson m fl., 1999, s. 95.

¹⁸⁰ Se Carlsson, 1999, s. 97.

marknad.¹⁸¹ Man tar hänsyn till såväl den relevanta produktmarknaden som den relevanta geografiska marknaden. Hur den relevanta marknaden definieras får stor betydelse för avgörandet huruvida avtalet kan få konkurrensbegränsande resultat.

Begreppet konkurrensbegränsning tolkas vidsträckt, och det är tillräckligt att påvisa ett konkurrensbegränsande *syfte* med avtalet. Därmed behöver man i klara fall inte undersöka dess effekter på den relevanta marknaden.¹⁸² För att konstatera syftet, görs en objektiv bedömning av målen med avtalet. Parternas subjektiva avsikter tas således inte i beaktande.¹⁸³

I 6 § 2 st. görs en uppräkningslista av avtal som till sin natur är konkurrensbegränsande. Här omnämns fem typer av normalt förbjudna konkurrensbegränsningar; prissamarbete, samarbete om begränsning av kontroll och marknader, uppdelning av marknader eller inköpskällor, diskriminerande överenskommelser och kopplingsförbehåll. Dessa tillsammans med den s.k. svarta listan i tillkännagivandet om bagatellavtal (se nedan) anses utgöra ”förbudets kärna”. Dessa konkurrensbegränsningar anses särskilt allvarliga och särskilt viktigt att motverka.¹⁸⁴

Konkurrensbegränsningskriteriet kan ge upphov till problem, eftersom *alla* handelsavtal i någon mån hindrar eller begränsar konkurrensen. Det är något av poängen med avtalen. Vid bedömningen måste den konkurrensrättsliga analysen alltid ta sin utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet. Man tar dock inte enbart till det enskilda fallet isolerat i beaktande, utan ser också till förhållandet till andra liknande avtal.¹⁸⁵ I oklara fall görs ett s.k. *konkurrenstest* där man undersöker om resultatet av samarbetet är konkurrensbegränsande. Förfarandets negativa inverkan på konkurrensen på marknaden bedöms, och det är tillräckligt att konstatera ett potentiellt framtida hämmande av konkurrensen.¹⁸⁶ Som måttstock används den situation som skulle råda på marknaden om avtalet inte fanns.¹⁸⁷

I den amerikanska antitrust lagstiftningen, som i stor utsträckning fungerat som förebild för den europeiska, har man försökt skilja de licensavtal som är skadliga för konkurrensen från dem som gynnar densamma, genom ett slags *rule of reason* resonemang. Man har således försökt uppskatta de ekonomiska effekterna av avtalet. Riktlinjer har fastställts i ”Antitrust Guidelines for the licensing of Intellectual Property” från 1995. I

¹⁸¹ Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

¹⁸² Se EG-domstolens dom i förenade målen 56 och 58/64 Consten/Grundig, REG 1966, s. 299; svensk specialutgåva nr 1, s. 277. Se även Prop. 1992/93:56 s. 69.

¹⁸³ Se EG-domstolens dom i förenade målen 29 och 30/83 Asturienne- Zinc, REG 1984, s. 1679.

¹⁸⁴ Se Bernitz, Kjellgren, 2002, s. 276-277.

¹⁸⁵ Se a.a., 2002, s. 274 och vidare mål 23/67 Brasserie de Haecht v. Wilkin, där det handlade om större bryggeriers system av exklusiva inköpsavtal för öl med krogar och pubar.

¹⁸⁶ Se prop. 1992/93:56 s. 72.

¹⁸⁷ Se a.a., s. 66.

riktlinjerna identifieras kategorier av licensavtal, klausuler och villkor som sannolikt har en negativ inverkan på konkurrensen. Dessa görs sedan till föremål för ett test där risken för denna negativa inverkan vägs mot de möjliga fördelarna. Tyngdpunkten läggs på en ekonomisk analys istället för en juridisk. Om fördelarna uppväger nackdelarna, bör inte avtalet förbjudas. Nackdelen med ett rule of reason-resonemang är att analyserna ofta är väldigt ingående, tidskrävande och dyra, samtidigt som det blir svårt för företagen att förutse utgången. Detta är några av anledningarna till att man i den europeiska konkurrensrätten istället listat vissa särskilda typer av restriktioner såsom lagliga eller olagliga *per se*. Dessa har i sin tur lett till antagandet av gruppundantagen. Gruppundantagen är resultatet av en kompromiss mellan ett mer överskådligt närmande samt en ingående ekonomisk analys av varje avtal individuellt.¹⁸⁸

4.4.2.3 Märkbarhetskriteriet

Mindre, bagatellartad samverkan mellan små och medelstora företag har ansetts värdefull för konkurrensen. Det är därför inte lämpligt att dessa omfattas av 6 § KL. Efter förebild i den amerikanska antitrustlagstiftningen har kommissionen utarbetat ett allmänt råd som innebär att ett avtal måste ha ekonomiska verkningar av någon betydelse för att omfattas av förbudet. Förbudet omfattar således inte konkurrensbegränsande avtal eller liknande som är av så ringa betydelse att de inte påverkar konkurrensen märkbart eller endast obetydligt. Denna s.k. *de minimis*-regel utarbetades först i EG-domstolens praxis.¹⁸⁹ Kommissionen har sedan i ett allmänt råd¹⁹⁰ närmare preciserat begreppet. Svenska KKV har utarbetat ett liknande råd för den svenska marknaden.¹⁹¹

Ett samarbete anses inte påverka konkurrensen på ett märkbart sätt om avtalsparterna har en marknadsandel som understiger 10 procent för horisontella och 15 procent för vertikala avtal. När det är fråga om företag som vart och ett inte har en omsättning som överstiger 30 miljoner kronor, kan en marknadsandel på 15 procent accepteras.

Avtalet skall dock inte bedömas isolerat. Om konkurrensen på den relevanta marknaden¹⁹² kan begränsas av den kumulativa effekten av parallella nätverk, d.v.s. marknaden hämmas av många liknande avtal mellan företag på samma marknad, reduceras tröskelvärdet till 5 procent. Om mindre än 30

¹⁸⁸ Se Tritton m fl., 2002, s. 570.

¹⁸⁹ Se mål 5/69 Völk mot Éts Vervaecke, REG 1969, s. 295; svensk specialutgåva, volym 1.

¹⁹⁰ Se Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (2001).

¹⁹¹ Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20) (KKVFS 1999:1).

¹⁹² Den relevanta marknaden i KL: s fall är Sverige, och frågan är således om avtalet har till syfte eller resultat att märkbart begränsa konkurrensen på den svenska marknaden. Vid bedömning enligt de gemenskapsrättsliga konkurrensrättsbestämmelserna bör man finna vägledande i Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/C 372/03).

procent av marknaden täcks av sådana parallella nätverk, anses det osannolikt att sådan utestängningseffekt kan uppnås. Sammanfattningsvis är det avgörande således företagens storlek samt marknadsandelen för avtalsprodukterna.

Rådet innehåller också en lista med s.k. *hardcore restrictions*, en s.k. svart lista med typer av avtalsklausuler som till sin natur är särskilt ägnade att begränsa konkurrensen. Dessa anses i det närmaste alltid konkurrensbegränsande och undantaget är inte tillämpligt på sådana restriktioner. Exempel på sådana är prissamarbete, marknads- eller kunduppdelning och begränsning av produktion eller försäljning. Dessa klausuler är således ogiltiga *per se*, d.v.s. utan att man behöver undersöka effekten av dem.

4.4.3 Rättsföljd: Ogiltighet

Ett avtal som är förbjudet enligt 6 § KL är enligt 7 § *ogiltigt*. Samma bestämmelse återfinns i art 81.2. Avtalet är därmed också civilrättsligt ogiltigt. Konkurrenslagen har sina rötter i det civilrättsliga regelsystemet, och enligt förarbetena bör förbjudna konkurrensbegränsande avtal behandlas på samma sätt som andra avtal som strider mot tvingande regler.¹⁹³ Även utan bestämmelsen i 7 § skulle således ett förbjudet konkurrensbegränsande avtal kunna ogiltigförklaras enligt 36 § AvtL.¹⁹⁴ 7 § är ett viktigt komplement till ogiltighetsbestämmelserna i 3 kap. AvtL, och den närmare innebörden och räckvidden av konkurrensrättens ogiltighetspåföljd bestäms genom de allmänna avtalsrättsliga bedömningsprinciperna.¹⁹⁵

Innebörden av ogiltigheten är att avtalet inte kan göras gällande enligt dess innehåll. Allmän domstol kan inte dömas till fullgörelse av avtalet, part kan inte hävda kontraktsbrott och skadestånd med grund i avtalet kan inte utgå.¹⁹⁶

Ogiltigheten drabbar endast *de delar* av avtalet som anses stå i strid med 6 §, om dessa klart går att urskilja. Det resterande avtalet kvarstår således.¹⁹⁷ Det finns emellertid ingen mer utvecklad praxis på området. Om ogiltigheten drabbar en stor eller grundläggande del av avtalet, kan avtalet i sin helhet lämnas utan avseende eller jämkas enligt förutsättningsläran eller 36 § AvtL.¹⁹⁸ Giltigheten av det kvarvarande avtalsinnehållet avgörs således

¹⁹³ Se prop. 1975/76:81 s. 121 f.

¹⁹⁴ Se prop. 1992/93:56 s. 32.

¹⁹⁵ Se Carlsson, 1999, s. 138-140; Bernitz, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt- ett utvecklingsperspektiv, Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, 1999 (cit. Bernitz, 1999), s. 47.

¹⁹⁶ Se prop. 1992/93:56 s. 32.

¹⁹⁷ Se a.a., s. 32.

¹⁹⁸ Se prop. 1992/93:56, s. 77.

med stöd av allmänna avtalsrättsliga regler. Anknytningen till civilrätten syns också tydligt då det gäller forumfrågan för frågor om ogiltighet. Sådana frågor skall prövas av allmän domstol, d.v.s. således inte av Marknadsdomstolen.

Ogiltigheten inträffar redan *vid avtalsslutet*. Detta har fram tills nu haft betydelse för avtal där man ansökt om individuellt undantag enligt 9 §. Om ansökan ej beviljats, gäller ogiltigheten från avtalsslutet. Om undantag däremot beviljas, anses avtalet giltigt från den tidpunkt som anges i beslutet, vanligen tidpunkten för avtalsslutet.¹⁹⁹ Eftersom ogiltigheten inträder redan vid tidpunkten för avtalsslutandet, bör man som avtalspart ta med i beräkning att en part som senare önskar utträda ur avtalet kan återropa denna ogiltighetsregel.²⁰⁰

4.4.4 Samarbete som inte ansetts konkurrensbegränsande

Europeiska kommissionen har i ett tillkännagivande²⁰¹ angett vissa former av samarbete som generellt anses falla utanför förbudets tillämpningsområde. KKV har gjort samma sak i ett allmänt råd.²⁰² Exempel på sådant godtagbart samarbete som räknas upp är informationsutbyte under vissa förutsättningar, gemensamma marknadsundersökningar och samarbete i redovisningsfrågor. Oavsett storleken på de inblandade företagen, anses inte samarbetet omfattas av 6 § KL.

4.5 Undantag

4.5.1 Allmänt om revisionen av konkurrensrätten

Sedan en tid tillbaka har konkurrensrätten genomgått en moderniseringsprocess som bland annat påverkat reglerna för undantag. Det mycket centraliserade systemet med kommissionen som huvudansvarig, anses inte längre ge ett effektivt konkurrensskydd. Det anses vara alltför tidskrävande för att vara ekonomiskt rationellt. Genom den kontinuerliga utvidgningen av EU ökar omfattningen av Kommissionens arbetsområde väsentligt. Moderniseringsreformen syftar bland annat till att frigöra resurser så att kommissionen kan fokusera på allvarigare överträdelse och effektivisera ingripandena mot dessa.²⁰³ Man har därför beslutat att ge

¹⁹⁹ Se prop. 1992/93:56 s. 81.

²⁰⁰ Se Carlsson, 1999, s. 140.

²⁰¹ Europeiska kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden som rör samarbete mellan företag, EGT nr C 75, 29.7.1968, s. 3, ändrad genom EGT nr C 84, 28.8.1968, s. 14.

²⁰² Se KKV:s allmänna råd (KKVFS 1993:7) om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20).

²⁰³ Se a.a., s. 1.

nationella myndigheter och domstolar en mer framträdande roll i processen. Detta kommer bland annat till uttryck i förordning 1/2003²⁰⁴, som ersätter förordning 17/62 om tillämpning av konkurrensreglerna i artikel 81 och 82. Artikel 81.3 blir direkt tillämplig för nationella myndigheter och domstolar.²⁰⁵

Det nuvarande systemet med förhandsanmälan för individuella undantag och icke-ingripandebesked har fått ge vika för införandet av ett *legalundantag*, som inte kräver någon förhandsanmälan.²⁰⁶ Kriterierna för undantag kommer däremot även fortsättningsvis att vara desamma, och det nuvarande systemet med gruppundantag kommer att kvarstå, även om en ny teknikförordning införs. För att inte enhetligheten i tillämpningen och rättssäkerheten skall gå förlorad, utfärdar Kommissionen riktlinjer för tillämpningen. Dessutom kommer Kommissionen även fortsättningsvis inneha den centrala rollen för övervakning av konkurrensen inom Gemenskapen.

Det är således främst själva proceduren som kommer att förändras och decentraliseras genom de ändringar som trätt ikraft i samband med Unionens utvidgning i maj 2004. Motsvarande förändringar i den svenska konkurrensrätten träder ikraft den 1 juli, 2004.

4.5.2 Individuellt undantag. Icke-ingripandebesked. Legalundantag

4.5.2.1 Hittillsvarande reglering: Individuellt undantag. Icke-ingripandebesked

Även om ett avtal omfattas av förbudet i 6 § KL mot konkurrensbegränsande avtal, kan det undantas från tillämpningsområdet om det ändå anses ha övervägande positiva egenskaper. Fram till nyligen, fanns det två möjligheter till undantag från förbudet; *individuellt undantag* som meddelas av Konkurrensverket eller kommissionen efter ansökan och *gruppundantag* som meddelats av regeringen eller kommissionen för olika kategorier av avtal. De individuella undantagen reglerades fram till 1 juli, 2004 i 8 § KL och gruppundantagen i 17 § samt i respektive gruppundantagsförordning. Den svenska regleringen motsvarade i materiellt hänseende i princip helt artikel 81.3. Enligt 8 § KL kunde avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattades av förbudet i 6 § KL i *det särskilda fallet* undantas från förbudet, och därmed också från ogiltighet. Kommissionen hade i enlighet med artikel 9.1 i förordning 17/62 fram till 1

²⁰⁴Rådets förordning (EG) No. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

²⁰⁵ Se artikel 6 i förordning 1/2003; prop. 2003/04:80, s. 26.

²⁰⁶ Se artikel 1.2 i förordning 1/2003: "Sådana avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av artikel 81.1 i fördraget och som uppfyller villkoren i artikel 81.3 i fördraget skall inte vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta."

maj, 2004 ensam behörighet att meddela undantag enligt artikel 81.3, d.v.s. på avtal med gemenskapsdimension.

Om man var osäker huruvida ett avtal föll inom förbudets tillämpningsområde, kunde man fram till den 1 juli 2004 ansöka om ett s.k. *icke-ingripandebesked* hos KKV eller kommissionen.²⁰⁷ Ifall avtalet ifråga enligt KKV: s eller kommissionens mening inte omfattades av förbudet, meddelades i ett beslut att man inte fann anledning att ingripa. Icke-ingripandebeskedet hade dock en begränsad räckvidd. Konkurrensverket eller kommissionen meddelade endast att det på basis av tillgängligt material inte såg anledning att ingripa mot ett förfarande.²⁰⁸ Beslutet utgjorde hinder för KKV att tillgripa sanktionsmöjligheterna i KL, men hade inga civilrättsliga verkningar. Andra företag hade fortfarande rätt att vidta rättsliga åtgärder, t.ex. talan om skadestånd eller ogiltighet, mot ett företag som erhållit ett icke-ingripandebesked.²⁰⁹ Ett beslut om undantag var bindande för domstol i en civilprocess, medan icke-ingripandebesked endast hade bevisverkan.²¹⁰

4.5.2.2 Moderniseringspaketet; Legalundantag

4.5.2.2.1 Allmänt

Genom ikraftträdandet av förordning, 1/2003²¹¹, är art 81.3 direkt tillämplig för nationella myndigheter och domstolar och det gamla systemet med anmälningsförfarande till kommissionen för individuellt undantag har försvunnit.²¹² Tillämpningen av artikel 81 har således decentraliserats till nationella myndigheter och domstolar vilka har givits en med kommissionen parallell behörighet.²¹³

Det individuella undantaget har ersatts av ett generellt tillämpligt och ständigt gällande undantag, ett s.k. *legalundantag* från förbudet när ett samarbete mellan företag anses övervägande positivt för konsumenterna.²¹⁴ För undantag krävs inte någon anmälan. Förändringen innebär också ett avskaffande av icke-ingripandebeskeden. Den förhandskontroll som tidigare tillämpats och som enligt kommissionen bundit mycket resurser och därigenom hindrat en effektiv konkurrensövervakning avskaffas således. Den nya förordningen bygger i stället på efterkontroll och initiativ baserade

²⁰⁷ Enligt artikel 2 i förordning 17/62 kan företag eller sammanslutningar av företag ansöka hos kommissionen om icke-ingripandebesked, s.k. negativattest. Enligt 20 § KL kan KKV efter ansökan meddela icke-ingripandebesked.

²⁰⁸ Se Carlsson m fl., 1999, s. 269-270.

²⁰⁹ Se a.a., 1999, s. 273 och prop. 1992/93:56 s. 29.

²¹⁰ Se Carlsson, 1999, s. 274.

²¹¹ Rådets förordning (EG) No. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget. Denna förordning träder ikraft 1 maj 2004 och ersätter förordning (EEC) Nr. 17/62.

²¹² Se artikel 1, 5 och 6 i förordning 1/2003.

²¹³ Se a.a., s. 27.

²¹⁴ Se a.a., s. 1.

på information och klagomål, och insatserna kommer primärt att inriktas på att avslöja allvarliga överträdelser av konkurrensreglerna.²¹⁵

4.5.2.2.2 Det nya legalundantaget

Enligt artikel 1.2 i förordning 1/2003 skall avtal, beslut och samordnade förfaranden som omfattas av förbudet i artikel 81.1, men som uppfyller villkoren i artikel 81.3 för undantag inte vara förbjudna, utan att det krävs föregående beslut om detta. Detta nya legalundantag kommer i den svenska konkurrenslagstiftningen till uttryck i 8 § KL, där tidigare möjligheten till individuellt undantag behandlades. Enligt övergångsbestämmelserna kommer ett individuellt undantag som meddelats enligt de äldre bestämmelserna att gälla så länge som beslutats, dock utan möjlighet till förlängning.

Det nya undantaget kräver ingen förhandsanmälan av de berörda företagen, utan är direkt tillämpligt. Enligt den hittillsvarande regleringen har det varit KKV:s uppgift att i enskilda fall besluta om individuellt undantag för avtal som uppfyller de fyra kumulativa kriterierna. Numera får företagen själva pröva om undantaget är tillämpligt på det egna avtalet eller förfarandet. Det nya undantaget är generellt och direkt tillämpligt.²¹⁶ I och med den nya regleringen måste man nu vid bedömningen av om ett avtal strider mot förbudet i 6 § KL, också pröva om villkoren för undantag är uppfyllda. I sådant fall gäller förbudet i 6 § inte avtalet.

4.5.2.2.3 Vägledning för nationella domstolar och myndigheter

Syftet bakom den hittillsvarande så centrerade regleringen med kommissionen som ensam behörig att bevilja undantag, var att man ville upprätthålla en enhetlighet i tillämpningen för att säkerställa rättssäkerhet och förutsebarhet. För att detta inte nu skall gå förlorat, har kommissionen utfärdat ett tillkännagivande avseende tillämpningen av artikel 81.3.²¹⁷ Kommissionen kommer dessutom att stå till förfogande för s.k. informella kontakter, d.v.s. ge vägledning och utfärda motiverade och vägledande skrivelser.²¹⁸

Enligt riktlinjerna är utgångspunkten en individuell bedömning av det enskilda avtalet. Avtalet skall bedömas i det sammanhang som det faktiskt förekommer och på grundval av sakförhållandena vid en viss tidpunkt.²¹⁹ bedömning av det enskilda avtalet. Generellt anses dock en överträdelse av artikel 81 sannolikt inte ha skett om det förutom de tekniker som

²¹⁵ Se prop. 2003/04:80, s. 54.

²¹⁶ Se a.a., 2003/04:80, s. 56.

²¹⁷ Kommissionens tillkännagivande om informellt vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser).

²¹⁸ Artikel 11, 15 och 16 i förordning 1/2003 och vidare Kommissionens tillkännagivande om informellt vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser)

²¹⁹ Se riktlinjerna där man hänvisar vidare till förenade målen 25/84 och 26/84, Ford.

kontrolleras av avtalsparterna finns fyra eller fler substituerbara tekniker som kontrolleras av oberoende företag. Vid bedömningen av om teknikerna är tillräckligt utbytbara skall hänsyn tas till deras relativa kommersiella styrka. Detta innebär att man skall undersöka om de är kommersiellt lönsamma alternativ till den licensierade tekniken.²²⁰ Enligt kommissionen är det viktigt att vid bedömningen ta hänsyn till hur konkurrensen fungerar på marknaden ifråga. Man bör då ta särskild hänsyn till följande faktorer: avtalets art, parternas marknadsställning, konkurrenternas marknadsställning, den marknadsställning som innehas av köparna av de licensierade produkterna, inträdeshinder samt marknadsgrad.²²¹

4.5.3 Kriterier för undantag

Enligt det nya legalundantaget gäller förbudet i 6 § inte avtal som bidrar till att förbättra produktion eller distribution eller till att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av vinsten, begränsningarna är nödvändiga för uppnåendet av målet samt de berörda företagen inte ges möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av nyttigheterna ifråga.²²² Det nya undantaget har *samma materiella innehåll* som det förutvarande individuella undantaget. Slopandet av de individuella undantagen till förmån för ett legalundantag innebär således ingen ändring i sak av villkoren för undantag, och någon ändrad tillämpning är inte avsedd.²²³

Fyra kriterier måste således även fortsättningsvis vara uppfyllda för att undantag skall beviljas. Villkoren är kumulativa, d.v.s. måste vara uppfyllda samtidigt.²²⁴ Generellt kan sägas att fördelarna med avtalet ur samhällssynpunkt måste överväga nackdelarna ur konkurrenssynpunkt.

Enligt p. 1 måste avtalet på något sätt *bidra till en förbättring eller ett framåtskridande vad gäller produktion och distribution eller den tekniska eller ekonomiska utvecklingen* (punkt 1). Det räcker att avtalet får någon av de nämnda effekterna, och det spelar heller ingen roll på vilken produktions- eller distributionsnivå detta sker, eller om effekten inträder direkt eller inom ett längre tidsintervall.²²⁵ Exempel på effektivitetsvinster som patentlicensavtal kan ge upphov till är när ett licensavtal för samman kompletterande tekniker och andra tillgångar. Detta gör det möjligt att föra ut förbättrade produkter till lägre priser på marknaden.²²⁶ De positiva effekterna måste gynna samhället i stort och alltså inte endast

²²⁰ Se riktlinjerna, punkt 131.

²²¹ Se a.a., punkt 132- 140.

²²² 8 § KL.

²²³ Se prop. 2003/04:80, s. 102-103.

²²⁴ Se Förstainstansrättens dom i förenade målen T-528/93 m f l Métropole télévision, REG 1996, s. II-649, p. 93.

²²⁵ Se Carlsson m fl., 1999, s. 150.

²²⁶ Se riktlinjerna, punkt 148.

avtalsparterna. Förbättringarna måste vidare vid en avvägning överstiga de skador på konkurrensen som avtalet orsakar.²²⁷ Bevisbördan för avtalets positiva verkningar ligger på de berörda företagen men torde inte vara särdeles tung.²²⁸

Vidare måste *en skälig andel av den uppnådda vinsten komma konsumenterna till godo*, exempelvis i form av lägre priser, förbättrade leveranser eller bättre service (punkt 2). Villkoret innebär att konsumenterna åtminstone måste kompenseras för avtalets negativa effekter.²²⁹ Det räcker normalt med att avtalet har *potentiell* positiv verkan.²³⁰ Som konsument räknas inte enbart konsumenter i snäv bemärkelse, utan också slutanvändare inom industrin samt köpare som avser att sälja produkterna vidare.²³¹

De *konkurrensbegränsningar* som förekommer får *inte gå utöver det nödvändiga* för att uppnå de positiva verkningarna av avtalet (punkt 3). De positiva verkningarna skall således inte kunna uppnås med mindre ingripande åtgärder. Man måste här göra en avvägning mellan avtalets positiva och negativa inverkan, genom en analys av den återstående konkurrensen på marknaden och avtalets påverkan på sådan konkurrens.²³² Enligt punkt 149 i riktlinjerna bör man framförallt granska om en enskild begränsning gör det möjligt att bedriva verksamheten ifråga mer effektivt än vad som skulle ha varit fallet utan den berörda begränsningen.

Slutligen får *avtalsparterna inte genom avtalet ges en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av varorna och tjänsterna ifråga* på den relevanta marknaden (punkt 4). Parterna får inte genom avtalet ha slutat konkurrera med varandra eller getts möjlighet till det beträffande de varor och tjänster som omfattas av avtalet.²³³ Enligt EG-domstolen i målet *Nungesser*²³⁴ är villkoren inte uppfyllda om avtalet innehåller villkor som leder till en uppdelning av marknaden.

4.5.4 Gruppundantag

4.5.4.1 Allmänt

Kommissionen, eller för nationella fall regeringen eller den myndighet som regeringen utser kan meddela generella undantag från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Undantag meddelas för hela *kategorier* av

²²⁷ Se Carlsson m fl, 1999, s. 148-150.

²²⁸ Se prop. 1992/93: s. 80.

²²⁹ Se riktlinjerna, punkt 150.

²³⁰ Se Carlsson m fl., 1999, s. 154-155.

²³¹ Se prop. 1992/93:56 s. 78.

²³² Se Carlsson m fl., 1999, s. 155 och riktlinjerna, punkt 150.

²³³ Se a.a., 1999, s. 158-160.

²³⁴ Mål 258/78 L. C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Kommissionen.

avtal som uppfyller förutsättningarna för undantag. För undantag krävs inte någon ansökan från berörda företag.²³⁵

Genom gruppundantagsförordningarna minskas KKV: s och kommissionens arbetsbörda samtidigt som *förutsebarheten* ökar.²³⁶ De grupper av klausuler som ur allmän synvinkel anses övervägande positiva för konkurrensen omfattas ofta av gruppundantag. Dessa bidrar således i *allmänhet* till att förbättra produktionen och främja den tekniska utvecklingen. Gruppundantagen ger incitament till patentinnehavare och andra rättighetsinnehavare att meddela licenser och till licenstagarna att investera i tillverkning, användning och marknadsföring av nya produkter eller att använda nya tillverkningsmetoder.²³⁷ För patentlicenser är gruppundantaget vid tekniköverföring, främst kategorier av know-how och patentlicenser, det som främst är av intresse. För nationella avtal (avtal utan gemenskapsdimension) medges motsvarande gruppundantag.²³⁸

4.5.5 Konsekvenser av moderniseringspaketet

Moderniseringsprocessen har inte inneburit någon förändring för gruppundantagens ställning. Gruppundantagen kommer även fortsättningsvis att finnas kvar, och Kommissionen kommer också i fortsättningen vara ensam behörig att utfärda gruppundantag för avtal som påverkar samhandeln.

Det har föreslagits att det svenska systemet med gruppundantag skulle avskaffas. Regeringen ansåg dock att det nuvarande systemet skall kvarstå tills vidare.²³⁹ En ny paragraf har dock införts i svenska KL; 8 a §. Införandet av denna medför dock ingen materiell förändring utan motsvarar den förutvarande 17 § KL samt den gemenskapsrättsliga bestämmelsen i artikel 81.3. Förflyttningen har gjorts av systematiska skäl och träder ikraft 1 juli, 2004.²⁴⁰ Enligt 8 a § gäller precis som tidigare gruppundantag för sådana grupper av avtal som uppfyller förutsättningarna i 8 §, d.v.s. kriterierna för undantag. Gruppundantag skall precis som tidigare anges i verkställighetsföreskrifter av regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer. För undantag krävs inte någon ansökan från berörda företag.²⁴¹

²³⁵ Se Prime, 2000, s. 30.

²³⁶ Se prop. 1992/93:56, s. 26. Kommissionens börda har emellertid också minskats i och med det nya legalundantaget, se avsnitt 4.6.2. ovan.

²³⁷ Se t.ex. punkt 12 i ingressen till kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring.

²³⁸ Se närmare förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring.

²³⁹ Se prop. 2003/04:80, s. 67.

²⁴⁰ Se prop. 2003/04:80, s. 103.

²⁴¹ Se Prime, 2000, s. 30.

År 1996 utfärdades ett gruppundantag för avtal om tekniköverföring. Som ett led i moderniseringsarbetet har ett nytt gruppundantag utarbetats som ersätter det förutvarande.²⁴² Den nya gruppundantagsförordningen torde medföra en viss förändring av rättsläget. Utvecklingen kommer att redogöras för nedan.

4.5.6 Gruppundantag för avtal om tekniköverföring

4.5.6.1 Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 om tillämpning av artikel 85.1 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring²⁴³

Gruppundantaget vid tekniköverföring utfärdades 1996 och omfattar både know-how licensavtal och patentlicensavtal där licensgivaren tillåter licenstagaren att utnyttja den licensierade tekniken för att producera varor och tjänster. Förordningen hade ursprungligen en giltighetstid på 10 år, och är betydligt mer omfattande än sina föregångare.²⁴⁴ Enligt ingressen till förordningen är målet att uppmuntra spridningen av tekniskt kunnande och främja framställningen av tekniskt förbättrade produkter. Den syftar till att ge innehavaren av patent incitament till att meddela licenser och uppmuntra licenstagare till att investera i tillverkning, användning och marknadsföring.²⁴⁵ Gruppundantagsförordningen innehåller en detaljerad uppräkningslista av tillåtna (vita), förbjudna (svarta) respektive tveksamma (grå) avtalsbestämmelser. De grå måste notifieras till kommissionen som inom viss tid har att ta ställning till om de bör tillåtas. De svarta måste anmälas och eventuellt kan dispens erhållas. Ett undantag kan återkallas om konkurrensen beträffande de aktuella produkterna sätts ur spel. Särskild hänsyn tas vid bedömningen om licenstagaren har en marknadsandel överstigande 40 procent.

Teknikförordningen fungerar som en mall för parterna till ett patentlicensavtal. Om parterna uppfyller de krav som här ställs, kan de tillämpa sitt avtal utan risk för ingrepp av myndigheter eller ogiltigförklaring. Avtal mellan parter som har en dominerande marknadsställning är inte uteslutna från gruppundantag i sig. Däremot kan handlandet falla inom förbudet mot missbruk av dominerande ställning

²⁴² Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring, som ersätter Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 om tillämpning av artikel 85.1 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring den 1 maj 2004.

²⁴³ För en ingående studie och utvärdering av Tekniköverföringsförordningen, läs Hans Henrik Lidgards bok; *Licensavtal i EU. Kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring*, 1997 (cit. Lidgard, 1997).

²⁴⁴ Se förordningen om gruppundantag för patentlicenser, (EEG) nr 2349/84 och förordningen för know-how licenser (EEG) nr 556/89.

²⁴⁵ Se punkterna 3 och 12 i Teknikförordningen.

enligt § 19 (artikel 82). Då återkallas inte gruppundantaget, utan 19 § tillämpas direkt.²⁴⁶

För ”nationella” patentlicensavtal, d.v.s. avtal som saknar gemenskapsdimension och således bedöms enligt de nationella konkurrensreglerna, här företrädesvis 6 § konkurrenslagen, medges med smärre skillnader ett motsvarande gruppundantag enligt förordningen om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen för avtal om tekniköverföring.²⁴⁷

4.5.6.2 Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring

4.5.6.2.1 Syfte

Licensavtal är idag mycket vanliga och uppbärs av affärsmässiga hänsyn. Gruppundantagsförordning 240/96 syftade till att underlätta hanteringen och bringa klarhet, samt att harmonisera och förenkla, men uppfyllde inte förväntningarna.²⁴⁸ Efter att kommissionen sammanställt en rapport²⁴⁹ som utvärderade teknikförordningen, utarbetades en ny gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring.²⁵⁰ För att garantera en effektiv konkurrens och samtidigt ge företagen en tillräcklig rättssäkerhet har man valt att förenkla regelverket och dess tillämpning. Man har också valt att göra en åtskillnad för avtal mellan konkurrenter och icke-konkurrenter.

Den nya förordningen ersätter ovannämnda förordning nr 240/96, och träder ikraft i samband med utvidgningen av Europeiska Unionen i maj 2004.²⁵¹ Också denna nya gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring har en giltighetsperiod på 10 år.

²⁴⁶ Se Lidgard, 1997, s. 384–387.

²⁴⁷ Se närmare förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen (1993:20) för avtal om tekniköverföring.

²⁴⁸ Se bl.a. Lidgard, 1997, s. 375 ff., där Lidgard framför sina kritiska ståndpunkter, i korthet att den är diskutabel i förhållande till accepterade gemenskapsprinciper, är otillfredsställande utformad i sina detaljer samt, citat: ”silar myggen noga men sväljer ofta kameler utan förbehåll”:

²⁴⁹ Se vidare Kommissionens utvärderingsrapport om gruppundantagsförordning nr. 240/96 om avtal om tekniköverföring, Avtal om tekniköverföring enligt artikel 81.

²⁵⁰ Konkurrensregler avseende avtal om tekniköverföring; Meddelande enligt artikel 5 i rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 81.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, senast ändrad genom förordning (EG) nr 1/2003.

²⁵¹ Se artikel 11.

4.5.6.2.2 Förändringar

Enligt artikel 2 skall artikel 81.1 inte gälla avtal om tekniköverföring som ingåtts av två företag och som tillåter produktion av avtalsprodukterna. Undantaget skall gälla i den mån sådana avtal innehåller konkurrensbegränsningar som omfattas av artikel 81.1.

Förordningen innehåller betydande förändringar i förhållande till sin föregångare. Den i det här sammanhanget kanske viktigaste förändringen är slopandet av de vita och grå listorna. Kvar finns den svarta listan i artikel 4 med särskilt allvarliga begränsningar som uttömmande redovisar de avtalsklausuler som inte får förekomma i ett licensavtal för att detta skall omfattas av gruppundantaget. Vid tillämpningen av förordningen kan inte särskilt allvarliga begränsningar skiljas från resten av avtalet.²⁵² De avtalsklausuler som inte uttryckligen förbjuds är tillåtna.

Gruppundantaget är endast tillämpligt på avtalsvillkor i avtal mellan parter som inte har alltför stora marknadsandelar. I enlighet med rådande uppfattning bedöms samarbete mellan konkurrenter hårdare än mellan icke-konkurrenter. Vid avtal mellan företag som inte är konkurrenter får dessa för att omfattas av gruppundantaget inte inneha marknadsandelar som överstiger 30 procent. Tröskelvärdet för konkurrenter är 20 procent.²⁵³

Avtal mellan parter vars marknadsandelar inte överskrider tröskelvärdena och inte innehåller någon av de särskilt allvarliga begränsningarna, anses i regel bidra till förbättring av produktion eller distribution samtidigt som konsumenterna tillförsäkras en skälig andel av den vinst som därigenom uppnås. Detta innebär emellertid inte att det finns en presumtion för att avtal mellan parter vars marknadsandelar överskrider de satta tröskelvärdena strider mot förbudet i artikel 81.1. Det krävs en individuell bedömning av avtalets sannolika effekter, och det är bara då avtalet innehåller någon särskilt allvarlig konkurrensbegränsning som man kan presumera att det strider mot artikel 81.1.

Enligt artikel 10 skall avtal som inte uppfyller villkoren för undantag enligt den nya gruppundantagsförordningen, men som redan var i kraft när förordningen trädde ikraft och som uppfyllde kraven för undantag enligt den gamla förordningen, fortfarande vara undantagna från förbudet i artikel 81.1.

Eftersom nationella myndigheter och domstolar genom det s.k. moderniseringspaketet själva kommer att tillämpa gruppundantaget på avtal med gemenskapsdimension, har kommissionen utfärdat riktlinjer²⁵⁴ för tillämpningen, för att säkerställa att inte enhetligheten i tillämpningen och rättssäkerheten går förlorad. De kriterier som fastställs i riktlinjerna skall

²⁵² Se riktlinjerna, punkt 75.

²⁵³ Se artikel 3.

²⁵⁴ Se Kommissionens tillkännagivande om informellt vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser).

emellertid tillämpas med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall. Dessutom föregriper de inte EGD: s och Förstainstansrättens tolkning av artikel 81 eller gruppundantagsförordningen.

5 Klausulers hållbarhet utifrån avtalsrättsligt respektive konkurrensrättsligt perspektiv

5.1 Reglering av parternas skyldigheter. Allmänna förpliktelser

Immaterialrätten får som tidigare framgått allt större betydelse och licensavtal rör ofta immaterialrätter till ett mycket stort värde. Av denna anledning är förhållandet mellan patentinnehavaren och patentlicenstagare oftast mycket ingående reglerat i licensavtalet. Även utan reglering, anses parterna ha vissa allmänna förpliktelser gentemot varandra, under förutsättning att ej annat är avtalat mellan parterna.

Licensgivaren är generellt skyldig att ställa uppfinningen till licenstagarens förfogande i enlighet med avtalet. I detta ingår att patentet är giltigt, att licensgivaren har dispositionsrätten och att tredje man inte har någon rätt som konkurrerar med avtalet. Detta gäller som påpekats så länge inget annat är avtalat.²⁵⁵

Parterna anses också ha en *allmän lojalitetsplikt* gentemot varandra. I denna ingår bland annat att licensgivaren inte har rätt att förrycka licensavtalets grund genom att göra smärre ändringar av produkten, och sedan själv utnyttja den eller upplåta licens till annan.²⁵⁶

Licenstagaren är å sin sida skyldig att betala licensavgiften, antingen i en klumpsumma eller löpande i form av royalty²⁵⁷, beroende på vad man avtalat. Licenstagaren har heller inte enligt 43 § PL rätt att meddela underlicenser eller överföra sin rätt på annat sätt utan patentinnehavaren samtycke

Detta är bara exempel på grundläggande skyldigheter som föreligger mellan parterna, såtillvida ej annat är avtalat. Ofta reglerar parterna mycket detaljerat sina respektive skyldigheter. Det är mycket viktigt att noggrant precisera licensobjektet, som ju är avtalets kärna.²⁵⁸ Garantier om patentets giltighet, bestämmelser om sekretess etc. är vanligt förekommande. Parternas inbördes förhållande för det fall att patentet blir föremål för inträngs- eller ogiltighetstalan, reglering av förbättringar som sker av uppfinningen, vidareförsäljning av patentet till tredje man är andra klausuler

²⁵⁵ Se Koktvedgaard, Levin, 2003, s. 437–438.

²⁵⁶ Se a.a.

²⁵⁷ I förhållande till produktion och försäljning.

²⁵⁸ Se Karnell, 1985, s. 28.

som brukar förekomma. De klausuler jag har valt ut, är några vanligt förekommande i patentlicensavtal. Inställningen till konkurrensbegränsande klausuler kan variera beroende på dess närmare innehåll, och detta har jag försökt exemplifiera genom att välja ut klausuler som bedömts olika ur en tillåtlighetssynpunkt. Andra klausuler, såsom t.ex. skiljeklausuler, är också vanligt förekommande och har varit föremål för livlig diskussion. På grund av uppsatsens omfattning har jag dock tvingats göra ett urval. Jag har därför valt att undersöka följande klausuler närmare:

- Exklusivitetsklausuler
- Begränsningar av användningsområdet
- Kopplingsförbehåll
- Icke-angreppsklausuler
- Konkurrensklausuler (best effort klausuler)

5.2 Exklusivitetsklausuler

5.2.1 Allmänt. Exklusiv upplåtelse

Licensavtal kan vara antingen enkla eller exklusiva. *Enkla* licenser är vanliga inom elektronikindustrin och delar av maskinindustrin, och ger innehavaren tillstånd att utnyttja uppfinningen, men utan ensamrätt. Immaterialrättsinnehavaren har alltså kvar sin rätt att själv utnyttja uppfinningen och att utge licens till andra. Om inget särskilt har avtalats, gäller en presumtion för att det är fråga om en enkel licens.²⁵⁹ Den *exklusiva* licensen är dominerande på kemi- och läkemedelsområdet. Licensgivaren avstår sig då rätten att upplåta motsvarande licens till andra, samt avstår från att själv utnyttja uppfinningen.²⁶⁰ Innehavaren av en immaterialrättighet har möjlighet att utge flera exklusiva licenser, men då avseende olika geografiska områden, olika tider eller olika rättigheter. Om licensgivaren avstår från att upplåta motsvarande licens till andra, men själv behåller sin rätt att utnyttja patentet, rör det sig om en ensamlicens, en s.k. ”sole licence”.²⁶¹ I doktrinen har uttalats att utgångspunkten, om inget annat föreskrivs, bör vara att licensgivaren inte själv har rätt att utnyttja uppfinningen om han meddelat en exklusiv licens.²⁶² En annan uppfattning kan emellertid bli aktuell om licenstagaren innan licensavtalet ingicks visste

²⁵⁹ Se Pehrson, Lars, *EG och immaterialrätten: Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt*, 1985 (cit. Pehrson, 1985) s. 119; Koktvedgaard, 2003, s. 33.

²⁶⁰ Denna begränsning av produktionen inom ett visst område måste skiljas från begränsningar för försäljningen av produkter som innehåller den licensierade tekniken till ett visst område och till en viss kundgrupp, s.k. försäljningsbegränsningar. Se riktlinjerna, punkt 161.

²⁶¹ Se Karnell, 1985, s. 26, riktlinjerna, punkt 162.

²⁶² Se Domeij, 2003, s. 75 med hänvisningar till bl.a. H. Stumpf, M. Gross, *Der Lizenzvertrag*, 1998, s. 53.

om att licensgivaren var verksam inom området.²⁶³ För att undvika tvister i frågan är det bästa naturligtvis att uttryckligen reglera frågan i avtalet.

Enligt artikel 73 EPC kan ett europeiskt patent vara territoriellt begränsat. Enligt Rule 22 (1) EPC skall på licenstagarens eller licensgivarens begäran anteckning göras i EPO:s patentregister att licensen är exklusiv.

5.2.2 Hållbarhet utifrån de konkurrensrättsliga reglerna

5.2.2.1 Allmänt

En immaterialrättsinnehavare är, med några få undantag, inte skyldig att utge licens till sin rättighet, och utgångspunkten borde därmed vara att han själv har rätt att bestämma huruvida han vill utge licens till en eller flera.²⁶⁴ Man kan också tycka att ensamrätten som tillerkänts rättighetsinnehavaren bara förflyttats till den exklusiva licenstagaren.²⁶⁵

Förhållningssättet till exklusiva licenser har emellertid varierat under tiden.²⁶⁶ I en serie beslut under 1972 ansåg Kommissionen att alla exklusiva licensavtal innebar en begränsning av konkurrensen i den mening som anges i artikel 81, eftersom andra potentiella licenstagare hindrades tillgång till tekniken. Ett licensavtal ansågs således utgöra en begränsning av konkurrensen.²⁶⁷ Inställningen ändrades under mitten av 1970-talet då gränsdragningen mellan existens och utövning började användas för att avgränsa immaterialrätten från konkurrensrätten. Distinktionen användes redan sedan tidigare vid gränsdragningen mellan immaterialrätten och den fria rörligheten.²⁶⁸ Detta ledde till en mer flexibel inställning till exklusiva licenser, och man undersöker nödvändigheten av exklusiviteten i det enskilda fallet. Detta förhållningssätt har stöd i förarbetena till konkurrenslagen, där det uttalas att man vid den konkurrensrättsliga bedömningen bör göra en avvägning mellan de positiva och negativa verkningarna av avtalet.²⁶⁹ I många fall är nämligen en marknadsintroduktion mycket kostnadskrävande, och exklusivitet kan därför vara nödvändig för att en licenstagare skall vara villig att ta den ekonomiska risk som är förknippad med licensen. Utan möjlighet att avtala om exklusiva licenser finns risken att många produkter över huvud taget

²⁶³ Se a.a., 2003, s. 75.

²⁶⁴ Se Tritton, m fl. 2002, s. 639.

²⁶⁵ Se Domeij, 2003, s. 76-77.

²⁶⁶ Under 1960-talet tillämpade man en Laissez-faire politik, se the 1962 Notice on Patent Licensing. Denna övergavs på 1970-talet till förmån för en mycket hård inställning till licensavtal. Läs mer om detta i Pehrson, 1985, s. 119-125. Se även Lidgard, 1997, s. 56 ff.

²⁶⁷ Se t.ex. Kommissionens beslut 72/25/EEG, Burroughs AG och Ets. Delplanque.

²⁶⁸ Se Lidgard, 1997, s. 56 och vidare Kommissionen, beslut 74/494/EEG (Kabelmetal), Kabel- und Metalwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli, 1975: EGT 1975 L222/34, (1975) 2 CMLR D40 och beslut 76/29/EEG (AOIP/Beyard), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P) vs. Beyard, 2 december, 1975: EGT 1976 L6/8 (1976) 1 CMLR D14.

²⁶⁹ Se prop. 1992/93:56, s. 71.

inte skulle nå marknaden, eftersom avtal inte skulle komma till stånd.²⁷⁰ Detta skulle vara negativt för konkurrensen.

5.2.2.2 Strider klausulen mot förbudet i 6 § KL/ artikel 81.1?

Enligt punkt 10 i ingressen till den fram tills 1 maj, 2004 gällande gruppundantagsförordning 240/96, behöver inte exklusiva licensavtal i sig själva vara oförenliga med artikel 81.1. Detta gäller särskilt om de rör införande av och skydd för en ny teknik inom licensområdet på grund av omfattningen av företagets forskningsinsats, den ökade konkurrens, särskilt mellan varumärken, och den förbättrade konkurrenskraft för de berörda företagen som spridningen av innovationen i gemenskapen för med sig.

Numera torde man kunna urskilja två huvudsakliga situationer där exklusiva licenser anses stå i strid med förbudet i artikel 81.1. Den första är exklusiva licenser som ger upphov till eller syftar till *absolut områdesskydd*. EG-domstolen gjorde i målet *Nungesser/Eisele*²⁷¹ åtskillnad mellan en ”öppen” exklusiv licens och en ”sluten” exklusiv licens. Vid en öppen exklusiv licens får licensgivaren inte utge någon annan licens för samma område och får inte heller själv konkurrera med licenstagaren. Vid en sluten licens hindras däremot även konkurrens från parallellimportörer eller licenstagare i andra licensområden. Ända sedan *Consten och Grundig*²⁷² har EG-domstolen intagit ståndpunkten att slutna exklusiva licenser står i strid med fördraget. I *Nungesser/Eisele* uttalade emellertid domstolen att en *öppen* licens som sådan inte utgjorde en överträdelse av artikel 85.1 (nuvarande artikel 81.1). Avtalet skulle förmodligen aldrig ha ingåtts om inte ett visst områdesskydd tillåtits p.g.a. produkternas egenart och de investeringar som gjorts av parterna. En sluten exklusiv licens där absolut områdesskydd tilldelas licenstagaren, som möjliggör hinder av parallellimport och som faktiskt leder till en uppdelning av marknaden, stred dock enligt domstolen mot artikel 85.1 (nuv. art. 81.1). Enligt EG-domstolen stod inte en öppen exklusiv licens i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal p.g.a. produkternas egenskaper, spridningen av ny viktig teknologi, licenstagarnas investeringsrisker och att ökad konkurrens skulle uppstå mellan olika märken. I fallet rörde det sig om växtförädlingsrätter, men enligt domstolen skall dessa inte behandlas annorlunda än andra immaterialrätter konkurrensrättsligt. Den princip som domstolen gav uttryck för torde därför vara generellt tillämplig på immaterialrättsliga licensavtal.²⁷³

I målet *CODITEL II*²⁷⁴ tillämpade EG-domstolen ett slags rule of reason-resonemang²⁷⁵ vid bedömningen av en exklusiv utställningsrättighet. En exklusiv licens av detta slag stod inte i sig i strid med förbudet i artikel 81.1.

²⁷⁰ Se Domeij, 2003, s. 76-77.

²⁷¹ EG-domstolens dom i mål 258/78 *Nungesser/Eisele*, REG 1982, s. 2015.

²⁷² *Consten & Grundig mot kommissionen*, (1966) E. C. R. 299 (1966) C. M. L. R. 418.

²⁷³ Se Carlsson m fl., 1999, s. 430.

²⁷⁴ Mål 262/81 (1982) E. C. R. 3361, (1983) I C. M. L. R. 49, *CODITEL II*.

²⁷⁵ Läs mer om rule of reason i kapitel 4.4.2.2.

Man var emellertid tvungen att undersöka om *utövandet* av den exklusiva rättigheten i det enskilda fallet skulle kunna ge upphov till konstgjorda, omotiverade hinder, som sedan sannolikt skulle kunna hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden. Man tog här i beaktande risken för överdrivna royalty-betalningar, huruvida den geografisk omfattningen och varaktigheten av rättigheten var alltför omfattande samt tog hänsyn till de särskilda kraven från filmindustrin.

I målet *Pronuptia*²⁷⁶ valde emellertid domstolen att undvika att tillämpa ett fullständigt rule of reason-resonemang. Enligt domstolen skulle utgivandet av en öppen exklusiv licens i kombination med ett förbud för en franchisetagare att enbart bedriva handel från de lokaler som angavs i kontraktet, kunna leda till en uppdelning av den gemensamma marknaden. Trots att ett sådan klausul var nödvändig som säkerhet för att få företag att ingå franchisesamarbete, stred mot artikel 81.1, endast undantag i enlighet med artikel 81.3 kunde komma ifråga.

Utifrån detta kan slutsatsen dras att EGD vid öppna exklusiva licenser tillämpar ett slags rule-of-reasonresonemang för att avgöra de konkurrensrättsliga effekterna av licensen. Detta balanseras dock med behovet att försäkra sig om att de gemenskapsrättsliga marknaderna inte blir konstgjort uppdelad.²⁷⁷

Den andra typiska situationen där exklusiva licensavtal kan falla under förbudet, är när licenstagaren har en *betydande marknadsposition*. En dominerande eller mycket stark position på den relevanta marknaden kan i kombination med en exklusiv licens ha mycket skadliga effekter på konkurrensen.²⁷⁸ Ett sådant agerande torde emellertid också kunna angripas med hjälp av förbudet mot missbruk av dominerande ställning i artikel 82.

5.2.2.3 Möjlighet till undantag

5.2.2.3.1 Gruppundantaget för tekniköverföring, 240/96

I den mån exklusivitetklausuler omfattas av förbudet i artikel 81.1, bör de enligt förordning nr 240/96 inbegripas i artikel 1 så att de omfattas av undantaget. Artikel 1.1 punkt 1-5 behandlar olika typer av exklusivitetklausuler som omfattas av gruppundantaget, och som således undantas från förbudets tillämpningsområde. Enligt punkt 1 och 2 undantas klausuler som förbinder licensgivaren att inte utge fler licenser för det licensierade området eller att själv använda sig av teknologin inom det område som han uppgett licens. Enligt punkt 3 undantas vidare klausuler som förbinder licenstagaren att inte utnyttja den licensierade tekniken i licensgivarens område inom den gemensamma marknaden. Enligt punkt 4 – 6 undantas vidare förbindelser där licenstagaren åtar sig att inte använda sig

²⁷⁶ Mål 161/84 *Pronuptia de Paris* Irmgard Schillgallis.

²⁷⁷ Se Tritton m fl., 2002, s. 643.

²⁷⁸ Se a.a., 2002, s. 640.

av, tillverka eller aktivt marknadsföra den licensierade produkten på andra licenstagares områden. Gruppundantagsförordningen upphörde dock att gälla den 1 maj 2004.

5.2.2.3.2 Den nya gruppundantagsförordningen

Enligt den nya gruppundantagsförordningen skall förbudet i artikel 81.1 inte gälla patentavtal som ingåtts mellan två företag, om de inte överskrider de satta tröskelvärdena. Parternas sammanlagda marknadsandel får inte överskrida 20 procent av den berörda relevanta teknik- och produktmarknaden för konkurrerande företag. Motsvarande marknadsandel är 30 procent för icke-koncurrerande företag. Om exklusivitetsklausulen ifråga ingår i avtal mellan två företag vars marknadsandelar inte överskrider dessa tröskelvärden, är den således tillåten.

Enligt den s.k. svarta listan i artikel 4 gäller undantaget emellertid inte ömsesidiga²⁷⁹ exklusiva avtal mellan konkurrenter, eftersom avtal som direkt eller indirekt syftar till att dela upp marknader eller kundunderlag anses utgöra en särskilt allvarlig konkurrensbegränsning, se art. 4.1.c. Slutna exklusiva licenser som syftar eller ger upphov till absolut områdesskydd, omfattas således inte av undantaget, även om företagens marknadsandelar skulle underskrida tröskelvärdena.

Ömsesidiga ensamlicenser, d.v.s. när konkurrenter åtar sig att inte ge tredje man licens till sina konkurrerande tekniker, omfattas dock av gruppundantaget om parternas marknadsandelar inte överskrider tröskelvärdet på 20 procent. Ensidiga²⁸⁰ exklusiva licenser mellan konkurrenter omfattas också av gruppundantaget om inte tröskelvärdet överskrids. Ömsesidiga avtal behandlas således strängare än ensidiga från konkurrenssynpunkt.

För företag som inte är konkurrenter, gäller undantaget inte avtal som generellt syftar till att begränsa det område inom vilket eller av de kunder till vilka licenstagaren får bedriva passiv försäljning av avtalsprodukterna. Det är helt i överensstämmelse med domstolens inställning i *Nungesser*-målet. Undantaget är emellertid tillämpligt på avtal som innebär en begränsning av den passiva försäljning som går till ett exklusivt område eller till en exklusiv kundgrupp som förbehållits licensgivaren. Undantaget gäller också avtal som begränsar den passiva försäljningen till ett exklusivt område eller kundgrupp som licensgivaren tilldelat en annan licenstagare under de två första åren som denna andra licenstagare säljer

²⁷⁹ Ett ömsesidigt avtal är enligt riktlinjerna licensavtal där de licensierade teknikerna är konkurrerande tekniker eller kan användas för produktion av konkurrerande produkter, se riktlinjerna, punkt 78.

²⁸⁰ Ett ensidigt avtal är ett avtal där bara den ena parten licensierar sin teknik till den andra parten eller där de licensierade teknikerna vid ömsesidig licensiering inte är konkurrerande tekniker och inte kan användas för produktion av konkurrerande produkter, se riktlinjerna, punkt 78.

avtalsprodukterna inom det området eller till den kundgruppen. Se artikel 4.2.b. i och ii.

5.2.2.3.3 Undantag enligt 8 a § KL. F.d. individuellt undantag

Om inte gruppundantagsförordningen är tillämplig, återstår att i det enskilda fallet undersöka om kriterierna för undantag är uppfyllda. Efter ikraftträdandet av det nya legalundantaget är det numera företagen själva som har i uppgift att bedöma om villkoren för undantag är uppfyllda eller ej. Om domstolen får i uppgift att avgöra om ett avtal strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal, skall den samtidigt pröva kriterierna för undantag.

Vid bedömningen av de avtal som faller utanför gruppundantaget på grund av att deras marknadsandelar är för höga, måste man undersöka vilka konkurrenshämmande effekter sådana licenser sannolikt skulle ha.²⁸¹

Exklusiva klausuler som ger upphov till *absolut områdesskydd*, t.ex. genom att förhindra parallellimport, torde i regel falla inom förbudets tillämpningsområde.²⁸² Denna typ av slutna avtal anses missgynna konsumenterna, genom att förhindra att dessa kan dra fördel av effektiv intra-brandkonkurrens, d.v.s. konkurrens mellan näringsidkare som saluför samma produkt. I de flesta fall torde kriterierna för undantag inte vara uppfyllda ens i enskilda fall.

Vad gäller *öppna* exklusiva klausuler har Kommissionen valt att tolka avgörandena Nungesser och CODITEL II strikt. Kommissionen har som regel accepterat *öppna* exklusiva klausuler som strider mot artikel 81.1 i de två situationer som uppkom i de nämnda målen; när dessa är nödvändiga för att uppmuntra till etableringen av ny teknologi²⁸³ eller när de behövs som incitament till licenstagare att operera på nya marknader och måste göra betydande investeringar.²⁸⁴ Till skillnad från EGD: s rule of reason resonemang, har Kommissionen favoriserat ett synsätt som går ut på att undersöka huruvida parternas handlingsfrihet är begränsad.²⁸⁵ Numera torde de dock i många fall falla inom ramen för gruppundantaget.

Inställningen till exklusiva licenser verkar mjukas upp något i och med ikraftträdandet av det nya gruppundantaget. Enligt Kommissionens riktlinjer kommer Kommissionen endast i undantagsfall att ingripa mot exklusiva licensavtal mellan icke-konkurrenter, oavsett vilket område licensen omfattar.²⁸⁶

²⁸¹ Se a.a., stycke 164.

²⁸² Se t.ex. ovan nämnda mål 258/78 Nungesser KG & Eisele mot Kommissionen.

²⁸³ Se t.ex. Kommissionens beslut 88/541/EEC, O. J. (1988) L301/68; (1989) 4 C. M. L. R. 610.

²⁸⁴ Se t.ex. Re the Agreements of Davidson Rubber Company [1972] O.J. L 143/31, [1972] C.M.L.R. D52 (exclusive patent license).

²⁸⁵ Se t.ex. mål Velcro/Aplix, (1985) O.J. L233/22; (1989) 4 C.M.L.R. 157.

²⁸⁶ Se riktlinjerna, punkt 16.

5.2.3 Hållbarhet utifrån de avtalsrättsliga reglerna

En exklusiv licens är av mycket stort värde för licenstagaren, som på så sätt kan komma att ensam kontrollera marknaden. Utgångspunkten för avtalsrätten i svensk rätt är avtalsfrihet, och med detta som bakgrund torde en exklusivitetsklausul i regel vara tillåten enligt de avtalsrättsliga principerna. Domstolarna har generellt intagit en restriktiv hållning mot att jämka eller ogiltigförklara avtalsvillkor i avtal mellan näringsidkare. En annan bedömning skulle kunna påkallas om begränsningarna i det enskilda fallet är sällsynt långtgående. I ett sådant fall skulle 36 § AvtL kunna gripa in och antingen jämka avtalet i berörda delar, eller om det rör sig om en så stor eller betydande del av avtalet, ogiltigförklara hela. Utifrån doktrin och rättspraxis torde emellertid kunna uttydas att det för jämkning etc. som regel krävs att en av parterna intar en underlägsen ställning, d.v.s. är småföretagare, se 36 § AvtL 2 st. Även i sådana fall torde emellertid en jämkning bara komma ifråga i särskilda undantagsfall.

Också 38 § AvtL om konkurrensklausuler torde vara tillämplig. Enligt motiven²⁸⁷ är stadgandet tillämpligt också när syftet är att hindra konkurrens från andra än avtalsparten. Så kan ju fallet vara med en exklusiv licens.

I många fall hade ett avtal aldrig kommit till stånd eftersom en licenstagare normalt vill ha något slags säkerhet i utbyte mot de resurser och det kapital som licenstagaren satsat. Enligt avtalsrättsliga regler torde därför krävas att exklusivitetsklausulen ensam eller i förening med det övriga avtalsinnehållet får mycket långtgående konsekvenser. Med hänvisning till uttalanden i förarbetena, torde dock ett avtalsvillkor kunna anses oskäligt med anledning av att det strider mot konkurrensreglerna. Även om det inte skulle anses göra det, men är skadligt konkurrensbegränsande, torde det i undantagsfall kunna anses oskäligt enligt avtalsrätten, t.ex. en öppen exklusiv licens som visserligen omfattas av gruppundantag, men som ändå har mycket konkurrensbegränsande verkningar.

5.3 Begränsningar av användningsområdet

5.3.1 Allmänt. Avgränsning av omfattningen av upplåtelsen

Ofta är en uppfinning av sådan natur att den kan utnyttjas på flera olika sätt eller för flertalet produkter. Det är då vanligt att licensgivaren och licenstagaren i avtalet begränsar utnyttjandet genom en s.k. *field of use*-klausul till vissa angivna förfaranden eller produkter. Exempel på detta är

²⁸⁷ Se Förslag till lag om avtal etc., 1914, s. 160.

att en licenstagare får nyttja uppfinningen till båtmotorer medan en annan får nyttja den för bilmotorer. Detta är en stor fördel eftersom licensgivaren på detta sätt kan finna specialiserade licenstagare som är särskilt lämpade för att ta tillvara uppfinningens potential inom sina områden.²⁸⁸

Det är viktigt att omnämna alla nyttjanden som licenstagaren skall få tillgång till genom licensavtalet. I annat fall har det i tysk doktrin uttalats att tillverkning och försäljning av produkter i enlighet med patentet måste anses ingå i patentavtalet, för att detta inte helt skall sakna innehåll.²⁸⁹ Dessutom bör man ta i beaktande principen som innebär att en oklar upplåtelse från licensgivarens sida normalt bör tolkas restriktivt.²⁹⁰

5.3.2 Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga reglerna

Det står med några undantag patentinnehavaren fritt att bestämma huruvida någon annan skall få utnyttja uppfinningen eller produkten ifråga genom en licens. Det är likaledes i princip upp till licensgivaren vilka begränsningar eller restriktioner som en eventuell licens skall kringgärdas med. En sådan begränsning kan bestå i att licenstagarens rätt att utnyttja uppfinningen begränsas till vissa verksamhetsområden eller produkter. En sådan begränsning som här talas om torde som regel därmed rymmas inom patenträttighetens särskilda föremål. Klausulen torde därmed vara tillåten, både enligt de avtalsrättsliga och de konkurrensrättsliga bestämmelserna.²⁹¹

Detta förutsätter att de i klausulen angivna användningarna inte tillhör samma ekonomiska marknad som användningarna i en annan field-of-use klausul, d.v.s. att licenstagarna inte är konkurrenter. Det skulle annars kunna leda till en otillåten marknadsuppdelning.²⁹² En sådan skulle kunna angripas både med hjälp av det konkurrensrättsliga förbudet och 38 § AvtL som ger möjlighet till jämkning av oskäligen konkurrensklausuler. Som konkurrensklausul räknas enligt motiven också en klausul som syftar till att utestänga konkurrens från utomstående.²⁹³

²⁸⁸ Domeij, 2003, s. 72-73.

²⁸⁹ Se a.a., 2003, s. 73 och hänvisning därifrån till Stumpf, H. & Gross, M., *Der Lizenzvertrag*, 7 uppl., Heidelberg, 1998, s.44.

²⁹⁰ Denna s.k. specificationsgrundsats som anses gälla inom upphovsrätten, är visserligen inte allmänt erkänd inom patentavtalsrätten eller övriga industriella rättsområdet, men inom doktrinen har uppfattningen uttryckts att den kan komma att tas i beaktande i enskilda fall. Detta gäller särskilt då ena parten intar en underlägsen ställning. I ett sådant fall kan en upplåtelse komma att tolkas till den svagare partens ställning i enlighet med generalklausulen i 36 § AvtL. Se vidare Domeij, 2003, s. 74.

²⁹¹ Se Pehrson, 1985, s. 130-131 och Tritton m fl., 2002, s. 667.

²⁹² Se Pehrson, 1985, s. 131 samt Domeij, 2003, s. 78.

²⁹³ Se Förslag till lag om avtal etc., 1914, s. 160.

5.3.2.1 Möjlighet till undantag

5.3.2.1.1 Teknikförordningen 240/96

Generellt anses således ett åtagande att enbart utnyttja produkten eller uppfinningen på ett visst sätt, falla utanför artikel 81.1 och är tillåten. Begränsningar av användningsområdet kan till och med ha konkurrensfrämjande effekter genom att det uppmuntrar licensinnehavaren att licensiera sin teknik för områden som inte ingår i det huvudsakliga verksamhetsområdet.²⁹⁴

Om det i det enskilda fallet skulle anses falla inom förbudets tillämpningsområde, var fram tills nyligen gruppundantaget för tekniköverföring, 240/96, tillämpligt, se artikel 2 punkt 8. Hittills har field of use klausuler inte tillåtits mellan licenstagare som konkurrerar, eftersom klausulerna ansetts kunna användas som ett redskap för kunduppdelning.

5.3.2.1.2 Den nya gruppundantagsförordningen

Att dela upp marknader eller kundunderlag anses enligt den nya gruppundantagsförordningen tillhöra de särskilt allvarliga begränsningarna. Avtal mellan icke-konkurrenter som innehåller klausuler som begränsar användningsområdet är emellertid som regel antingen effektivitetsfrämjande eller åtminstone sådana att de inte begränsar konkurrensen.²⁹⁵ Därför omfattas dylika avtal av gruppundantagsförordningen under förutsättning att begränsningarna inte avser något annat än den licensierade tekniken samt att licenstagarens rätt att utnyttja sin egen teknik inte begränsas.²⁹⁶ Enligt artikel 4.1.c.i. undantas en skyldighet för licenstagaren att endast producera den licensierade tekniken inom ett eller flera tekniska tillämpningsområden.

Vid en begränsning av användningsområdet i avtal mellan konkurrenter är det största problemet risken att licenstagaren upphör att vara konkurrenskraftig utanför det licensierade användningsområdet. Risken är störst i ömsesidiga licensavtal som föreskriver asymmetriska begränsningar av användningsområdet, d.v.s. om en part tillåts använda den licensierade tekniken på en produktmarknad/ett tekniskt användningsområde samtidigt som den andra parten tillåts använda den andra licensierade tekniken på en annan produktmarknad/tekniskt användningsområde. Detta skulle kunna utgöra en otillåten konkurrensbegränsning enligt förbudet mot konkurrensbegränsande avtal. Det är möjligt att detta också skulle kunna anses oskäligt enligt avtalsrättens regler.²⁹⁷

²⁹⁴ Se riktlinjerna, punkt 182.

²⁹⁵ Se riktlinjerna, punkt 184.

²⁹⁶ Se artikel 4.1.c.i och riktlinjerna, punkt 90.

²⁹⁷ Som redogjorts för ovan i avsnitt 3.6.2.3 kan en klausul anses oskälig om den strider mot de konkurrensrättsliga bestämmelserna, och också annars, om den innehåller en långtgående konkurrensbegränsning.

Ensidiga avtal mellan konkurrenter innehållande field of use klausuler är dock tillåtna enligt den nya gruppundantagsförordningen.²⁹⁸

Om gruppundantagsförordningen av någon anledning inte skulle vara tillämplig, t.ex. för att parternas marknadsandelar överskrider tröskelvärdena, återstår att i det enskilda fallet undersöka om villkoren för undantag är uppfyllda.

5.4 Kopplingsförbehåll

5.4.1 Allmänt

Ofta försöker licensgivaren binda upp licenstagaren på olika sätt, t.ex. genom att utge licens endast om licenstagaren förbinder sig att göra vissa inköp hos licensgivaren. Dessa krav på licenstagaren från licensgivaren går under benämningen *tie ins* eller kopplingsförbehåll

5.4.2 Hållbarhet enligt konkurrensreglerna

Enligt 6 § 2 st. 5 p KL gäller förbudet särskilt de avtal som ställer som villkor för att avtalet skall ingås att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet. Dessa typer av förpliktelser som ålägger licenstagaren att köpa eller marknadsföra produkter som ligger helt utanför hans intresseområde, anses utgöra de äkta kopplingsförbehållen.²⁹⁹ Denna typ av klausuler anses typiskt sett vara skadliga för konkurrensen, eftersom de bland annat hindrar motparten från att leta upp bättre alternativ. Enligt domstolens uppfattning i *Windsurfing*-målet, gick en avtalsklausul om kopplingsförbehåll, d.v.s. att företaget ifråga också blev tvunget att köpa andra produkter från licensgivaren för att erhålla licensen, utöver rättighetens särskilda föremål. Villkoret utgjorde en otillåten konkurrensbegränsning enligt artikel 81.1³⁰⁰

Ett implicit kopplingsförbehåll kan anses föreligga om licensen är konstruerad på så sätt att det blir kostsamt för licenstagare att använda sig av konkurrerande teknologi.³⁰¹

I det enskilda fallet kan kopplingsförbehåll ha positiv inverkan på konkurrensen. Kopplingsförbehåll som innebär att en licenstagare förbinds att exklusivt köpa opatenterade produkter och material till exploateringen av

²⁹⁸ Se artikel 4.1.c. och riktlinjerna, punkt 83 ff.

²⁹⁹ Se Levin, Nordell, 1995, s. 38.

³⁰⁰ Se mål 193/83 *Windsurfing International Inc. mot Kommissionen*.

³⁰¹ Se Tritton m fl., 2002, s. 8-142.

den licensierade produkten eller uppfinningen, kan vara konkurrensfrämjande om de är substitut för betalning av royalty. Detta förutsätter att kostnaden för produkterna eller materialet är samma eller lägre än de hos konkurrerande leverantörer. Skulle det vara fallet, kan avtalet komma att falla utanför förbudet. Det krävs normalt emellertid mycket höga krav för att objektiva skäl skall anses föreligga. Dyliga klausuler kan emellertid vara konkurrenshämmande om de resulterar i att konkurrerande leverantörer hindras från att exploatera sin teknologi.³⁰²

Kommissionen har intagit en restriktiv hållning gentemot inköpsförpliktelser. Enligt Kommissionen i *Campari*³⁰³ är sådana inköpsförpliktelser tillåtna endast om de är nödvändiga för att kvaliteten skall bli den avsedda hos de produkter som tillverkas med stöd av licensen. Målet *Vaessen BV v. Moris*³⁰⁴ handlade om ett kopplingsförbehåll, som innebar att användningen av en process för tillverkning av korv var royaltyfri mot att licenstagarna förband sig att köpa hela sitt behov av korvskinn från licensgivaren. Enligt kommissionen hade en klausul av detta slag till syfte eller effekt att begränsa konkurrensen, eftersom den berövade licenstagarna från möjligheten att införskaffa detta från andra företag på mer fördelaktiga villkor. Enligt kommissionen var klausulen inte nödvändig med hänsyn till den immateriella rättigheten, utan utgjorde en olaglig utökning på avtalsrättslig väg av monopolet.

5.4.2.1 Möjlighet till undantag

5.4.2.1.1 Teknikförordningen 240/96

Gruppundantaget för tekniköverföring 240/96 är inte tillämpligt på klausuler med kopplingsförbehåll, och parterna har hittills varit hänvisade till att söka individuellt undantag. Historiskt sett har det varit mycket svårt att beviljas individuellt undantag för denna typ av klausul, eftersom det varit svårt att visa att klausulen uppfyller villkoren. Vid en ansökan om undantag har Kommissionen varit tvungen att noggrant undersöka både marknaden för den licensierade produkten och för den kopplade produkten för att se om avtalet uppfyller villkoren för undantag på båda marknaderna. Numera är det parternas egen uppgift att se om avtalet uppfyller villkoren för undantag. Detta torde således kunna bli mycket svårt.

5.4.2.1.2 Den nya gruppundantagsförordningen

Kopplingsförbehåll finns inte längre med på den svarta listan i den nya gruppundantagsförordningen. Detta innebär att de som regel torde omfattas av gruppundantaget. Om kommissionen i ett enskilt fall skulle finna att ett avtal med ett sådant kopplingsförbehåll strider mot artikel 81.3, får

³⁰² Se a.a., 2002, s. 8-142, och vidare U. S. Antitrust Guidelines for Intellectual Property, paragraf. 5.4.

³⁰³ Se mål (1978) O. J. L 79/69 (= (1978) 2 C.M.L.R 397), *Campari*.

³⁰⁴ Mål 86/79, *Vaessen BV v. Moris*, OJ 1979 L 19/32, [1979] 1 CMLR 511.

Kommissionen förklara gruppundantaget icke tillämpligt på avtalet, se artikel 6 i nya gruppundantagsförordningen. Vid bedömningen måste en avvägning göras mellan de positiva respektive negativa effekterna som avtalet har på konkurrensen.³⁰⁵

Ett kopplingsförbehåll har ofta positiva effekter på konkurrensen, exempelvis om det är nödvändigt för ett tekniskt tillfredsställande utnyttjande av den licensierade tekniken, eller om det möjliggör ett effektivare utnyttjande av den licensierade tekniken.³⁰⁶ I vissa fall kan ett kopplingsförbehåll dock inverka negativt på konkurrensen. Detta gäller särskilt om det leder till att konkurrerande leverantörer av den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet utestängs från marknaden. Det är endast möjligt om licensgivaren har en betydande marknadsstyrka på marknaden för den produkt som styr kopplingsförbehållet för att kunna begränsa konkurrensen på marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet. Dessutom måste kopplingsförbehållet täcka en viss del av marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet för att märkbara utestängningseffekter skall föreligga.³⁰⁷ Sådana konkurrenshämmande avtal faller dock oftast utanför gruppundantaget, eftersom de berörda företagens marknadsandelar inte får överskrida tröskelvärdena. Dessa tröskelvärden är 20 procent för konkurrerande företag och 30 procent för icke-koncurrerande och de är tillämpliga på alla relevanta produkt- och teknikmarknader som påverkas av licensavtalet, även marknaden för den produkt som omfattas av kopplingsförbehållet, se punkt 192 i riktlinjerna.

5.4.2.2 Kopplingsförbehåll och kvalitetskontroll

Det är inte ovanligt att patentinnehavare vill försäkra sig om att licenstagaren/tagarna kan upprätthålla en viss kvalitet på den licensierade produkten. Det anses som regel inte vara konkurrensbegränsande att patentlicensavtal innehåller klausuler som förpliktar licenstagaren att anskaffa varor eller tjänster från licensgivaren eller ett av denne anvisat företag, i den mån detta är nödvändigt för ett tekniskt riktigt utnyttjande av den licensierade tekniken eller för att säkerställa att produkten uppfyller de minimikrav som är tillämpliga på licensgivaren och andra licenstagare. Om en sådan kvalitetskontrollsklausul har ett nära samband med det särskilda föremålet för rättigheten och är absolut nödvändig för ett tillgodogörande av rättigheten, torde den falla utanför förbudet i artikel 81.1.³⁰⁸

Detta återspeglades också i den gamla teknikförordningen, där denna typ av klausuler fanns med på den s.k. grå listan, se artikel 2 punkt 5. Inställningen är ännu mer positiv i den nya gruppundantagsförordningen. Ett kopplingsförbehåll med anledning av kvalitetskontroll sägs i riktlinjerna

³⁰⁵ Se riktlinjerna, punkt 192.

³⁰⁶ Se a.a., punkt 195.

³⁰⁷ Se a.a., punkt 193.

³⁰⁸ Se Tritton m fl., 2002, s. 670.

gynna konkurrensen och leda till effektivitetsvinster.³⁰⁹ Licensgivaren har ett berättigat intresse av att se till att kvaliteten på produkten är sådan att det inte äventyrar värdet på den licensierade tekniken.

5.4.3 Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga bestämmelserna

Eftersom det råder avtalsfrihet, torde begränsningar i form av kopplingsförbehåll som utgångspunkt vara giltiga enligt avtalsrätten. Det gäller i synnerhet när parterna är relativt jämställda näringsidkare.

I undantagsfall skulle ett ingripande i enlighet med generalklausulen i 36 § AvtL kunna diskuteras, framförallt när ena parten intar en underlägsen ställning t.ex. genom att vara småföretagare. Vid bedömningen skall beaktas omständigheterna vid avtalets tillkomst. Licensgivaren kan som villkor för utgivandet av licensen kräva att parten också binder upp sig på andra sätt. Licensstagaren befinner sig i en beroendeställning, som innebär att han måste godta villkoret om inte hela avtalet skall gå om intet. Villkoret torde då möjligen kunna anses utgöra en ensidig förpliktelse för den svagare parten, och således anses oskäligt. Marknadsdomstolen och Högsta domstolen har tidigare jämkat avtalsvillkor mellan näringsidkare som innehållit klausuler som innebär att ena parten ensidigt förbehåller sig en omfattande rätt, till exempel att ensidigt ändra ett avtals innehåll³¹⁰, eller avtalsvillkor som är alltför långtgående.³¹¹ Detta stöds också av uttalanden i motiven, enligt vilka jämkning bör kunna komma ifråga vid villkor som på ett otillbörligt sätt lägger avgöranden som hänger samman med ett avtalsförhållande i ena partens hand.³¹² Kopplingsförbehåll omnämns i 6 § KL som en klausul som typiskt sett är konkurrensbegränsande. Att ett villkor anses strida mot den konkurrensrättsliga regleringen är en omständighet som enligt uttalanden i motiven bör beaktas vid den avtalsrättsliga oskälighetsbedömningen.

5.5 Icke-angreppsklausuler

5.5.1 Allmänt. Hållbarhet utifrån de avtalsrättsliga bestämmelserna

Licensgivaren har ett intresse av att licensstagaren inte använder sig av överlämnad information för att angripa patentskyddet. En icke-angreppsklausul kan leda till ett mer avslappnat och öppet samarbete, eftersom licensgivaren då inte måste oroa sig för att den information som han ger kommer att användas emot honom. Licensstagaren i sin tur, som har

³⁰⁹ Se riktlinjerna, punkt 194.

³¹⁰ Se t.ex. MD 1985:16.

³¹¹ Se t.ex. MD 1995:3; en ansvarsbegränsning ansågs alltför långtgående.

³¹² Se SOU 1974:83, s. 159-152.

en något kluven inställning till den licensierade tekniken, eftersom han visserligen erhållit licens, men måste betala royalty för den, får genom klausulen incitament till att inte angripa licensgivarens rättighet.

Giltigheten av icke-angreppsklausuler har länge varit omdiskuterad. Ett mål från Svea hovrätt ger stöd för att giltighetsfrågor kan avgöras mellan parterna med bindande verkan.³¹³ Avtalspart torde inte heller kunna använda sig av stadgandet i 52 § 3 st. PL för att undkomma en icke-angreppsklausul. Enligt nämnda paragraf har var och en som lider förfång av patentet möjlighet att föra talan om patentets ogiltighet. Detta stadgande skulle dock troligtvis inte anses som tvingande rätt och således ha företräde framför en icke-angreppsklausul.

Mål om patents ogiltighet är dispositiva. Detta innebär att rätten skall respektera alla medgivanden som en part gör, sannolikt även sådana som lämnats innan processen inletts.³¹⁴ Obligationsrättsligt torde en icke-angreppsklausul således vara giltig; den kan således binda parterna till avtalet.³¹⁵ Detta stämmer även överens med det internationella rättsläget.³¹⁶

Ett försök av licensgivaren att upprätthålla ett ogiltigt patent skulle troligen kunna angripas med hjälp av konkurrensreglerna, om licensgivaren är i ond tro. Detta skulle kunna anses utgöra missbruk, och klausulen skulle förklaras ogiltig.³¹⁷ Detsamma gäller om icke-angreppsklausulen omfattar fler av licensgivarens patent än det som licensierats, samt i vissa fall om åtagandet sträcker sig till tiden efter att licensen upphört. Ett sådant utsträckande i tiden torde dock vara giltigt om patentets upphörande beror på att licenstagaren begått avtalsbrott.³¹⁸ Dessutom hindrar en icke-angreppsklausul naturligtvis inte tredje man från att föra ogiltighetstalan.³¹⁹

5.5.2 Hållbarhet utifrån de konkurrensrättsliga bestämmelserna

Tidigare ansågs icke-angreppsklausuler falla under förbudet i artikel 81.1.³²⁰ I *Windsurfing*³²¹ uttalade EGD att icke-angreppsklausuler inte faller inom patentets särskilda föremål. Den strikta behandlingen av icke-angreppsklausuler mildrades emellertid 1988 genom EG-domstolens dom i *Bayer mot Sullhöfer*³²², där domstolen uttalade att ett angreppsförbud sett i

³¹³ Se Svea hovrätt RH 1993:132; jfr Runesson, E.M., 2002/03 s. 686 ff.

³¹⁴ Se Domeij, 2003, s. 114-115.

³¹⁵ Se Tritton m fl., 2002, s. 681-686; Levin, Nordell, 1995, s. 41.

³¹⁶ T.ex. delar den tyska högsta domstolen denna uppfattning, se Domeij, 2003, s. 115 fotnot 74 och däri gjorda hänvisningar.

³¹⁷ Se Domeij, 2003, s. 115-116.

³¹⁸ Se a.a., 2003, s. 116-117.

³¹⁹ Se Levin, Nordell, 1995, s. 41.

³²⁰ Se t.ex. Kommissionens beslut 72/237/EEG, Davidson Rubber Co.

³²¹ EG-domstolens dom i mål 193/83, *Windsurfing*.

³²² EG-domstolens dom i mål 65/86, *Bayer mot Sullhöfer*.

dess ekonomiska och legala sammanhang, kan innebära en konkurrensbegränsning. I målet ifråga var emellertid licensen royaltyfri. EGD eftersträvar en helhetsbedömning av en klausuls effekter i det enskilda fallet, och således inte en absolut kategorisering av klausuler.³²³

5.5.2.1 Möjligheten till undantag

5.5.2.1.1 Teknikförordningen

Om klausulen skulle anses strida mot förbudet i 6 § KL, kan det ändå bli aktuellt med undantag. Innan ikraftträdandet av förordning nr 240/96, fanns icke-angreppsklausuler med på den svarta listan. I och med förordning 240/96 blev de tillåtna i viss utsträckning. Enligt artikel 4.2.b. måste en icke-angreppsklausul anmälas för att beviljas undantag och man bör iakttäta viss försiktighet vid användandet och värna om att de kan motiveras. Enligt artikel 1.2 och 3.7 får en sådan klausul inte sträcka sig för långt i tiden. Tidsaspekten skulle troligen kunna användas också vid den avtalsrättsliga bedömningen av villkorets oskälighet. Enligt artikel 2 punkt 15 undantas från förbudet klausuler som innebär att licensgivaren har rätt att säga upp licensavtalet om licenstagaren angriper patentet.³²⁴

5.5.2.1.2 Den nya gruppundantagsförordningen

Det gamla synsättet att icke-angreppsklausuler faller inom förbudet mot konkurrensbegränsande avtal verkar genomsyra den nya gruppundantagsförordningen i någon grad. Enligt artikel 5 i den nya gruppundantagsförordningen är undantaget inte tillämpligt på en klausul som ålägger licenstagaren en skyldighet att inte bestrida giltigheten i de immateriella rättigheter som licensgivaren har på den gemensamma marknaden. Detta hindrar dock inte licensgivaren från att säga upp avtalet om licenstagaren bestrider rättigheten, artikel 5.1.c.

Icke-angreppsklausuler omfattas således inte av gruppundantaget, utan måste bedömas individuellt enligt kriterierna för undantag. En prövning måste ske av huruvida avtalet har fördelaktiga ekonomiska effekter eller inte. Som konsekvens av moderniseringsarbetet är det numera företagen själva som skall göra bedömningen av huruvida avtalet faller inom undantaget eller strider mot förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.

³²³ Se Lidgard, 1997, s. 259.

³²⁴ Se a.a., 1997, s. 260–261.

5.6 Konkurrensklausuler. Best effort-klausuler

5.6.1 Allmänt. Definition

Det är vanligt att en licensgivare vill försäkra sig om att licenstagaren inte samtidigt kommer att arbeta med konkurrerande produkter, så att intresset från licensprodukten avleds, kunskap läcker ut till konkurrenter eller affärsmöjligheter går till spillo. Licenstagaren kan å sin sida ha ett intresse i att kunna uppta tillverkning av nya produkter som tillgodoser samma ändamål som licensprodukterna, om de licensierade produkterna kommit efter i den tekniska utvecklingen och därmed inte är lika konkurrenskraftiga.³²⁵ Om en licenstagare erhåller en exklusiv rätt bör han dock ur lojalitetssynpunkt undvika detta.

En Konkurrensklausul har ingen självklar innebörd. I allmänhet innebär den ett åtagande att inte befatta sig med produkter som kan uppfattas som substitut till den licensierade produkten, eller att konkurrera inom samma geografiska område.³²⁶ Eftersom det rör sig om en betungande klausul, bör man vara noga vid utformningen av den, då den i oklara fall kan komma att tolkas restriktivt.

5.6.2 Hållbarhet enligt de avtalsrättsliga bestämmelserna; 38 och 36 § AvtL

Ur 38 § AvtL och rättspraxis framgår att Konkurrensklausuler i och för sig är giltiga enligt svensk rätt. Enligt nämnda paragraf måste ett avtalsvillkor där ena parten förbinder sig att inte bedriva konkurrerande verksamhet eller ta anställning hos någon som bedriver sådan verksamhet, vara *skäligen* i tid och omfattning. I annat fall är parterna inte bundna av utfästelsen. Lagtexten erbjuder inte någon definition av skälighetsbegreppet, vilket kan leda till svårigheter i att förutse utfallet. Vid bedömningen måste man jämföra det påstått oskäliga avtalsvillkoret med vad som är *normalt* i den föreliggande avtalssituationen och man kan hämta ledning i förarbeten och branschpraxis. Utan sådana referenspunkter är det väldigt svårt att göra en skälighetsbedömning. En följdfråga är sedan hur stor avvikelser från det normala måste vara för att det skall anses vara oskäligt. Även här får man se till förarbetsuttalanden och rättspraxis.³²⁷

Om Konkurrensklausulen i det enskilda fallet sträcker sig längre än vad som kan anses vara skäligt, kan åsidosättande eller jämkning av klausulen med hjälp av 38 § AvtL eller generalklausulen 36 § AvtL komma ifråga.³²⁸

³²⁵ Se Levin, Nordell, 1995, s. 40 och vidare Hedman m.fl., *Exporträtt 1*, Sveriges allmänna exportförening, 1968 (cit. Hedman) s. 63 f.

³²⁶ Se Levin, Nordell, 1995, s. 39-40 samt Lidgard, 1997, s. 232.

³²⁷ Se Tritton m fl., 2002, s. 149-150.

³²⁸ Se Bernitz m fl., 2001, s. 271-272.

Enligt KKV: s praxis godtas regelmässigt konkurrensklausuler med en varaktighet på tre år, och i vissa fall upp till fem år. Vid bedömningen av vad som utgör rimlig tidslängd beaktas bl.a. omfattningen av överlåten know-how och goodwill.³²⁹ Enligt andra stycket skall man vid bedömningen ta särskild hänsyn till om någon av parterna är konsument eller annars intar en *underlägsen ställning* i avtalet. Hittillsvarande praxis visar också att det främst är i sådana avtalsförhållanden som paragrafen kommit till användning.³³⁰

Enligt motiven till 38 § AvtL uppfylls bestämmelsens krav på konkurrens syfte också då syftet är att hindra konkurrens från utomstående. Således torde en exklusivitetsklausul kunna anses utgöra en konkurrensklausul i vissa fall.³³¹

Mig veterligt finns endast ett refererat fall, NJA 1927 s. 642, där Högsta domstolen tillämpat 38 § AvtL i ett avtalsvillkor mellan näringsidkare. Det rörde sig om ett exklusivt återförsäljningsavtal, och återförsäljaren befann sig i en starkt beroende ställning. Numera hade förmodligen en tillämpning av 36 § AvtL legat närmare till hands.³³²

Sammanfattningsvis kan antagas att en konkurrensklausul, så länge den inte är alltför långtgående och parterna är ojämförbara, ur en kommersiell synvinkel och avtalsrättsligt torde godtagbar.³³³ Det har dock, såsom Bernitz konstaterar, inte kommit något rättsfall från HD på mycket lång tid angående godtagbar räckvidd av konkurrensklausuler i näringslivets avtalsförhållanden.³³⁴ Uttalanden i förarbetena till generalklausulen 36 § avtalslagen om att vid oskälighetsbedömningen ta i beaktande huruvida en klausul strider mot de konkurrensrättsliga bestämmelserna bör dock tillmätas betydelse.

5.6.3 Hållbarhet enligt de konkurrensrättsliga bestämmelserna

Klausuler som innehåller åtaganden från licenstagaren att inte nyttja produkter som konkurrerar med licensgivarens kan ge upphov till kartellliknande situationer med kunduppdelning. Detta förbjuds uttryckligen i artikel 81. Kommissionen har också bedömt konkurrensförbud i licensavtal strikt, men i individuella beslut intagit en mjukare hållning.³³⁵ Kommissionen har försökt uppmuntra till mer allmänna utfästelser att arbeta tillsammans efter bästa förmåga, s.k. best effort-klausuler. Skäliga

³²⁹ Se a.a., 2001, s. 274.

³³⁰ Se Tritton m fl., 2002, s. 152.

³³¹ Se Förslag till lag om avtal etc., 1914, s. 160.

³³² Se Bernitz, 1999, s. 57.

³³³ Se Lidgard, 1997, s. 228-229.

³³⁴ Se Bernitz, 1999, s. 58.

³³⁵ Se t.ex. kommissionens beslut 88/563/EEG, Delta Chemie.

konkurrensklausuler som gäller under samarbetstiden eller kort tid därefter har dock accepterats. Denna uppfattning stöds även av EG-domstolen.³³⁶

5.6.3.1 Möjligheten till undantag

5.6.3.1.1 Teknikförordningen 240/96

Inställningen i den gamla gruppundantagsförordningen till konkurrensklausuler var också sträng. Enligt artikel 3.2 teknikförordningen är förordningen inte tillämplig på konkurrensklausuler gällande forskning och utveckling, tillverkning, användning eller försäljning av konkurrerande produkter, om det inte påverkar tillämpningen av artikel 2.1 punkterna 17 och 18.

Enligt artikel 2.1 punkt 17 omfattas en s.k. best effort-klausul av gruppundantaget. En *best effort*-klausul innebär ett krav från licensgivaren att licenstagaren arbetar efter bästa förmåga. Detta kan vara ett bra alternativ till en konkurrensklausul och är alltså tillåten enligt de konkurrensrättsliga reglerna. Det kan då bli mycket svårt för licenstagaren att i praktiken arbeta med konkurrerande produkter. Uppfattningen om vad som egentligen är bästa förmåga kan emellertid variera, vilket kan leda till bevissvårigheter för licensgivaren vid en eventuell process. Gränsen för avtalsbrott är således svårare att fastställa med en vagare best effort-klausul än med en konkurrensklausul.³³⁷

En best effort-klausul kan eventuellt komma att angripas med hjälp av avtalsrättsliga regler, på grund av uttryckets vaghet och omfång. Förpliktelsen kan bli mycket långtgående och en jämkning med hjälp av 36 § AvtL kan anses påkallad. Ett annat alternativ är att tolka uttrycket best efforts som enbart innefattande ett affärsmässigt tillvaratagande av uppfinningens potential.³³⁸

I de fall en best effort klausul inte är tillräcklig, utan en konkurrensklausul måste införas, måste en individuell bedömning ske utifrån kriterierna för undantag eftersom konkurrensklausuler inte omfattas av gruppundantaget. Tidigare var det kommissionen som gjorde denna bedömning och beviljade individuella undantag, men nu är det företagen själva som skall bedöma om avtalet uppfyller kriterierna eller ej. Det är inte uteslutet att så är fallet. För ett positivt utfall bör man enligt Lidgard se till att bestämmelsen är tydlig, välavvägd och välmotiverad.³³⁹

Enligt artikel 2.1 punkt 18 kan licensgivaren dessutom förbehålla sig rätten att säga upp avtalet om licenstagaren inleder konkurrerande samarbete.

³³⁶ Se t.ex. EG-domstolens dom i mål 161/84, Pronuptia de Paris GmbH v. Firma Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis.

³³⁷ Se Lidgard, 1997, s. 234-235.

³³⁸ Jfr Domeij, 2003, s. 146.

³³⁹ Se a.a., 1997, s. 233.

En klausul med innebörden att licenstagaren förpliktas att inte handla med tredje part, har ansetts falla inom förbudets tillämpningsområde.³⁴⁰ Undantag har emellertid beviljats av Kommissionen då konkurrensklausulen begränsats i tiden och varit nödvändig.³⁴¹

Mot denna bakgrund blir slutsatsen att det enligt den gamla ordningen var mycket svårt för parterna att avtala om ett förbud mot att arbeta med konkurrerande produkter. Ett sådant förbud skulle med stor sannolikhet anses strida mot 6 § KL. Det gamla undantaget var inte tillämpligt, men i undantagsfall beviljades individuellt undantag.

5.6.3.1.2 Den nya gruppundantagsförordningen

Inställningen till konkurrensklausuler verkar dock ha förändrats i och med antagandet av det nya gruppundantaget. Enligt den nya gruppundantagsförordningen beviljas undantag från förbudet i artikel 81.1 för konkurrensklausuler både i avtal mellan konkurrenter och icke-konkurrenter upp till tröskelvärdena för marknadsandelar, d.v.s. 20 procent respektive 30 procent.

Konkurrensklausuler är ofta konkurrensfrämjande. Genom att minska risken för obehörigt tillägnande av den licensierade tekniken, bidrar de till främjandet av spridningen av teknik. De är ofta dessutom nödvändiga som incitament till licenstagaren att investera i och utnyttja den licensierade tekniken effektivt, speciellt i fall då licensgivaren åtar sig att skraddarsy den licensierade tekniken för licenstagarens behov.³⁴²

Om parternas marknadsandelar skulle överstiga tröskelvärdena, måste man i det enskilda fallet undersöka om kriterierna för undantag är uppfyllda. Enligt Kommissionen är den största risken med konkurrensklausuler risken att teknik som tillhandahålls av tredje man utestängs från marknaden. Denna risk måste man ta hänsyn till vid intresseavvägningen. En utestängning kan leda till minskat konkurrenstryck samt minskad konkurrens mellan de etablerade teknikerna eftersom möjligheterna för licenstagare att växla mellan konkurrerande teknik begränsas. Risken för utestängning är störst i två situationer: om licensgivaren besitter en betydande marknadsstyrka eller om den kumulativa effekten av avtalet tillsammans med andra liknande avtal leder till en utestängning.³⁴³ Därför bör man möjligen vara något försiktig med att undanta klausuler i avtal mellan företag vars marknadsandelar överstiger de satta tröskelvärdena.

³⁴⁰ Se 4th Report on Competition Policy, paragraph 30; AOIP v. Beyrard [1976] 1 C.M.L.R. D14; Neilson-Hordell/ Richmark 12th Report on Competition Policy, point 89.

³⁴¹ Se RAI/Unitel 12th Report on Competition Policy, point 90; Kommissionens beslut 78/516/EEC RAI/UNITEL [1978] O.J. L157/39.

³⁴² Se riktlinjerna, punkt 203.

³⁴³ Se a.a., punkt 199.

6 Avslutande kommentar

Trots att patent godkänts av rättsordningen och patentlicensavtal som utgångspunkt anses positiva för konkurrensen och spridandet av teknologi, kan villkor kopplade till upplåtelsen i vissa fall ge upphov till betänkligheter. Olika typer av klausuler kan ifrågasättas utifrån andra rättsområden, som här det konkurrensrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande avtal och de avtalsrättsliga ogiltighetsreglerna. Syftet med denna uppsats har varit att övergripande belysa hur avtalsrättens och konkurrensrättens regler kan påverka innehållet i ett patentlicensavtal. För att begränsa omfattningen av uppsatsen har jag valt ut några olika, vanligt förekommande klausuler och undersökt deras giltighet enligt de avtalsrättsliga samt konkurrensrättsliga reglerna. Jag har för att förenkla det hela valt att göra de båda undersökningarna separat, d.v.s. dels enligt de avtalsrättsliga reglerna, dels enligt de konkurrensrättsliga, även om som förmodligen framgått, bedömning och rättsföljd ofta sammanflätas. Resultatet är att finna ovan, med betoning på kapitel fem. Här skall några avslutande synpunkter framföras.

Genom konkurrenslagen av 1993 fick Sverige ett konkurrensrättsligt system som i princip helt motsvarar det EG-rättsliga. Konkurrensrätten har gemenskapsdimension, medan immaterialrätten fortfarande är nationellt begränsad. EG-domstolen har fruktat att nationella immaterialrätter kan användas för att avgränsa marknaden. Ett patent som sådant kan inte angripas med hjälp av konkurrensreglerna. Klausuler som faller inom patentets särskilda område, d.v.s. själva innehållet i patentet, samt bestämmelser som är nödvändiga för dess upprätthållande anses i princip vara oangripbara. Däremot kan, enligt EG-domstolen, villkor som faller utanför detta, något oklara område, strida mot konkurrensreglerna och också ogiltigförklaras med hjälp av dessa. Kopplingsförbehåll omnämns uttryckligen i art 81.1 som en klausul som till sin natur som utgångspunkt är konkurrensbegränsande. Klausuler som begränsar användningsområdet godtas däremot mer generellt. Denna typ av klausuler anses i regel ha ett direkt samband med patentet och är nödvändiga både för rättighetens upprätthållande och för utgivandet av patentlicensen. Många klausuler är dock svåra gränsfall, och i sådana fall måste man väga klausulens för- och nackdelar för konkurrensen mot varandra, såsom i fallet med exklusiva licenser. Att förplikta sig att inte själv marknadsföra eller sälja den licensierade produkten eller att utge licens till andra, har ansetts godtagbart, medan förhindrande av parallellimport ansetts alltför långtgående för att vara godtagbart.

Som ett led i moderniseringsprocessen av konkurrensrätten, har en ny gruppundantagsförordning för tekniköverföring trätt ikraft. Denna synes spegla ett något förändrat och uppmjukat synsätt på villkor i patentlicensavtal. Om parternas marknadsandelar inte överskrider de satta tröskelvärdena samt klausulen ifråga inte finns med på listan över särskilt

allvarliga konkurrensbegränsningar, anses klausulen tillåten. Inställningen till konkurrensklausuler verkar exempelvis ha förändrats. Tidigare omfattades de inte av gruppundantag, utan man fick ansöka om undantag i det enskilda fallet. Numera omfattas de om de berörda företagens marknadsandelar inte överskrider tröskelvärdena. Tonvikten läggs således på att förhindra konkurrensbegränsande avtal mellan parter med monopolliknande eller i annat fall mycket stark ställning, samt några utvalda, "svartlistade" klausuler, som anses alltför hämmande på konkurrensen för att kunna godtagas. Moderniseringsarbetet har också medfört ett avskaffande av de individuella undantagen till förmån för ett ständigt gällande och generellt tillämpligt legalundantag. Konsekvensen av detta är att större ansvar läggs på nationella myndigheter och domstolar som numera direkt kan tillämpa art 81.3, men också på företagen själva, som numera själva får i uppdrag att undersöka om kriterierna för undantag är uppfyllda. Förändringen var direkt nödvändig, eftersom Kommissionens arbetsbörda var alltför stor med bland annat orimligt långa handläggningstider. Med det nya systemet är tanken att Kommissionen skall kunna koncentrera sig på mer allvarliga överträdelser av förbuden. Det återstår emellertid att se vilka konsekvenser som minskandet av Kommissionens centrala roll har på förutsebarheten och enhetligheten i rättstillämpningen.

Vid sidan av konkurrensreglerna, torde det finnas en liten möjlighet att angripa en klausul med hjälp av de avtalsrättsliga reglerna. Detta blir främst aktuellt i fråga om konkurrensbegränsande avtal och klausuler som faller utanför konkurrenslagstiftningens räckvidd, närmast för att de inte uppfyller märkbarhetskravet eller omfattas av gruppundantag eller annars uppfyller kriterierna för undantag. Utgångspunkten är dock avtalsfrihet, och med några undantag torde det stå patentinnehavaren fritt att bestämma huruvida någon annan skall få utnyttja uppfinningen eller produkten ifråga genom en licens. Det är också i princip upp till licensgivaren vilka begränsningar eller restriktioner som en eventuell licens skall kringgärdas med. Lagstiftaren har emellertid ansett det nödvändigt att i viss mån begränsa avtalsfriheten genom möjlighet till jämkning eller ogiltigförklaring av ett avtalsvillkor, även i avtal mellan näringsidkare. Med hjälp av lagen om jämkning av avtalsvillkor mellan näringsidkare kan man förbjuda framtida användning av avtalsvillkor. Om man vill få till stånd en jämkning i ett bestående avtal, är man hänvisad till generalklausulen i 36 § AvtL, som är tillämplig på alla förmögenhetsrättsliga avtal. Möjligheten att ingripa i ett kommersiellt avtal med hjälp av denna generalklausul torde vara mycket liten, även om någon av parterna skulle vara småföretagare eller eljest intar en underlägsen ställning. Visserligen kan 36 § avtalslagen enligt motiven användas också för att jämka avtal mellan jämställda näringsidkare, t.o.m. till förmån för starkare part, men både doktrin och praxis gör uttryck för stark restriktivitet mot att ingripa i avtal mellan affärsparter. En del begränsningar i avtal kan vara direkt nödvändiga för att ett avtal över huvud taget skall komma till stånd. Så kan vara fallet med en exklusivitetsklausul. Licensstagaren kan som villkor för den ekonomiska risk han utsätter sig för kräva viss exklusivitet. Parter i ett kommersiellt avtalsförhållande bör ha möjlighet att göra en god

affär, och bör därför ha ett relativt stort spelrum. Det är inte lämpligt att kommersiella avtalsparter kan dra sig ur ett avtal med hänsyn till att de anser sig missgynnade i förhållande till sin motpart. I annat fall kan viljan att sluta avtal kunna hämmas.

Både vid den avtalsrättsliga oskälighetsbedömningen och den konkurrensrättsliga bedömningen om otillåten konkurrensbegränsning, skall hänsyn tas till samtliga omständigheter i det enskilda fallet. De båda bedömningarna torde kunna påverka varandra. Särskilt intressant blir detta för den avtalsrättsliga bedömningen, som ju torde vara mer restriktiv än den konkurrensrättsliga. I motiven nämns uttryckligen att det faktum att ett avtal är förbjudet enligt konkurrenslagstiftningen, kan leda till att det också kan anses oskäligt enligt generalklausulen. De konkurrensrättsliga aspekterna skall således vägas in också i bedömningen enligt den allmänna avtalsrätten.

Såsom ovan påpekats, får en bedömning enligt de allmänna avtalsrättsliga reglerna främst betydelse när en klausul med konkurrensbegränsande innehåll godkänts av konkurrensreglerna, kanske på grund av bagatellundantag eller gruppundantag. Enligt motiven kan klausulen anses oskälig enligt avtalsrätten med hänvisning till att villkoret anses alltför negativt för konkurrensen. De avtalsrättsliga bestämmelserna torde sålunda kunna ingripa mot konkurrensbegränsningar som är negativa för konkurrensen även om inte konkurrenslagstiftningen själv gör det. Exempelvis kan ett kopplingsförbehåll, som omfattas av gruppundantag, i det enskilda fallet anses oskäligt enligt avtalsrätten.

Om villkoret bedöms vara oskäligt enligt generalklausulen i avtalsrätten, följer jämkning eller ogiltigförklaring av klausulen ifråga eller avtalet i sin helhet. Jämkning kan vara att föredra i ett avtal mellan kommersiella avtalsparter. Rättsföljden i konkurrenslagen är ogiltighet av avtalsvillkoret isolerat eller avtalet i sin helhet om villkoret inte kan skiljas från det resterande avtalet. Eftersom konkurrensrätten bygger på civilrätten, har den konkurrensrättsliga ogiltigheten samma innebörd som den avtalsrättsliga. Räckvidden och den närmare innebörden av ogiltigheten som följer av det konkurrensrättsliga förbudet, bestäms med hjälp av de avtalsrättsliga bedömningsprinciperna.

Även utan den konkurrensrättsliga ogiltighetsregeln skulle klausuler som ogiltigförklaras med hjälp av konkurrensrättsreglerna förmodligen vara ogiltiga enligt de avtalsrättsliga reglerna. Den konkurrensrättsliga regeln kan således ses som ett komplement eller förtydligande till den avtalsrättsliga ogiltighetsregeln. Detsamma kan egentligen sägas gälla hela bestämmelsen med förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Även utan ett sådant förbud, skulle en konkurrensbegränsande klausul kunna angripas med hjälp av generalklausulen i 36 § avtalslagen. Det torde dock vara väsentligt svårare att få igenom en jämkning eller ogiltighetsförklaring på denna väg. Möjligen skulle man kunna se förbudet i konkurrenslagen som en specialreglering av ogiltighet för just konkurrensbegränsande avtal.

Bernitz anser att tiden är inne för att samspelet mellan avtalsrätten och konkurrensrätten skall öka. Detta motiveras med att de konkurrensrättsliga principerna ger uttryck för våra rådande grundläggande rättsliga värderingar. Detta har stöd i både motiven till generalklausulen, som förespråkar hänsyn till konkurrensbestämmelserna vid den avtalsrättsliga oskälighetsbedömningen, och i motiven till den nya lagen om skiljeförfarande, där det uttalas att skiljemän får pröva konkurrensrättsliga civilrättsliga verkningar mellan parterna. Kanske kommer vi att få se ett ökat samspel och hänsynstagande mellan avtalsrätten och konkurrensrätten i framtiden.

Litteraturförteckning

Litteratur

- Anderman, Steven D., *EC Competition Law and Intellectual Property Rights. The regulation of innovation*, 1998, Oxford.
- Bernitz, Ulf, Småföretagarskydd mot oskäliga avtalsvillkor, särskilt 36 § avtalslagen. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund, 1987.
- Bernitz, Ulf, *Standardavtal och konkurrensbegränsning*, Festskrift till Jan Ramberg, 1996.
- Bernitz, Ulf, *Konkurrensbegränsande avtal enligt allmän avtalsrätt- Ett utvecklingsperspektiv. Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén*, 1999.
- Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, uppl. 7, 2001.
- Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, uppl. 2, 2002.
- Carlsson, Kenny, Söderlind, Erik, Ulriksson, Magnus, *Konkurrenslagen. En kommentar*, uppl. 1:1, 1999.
- Craig, Paul, de Búrca, Gráinne, *EU Law. Text, cases, and materials*, third edition, Oxford, 2003.
- Domeij, Bengt, *Patentavtalsrätt*, 2003.
- Grönfors, Kurt, *Avtalslagen*, tredje upplagan, 1995.
- Hedman, Bo, *Exporträtt I*, Sveriges allmänna exportförening, 1968.
- Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, första häftet. Särskilda avtal*, uppl. 3, 1996
- Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, uppl. 6:8, 2000.
- Karnell, Gunnar, *Inledning till den internationella licensavtalsrätten*, 1985.
- Koktvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, fotorätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, uppl. 7:2, 2003.
- Kjellström, Anders, *Marknadsekonomin rättsliga reglering*, 2000.
- Levin, Marianne, *Immaterialrätten. En introduktion*, uppl. 1, 1999.
- Levin, Marianne, Nordell, Per Jonas, *Handel med immaterialrätt*, 1995.
- Lidgard, Hans Henrik, *Licensavtal i EU. Kommentarer till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring*, 1997.
- Nordell, Per Jonas, *Konkurrens teori och konkurrensbegränsning. En inledning till konkurrensrätten*, 1996.
- Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten. En introduktion*, uppl. 2:1, 2003.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995.
- Pehrson, Lars, *EG och immaterialrätten: Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt*, 1985.
- Prime, Terence, *European intellectual property law; with a chapter on intellectual property licensing agreements within the provisions of the Treaty of Rome* by David Booton, 2000.

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, uppl. 6:1, 2002.
Sandgren, Claes, *Patentlicenser*, 1974.
Stenberg, Hans, *Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och dess ogiltighet*, 1974.
Tritton, Guy, (Davis, Richard, Edenborough, Michael, Graham, James, Malynicz, Simon, Roughton, Ashley), *Intellectual Property in Europe*, Second Edition, London, Sweet & Maxwell, 2002.
Von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § avtalslagen med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, 1999.

Artiklar

Hedman, Bo, Internationella licensavtal, NIR 1969 s. 109
Runesson, E.M., Licensavtalet, skiljeavtalet och immaterialrätten, JT 2002/03.
Tillberg, Johanna, Upphovsrättens utveckling i EG-domstolens praxis, SvJt 1995 s. 648.

Offentligt tryck

Nationell

Förordning (1996:345) om gruppundantag enligt 17 § konkurrenslagen
Förslag till ny lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m., angivna den 31 jan. 1914 av därtill åbedda kommitterade, 1914.
Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20) (KKVFS 1999:1)
Lag (1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
Lag (1993:20) för avtal om tekniköverföring
Lagutskottets betänkande 2000/01:LU9 Vissa associations- och avtalsrättsliga frågor
NJA II 1968 s. 77

Proposition 1960:17	Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
Proposition 1975/76:81	Ändringar i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Proposition 1983/94:92	Avtalsvillkor mellan näringsidkare
Proposition 1992/93:56	Förslag till ny konkurrenslagstiftning
Proposition 1993/94:114	Grundlagsändringar inför ett svenskt medlemskap i Europeiska Unionen
Proposition 1998/99:35	Ny lag om skiljeförfarande
Prop. 1999/2000:140	Konkurrenspolitik för förnyelse och mångfald
Proposition 2003/04:80	Moderniserad konkurrensövervakning
SOU 1974:83	Generalklausul i förmögenhetsrätten
SOU 1981:31	Avtalsvillkor mellan näringsidkare

Gemenskapsrättslig

A More Coherent European Contract Law: An Action Plan, COM (2003) 68 final O.J. C 63/1, 2003-03-15.

Förordning (EEG) nr 2349/84 om gruppundantag för patentlicenser

Förordning (EEG) nr 556/89 om gruppundantag för know-how licenser

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

Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring.

Kommissionens tillkännagivande om riktlinjer om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 och 82 i fördraget (2004/C 101/07)

Kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden som rör samarbete mellan företag

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (97/ C 372/ 03)

Kommissionens tillkännagivande om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget (de minimis) (2001)

Kommissionens utvärderingsrapport om gruppundantagsförordning nr. 240/96

Konkurrensregler avseende avtal om tekniköverföring; Meddelande enligt artikel 5 i rådets förordning nr 19/65/EEG av den 2 mars 1965 om tillämpning av fördragets artikel 81.3 på vissa grupper av avtal och samordnade förfaranden, senast ändrad gen Kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden som rör samarbete mellan företag

Kommissionens tillkännagivande om avtal, beslut och samordnade förfaranden som rör samarbete mellan företag om förordning (EG) nr 1/2003.

Rådets förordning (EG) No. 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget.

Kommissionens tillkännagivande om informell vägledning vid nya frågor rörande artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget som uppstår i enskilda fall (vägledande skrivelser)

The Principles of European Contract Law. Prepared by the Commission on European Contract Law, 1999.

4th Report on Competition Policy

12th Report on Competition Policy

Övrigt

U.S. Antitrust Guidelines for Intellectual Property

<http://www.orgalime.org/publications.htm>, 040628

Rättsfallsförteckning

Nationell praxis

Högsta domstolen

NJA 1927 s. 642
NJA 1983 s. 332
NJA 1987 s. 639
NJA 1992 s. 290
NJA 2000 s. 497

Svea hovrätt

Svea hovrätt 2002-12-10, mål 820-02
RH 1993:132

Marknadsdomstolen

MD 1985:16
MD 1995:3

Regeringsrätten

RÅ 1990 ref 84

Gemenskapsrättslig praxis

EG-domstolen

26/62	Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen
6/64	Costa mot ENEL
56, 58/64	Etalissements Consten och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Kommissionen
23/67	Brasserie de Haecht mot Wilkin
24/67	Parke Davis & Co. mot Probel & Centrafarm
C-14/68	Walt Wilhelm mot Bundeskartellamt
5/69	Völk mot Éts Vervaecke
11/70	Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel
78/70	Deutsche Grammophon mot Metro-SB-Grossmärkte
22/71	Béguelin Import mot GL Import-Export
6, 7/73	Instituto Chemioterapico Italiano SpA & Commercial Solvents mot kommissionen
40-48/73	Suiker Unie

15/74	Centrafarm mot Sterling Drug
258/78	L.C. Nungesser KG och Kurt Eisele mot Kommissionen.
262/81	CODITEL II
29, 30/83	Asturienne- Zinc
193/83	Windsurfing International Inc. mot Kommissionen
161/84	Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis
65/86	Bayer mot Sullhöfer
238/87	Volvo AB mot Erik Veng Ltd
41/90	Höfner & Elser mot Macroton GmbH
C-241,242/91	P Magill
80/95 etc.	Re Woodpulp Cartel
C-355/96	Silhouette International Schmied GmbH & Co KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft GmbH

Förstainstansrätten

T-7/89	Hercules Chemicals
T-141/89	SARL
T-30/91	Solvay SA mot Kommissionen
T-528/93	m f l Métropole télévision

Europeiska Kommissionen

Beslut

- 72/25/EEG, Burroughs AG och Ets. Delplanque
- 74/494/EEG (Kabelmetal), Kabel- und Metalwerke Neumeyer AG & Les Etablissements Luchaire SA, 18 juli 1975: EGT 1975 L222/34, (1975) 2 CMLR D40
- 76/29/EEG (AOIP/ Beyrard), Association des Ouvriers en Instruments de Précision (A.O.I.P) vs. Beyrard, 2 december 1975: EGT 1976 L6/8 (1976) 1 CMLR D14
- 88/541/EEC, O.J. (1988) L301/68; (1989) 4 C.M.L.R. 610
- Re the Agreements of Davidson Rubber Company [1972] O.J. L 143/31, [1972] C.M.L.R. D52
- Velcro/Aplix, (1985) O.J. L233/22; (1989) 4 C.M.L.R. 157

Övriga rättsfall

Frostatning 6.4.1970, den norska lagmannsretten, NIR 1973 s. 95 (Ersättningsansvar?)
 BGH 1993-03-11, GRUR 1993 s. 595 (596), den tyska Högsta domstolen.