



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Jasmina Resulovic

Några funderingar om  
hanteringen av betalningen i  
licensavtal

Examensarbete  
30 poäng

Handledare:  
Ulf Maunsbach

Ämnesområde:  
Immaterialrätt  
Avtalsrätt  
Konkurrensrätt

Termin:  
HT 2008

# Innehåll

<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>1</b>
<b>SUMMARY</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Metod och material	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Disposition	7
<b>2 EN PRESENTATION AV LICENSAVTALET</b>	<b>9</b>
2.1 Allmänt	9
2.2 Lagstiftning och praxis	10
2.3 Enkla, exklusiva och sole licensavtal	10
2.4 Förutsättningar för ett licensavtals undertecknade	11
2.5 Kommersiella överväganden bakom en licensiering	11
2.5.1 Faktorer som talar för licensiering	11
2.5.2 Faktorer som talar emot licensiering	13
<b>3 BETALNINGSFORMEN I LICENSAVTALET</b>	<b>15</b>
3.1 Allmänt	15
3.2 Beräkning av royaltyns storlek	15
3.2.1 Nettoförsäljningsdefinitionen	16
3.2.2 Fast royaltysats	16
3.2.3 Minimiroyalty	17
3.3 Engångsbelopp	18
3.4 Om att bestämma priset på den licensierade uppfinningen	18
3.4.1 Skäliga royaltavgifter	19
3.4.1.1 Tumregler	19
3.5 Korslicenser som betalningsmetod	20

3.6 Sammanfattande analys	20
<b>4 BETALNINGEN</b>	<b>23</b>
4.1 Allmänt	23
4.2 Betalningsvalutan	23
4.3 Royaltyförpliktelsers upphörande	24
4.3.1 Royaltyförpliktelsens giltighet vid patentets ogiltighet	24
4.3.2 Möjligheten att tillförsäkra sig royalty efter att patentet förklarats ogiltigt	25
4.3.3 Möjligheten att tillförsäkra sig royalty efter att patentet giltighetstid löpt ut	26
4.4 Sammanfattande analys	26
<b>5 MÖJLIGHETEN ATT STYRA AVTALSFÖRHÅLLET</b>	<b>28</b>
5.1 Inledning	28
5.2 Definitionen av en liten och stor aktör i kommersiella sammanhang	28
5.3 Maktförhandling	29
5.4 Prisstyrning	30
5.4.1 Prisstyrning genom royaltyklausuler	30
5.4.2 Stegrande royaltyavgifter	31
5.4.3 Olika betalningsvillkor mot olika licenstagare	32
5.4.4 Överprissättning	33
5.4.5 Förskjutning av ursprungliga styrkeförhållanden	34
5.5 Sammanfattande analys	35
<b>6 ÅTGÄRDER MOT OSKÄLIGHET I AVTALSRÄTTSLIGT SAMT KONKURRENSRÄTTSLIGT SAMMANHANG</b>	<b>38</b>
6.1 Inledning	38
6.2 36 § Avtalslagens tillämpning på oskäliga betalningsklausuler	38
6.2.1 Exempel på situationer som kan aktualisera en tillämpning av 36 § AvtL	40
6.2.2 Rättsföljderna	40
6.3 Lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare	41
6.4 Konkurrensrättsliga aspekter på oskäliga betalningsklausuler	41
6.4.1 Rättsföljderna	42
6.4.2 Om konkurrensbegränsande samarbete	42
6.4.2.1 Bagatell avtal	42
6.4.2.2 Gruppundantaget enligt art 81.3 EG-fördraget och 2 kap 2 § KL	43
6.4.2.3 Gruppundantaget om tekniköverföring	44
6.5 Sammanfattande analys	44
<b>7 AVSLUTANDE SYNPUNKTER</b>	<b>46</b>

<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>50</b>
Litteratur	50
Artiklar	51
Offentligt tryck	51
Övrigt	51
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>
EG-domstolen	52

# Sammanfattning

I många företag sitter det uppfinnare som saknar möjlighet att exploatera sin uppfinning på egen hand. Ett patentlicensavtal är därför ett utmärkt exploateringsinstrument. Genom ett licensavtal ger rättighetsinnehavaren en licenstagare rätten att exploatera patentet på angivet sätt, i gengäld får licensgivaren en ersättning. Även licenstagaren får nytta av licensen eftersom denne får tillgång till ett patent som han möjligtvis inte hade klarat av att uppfinna själv.

Fastställandet av ersättningsformen i licensavtalet kan sägas vara beroende av vilken licensform parterna väljer. Ju mer exklusivitet en licenstagare får desto högre ersättning kan licensgivaren kräva. Ersättningen i ett licensavtal kan regleras på ett flertal olika sätt. Den vanligaste ersättningsformen i ett licensavtal är *löpande royaltybetalningar*, främst med anledning av att de torde anses fastställa den mest proportionerliga betalningen. Till royaltybetalningen kan parterna koppla en *minimiroyalty* som skall utgå oavsett hur lyckad exploatering av licensen blir. Andra former av ersättning för nyttjandet av patentet är *engångsbetalningar*. Engångsbetalningar kan dock anses som problematiska att använda med anledning av att det blir svårt att beräkna en skälig engångsbetalning för hela licensavtalets giltighetstid. En annan lite speciell betalningsform för att få rätten att nyttja ett patent är *korslicensiering*. Korslicensiering förekommer mest mellan jämbördigt starka företag som kan dra nytta av varandras patent. Genom korslicensiering sker ett ömsesidigt licensutbyte mellan avtalsparterna, det vill säga ingen monetär ersättning erläggs.

Utformningen på betalningsklausulerna i ett licensavtal är beroende av parternas nuvarande storlek och framtida samarbetsform. Ett vanligt scenario är att betalningsklausulerna kommer att utformas till fördel för den starka aktören i avtalsförhållandet. Den part som står i beroendeställning till sin motpart anses vara den underlägsna parten i avtalsförhållandet. Med anledning av denna beroendeställning är det inte ovanligt att den starkare aktören försöker utnyttja sin ställning gentemot den svagare parten genom att avtala om ”oskäligen betalningsklausuler”. Betalningsklausuler som mestadels gynnar den ena parten kan komma att bli föremål för prövning av avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga oskälighetsregler. Med anledning av att det med jämna mellanrum dyker upp oskäligen betalningsklausuler, har det i doktrinen diskuterats olika alternativa åtgärder som kan vidtas i preventivt men även reparativt syfte.

Vad som är en oskäligen betalningsklausul är inte en alldeles självklar sak. Förklaringen till denna ovisshet är den omfattande avtalsfriheten för licensavtal samt det stora skäligen prisintervallet gällande betalningsklausuler.

# Summary

In many companies there are inventors that lack the ability to exploit their invention on their own. A patent license agreement is an excellent exploring instrument. With the help of a license agreement, the licensor gives a licensee the right to explore the patent and in return the licensor receives remuneration. Even the licensee receives profits from the license agreement, because he gets to use a patent that he might not have had the ability to invent on his own.

Determination of the payment in a license agreement depends on which kind of license agreement the parties chose. The more exclusivity the licensee receives, the higher payment a licensor has the right to demand for the license. The payment in a license agreement can be settled in different ways. The most common method of payment is *running rate royalty payments*, due to the fact that this kind of royalty payment is regarded as the most fair and proportioned payment. There is also a possibility for the parties to regulate about a *minimal royalty* that shall be paid by the licensee, regardless of how successful the exploration of the patent license agreement becomes. Another method of payment is *lump-sum payments*. Lump-sum payments can be regarded as complex, because it is complicated to calculate a one-time payment for the total lifetime of the license agreement. A special method of paying for the right to use a patent is *cross-licensing*. Cross-licensing is most frequently used between equally strong companies that are in need of each other's patents. When using this method, the parties are going to exchange each others patents and no monetary payment has to be done.

Critical components that decide the form of the payment clauses are, the size of the parties involved in the licensee agreement and the parties' future cooperation possibilities. The payment clauses are most likely to have the form and size that will benefit the strongest party of the agreement. The contracting party that is in a position of dependence to his adversary is most probably the underdog in the contractual relationship. Because of the fact that one contracting party can be in a position of dependence, it is not unusual that the superior party will try to use his position against his adversary and regulate unreasonable payment clauses. Payment clauses that mostly benefit one contractual party may be tried by contractual rules and rules on competition. Due to the fact that unreasonable payment clauses are stipulated in license agreements, alternative measures have been presented in the doctrine, which can have a preventive as well as a reparative purpose.

There is a big uncertainty on what defines unreasonable payment clauses. The explanation of this uncertainty is the wide contractual freedom and the big reasonable price interval about payment clauses.

# Förord

Att studera juridik och få en juristexamen var ett mål som jag hade fastspikat redan i nionde årskursen i grundskolan. Nu när jag har kommit så lång att jag nästan uppfyllt mitt mål känns det alldeles fantastiskt men även lite skrämmande. Anledningen till att juridikutbildningen var ett självklart val för mig är, att jag alltid har fascinerats över juristens möjligheter att påverka människors liv, då hela vårt samhälle påverkas av juridik vare sig vi vill det eller inte.

Vägen till denna tidpunkt då jag avslutar mina studier vid Juridiska Fakulteten i Lund har varit rolig, men även inneburit många timmars hårt arbete. Under min studieperiod har jag lärt känna fantastiska människor som jag hoppas kommer att vara mina vänner för livet.

Jag vill även passa på att tacka Ulf Maunsbach, som inte bara har varit min handledare för detta examensarbete, utan även genom sina intressanta föreläsningar och sitt intresse för immaterialrätten, har gjort att jag har fått upp ögonen för immaterialrättens spännande värld.

*Jasmina Resulovic*

*Malmö, oktober 2008.*

# Förkortningar

Art.	Artikel
AvtL	Lag (SFS 1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AVLN	Lag (SFS 1984:292) om avtalsvillkor mellan näringsidkare
EG	Europeiska Gemenskapen
EG-domstolen	Europeiska Gemenskapens domstol
EU	Europeiska Unionen
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
KL	Konkurrenslag (SFS 2008:579)
L E S	Licensing Executives Society
ML	Mönsterskyddslag (SFS 1970:485)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättskydd
PL	Patentlag (SFS 1976:837)
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
USD	US-dollar
VML	Varumärkeslag (SFS 1960:644)



# 1 Inledning

Idén till detta examensarbete uppkom efter att jag läst en mycket givande specialkurs under min juristutbildning, nämligen *Kommersialisering av immaterialrätter*. Jag blev fascinerad av licensavtalets förmåga att exploatera immaterialrättsliga ensamrätter samt betalningsklausulernas möjligheter att påverka avtalsförhållandet mellan avtalsparterna.

Många rättighetsinnehavare saknar möjligheter att exploatera sin uppfinning på egen hand. Genom ett patentlicensavtal kan rättighetsinnehavaren licensiera ut uppfinningen i utbyte mot ersättning av licenstagaren. Licenstagaren i sin tur får rätt att nyttja en uppfinning som han på egen hand inte hade lyckats utveckla eller i vart fall inte haft resurser att utveckla.

Jag anser det vara relevant att utreda olika frågeställningar kring betalningsklausuler och licensavtal med anledning av att det saknas en heltäckande lagstiftning och att det finns en ytterst knapphändig rättspraxis. I många fall kan det uppkomma situationer då en överlägsen avtalspart lyckas avtala om en ersättning som är oskälig i förhållande till motparten.

Oskäliga betalningsklausuler kan komma att prövas mot avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga regler. Klausulerna kan komma att jämkas eller uteslutas ur licensavtalet, vilket kan få förödande konsekvenser för den avtalspart som räknade med att ersättningen skulle fullföljas till avtalad summa. I andra länder tillämpas annorlunda åtgärder mot oskäliga betalningsvillkor än dem som vi i Sverige använder. Jag kommer att presentera ett antal alternativa metoder, vars eventuella tillämplighet i Sverige kan diskuteras.

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda hur betalningen i ett licensavtal hanteras av avtalsparterna. Jag vill dessutom att läsaren skall få en inblick i problem som kan uppstå mellan avtalsparter då den ena parten försöker utnyttja sin maktposition och motpartens beroendeställning, genom att styra avtalsförhållandet i önskad riktning.

De frågeställningar som jag kommer att fokusera på är hur betalningsklausuler kommer till uttryck i licensavtal samt vilken betalningsmetod som är bäst att använda för licensgivaren respektive licenstagaren. Jag kommer även att utreda frågorna angående huruvida det är möjligt för en avtalspart att styra över avtalsförhållandet och sin motpart, samt vilka åtgärder som kan vidtas i preventivt och reparativt syfte vad gäller regleringen av oskäliga betalningsklausuler. Slutligen är det även relevant att utreda när betalningsförpliktelsen i ett licensavtal upphör att gälla.

## 1.2 Metod och material

Som jag tidigare nämnt syftar uppsatsen till att presentera problematiken kring hanteringen av betalningen i licensavtal. För att uppfylla mitt syfte har jag använt mig av en sedvanlig rättsdogmatisk metod. Med hjälp av lagtext, förarbeten, rättspraxis och framförallt doktrin har jag försökt att utröna hur rättsläget på området ser ut idag. När det gäller licensavtal så finns det en sparsam lagstiftning på området, och den lagstiftning som finns är utspridd i de olika lagarna. Immaterialrättsliga frågor gällande licensavtal, regleras i Sverige i PL, VML samt ML. Licensavtalet kan dock liksom alla andra avtal komma att prövas av allmänna avtalsrättsliga regler enligt avtalslagen. När det gäller oskälighetsfrågor och konkurrensfrågor kan även KL och EG-rättslig lagstiftning komma att aktualiseras.

Med anledning av oklarheten kring hanteringen av betalningen i licensavtal, kommer jag att presentera en egen analys om rättsläget. Dessutom kommer jag att presentera ett *de lege ferenda*-perspektiv på några av mina frågeställningar.

I Sverige är förarbetena en rättskälla som man lägger betydligt större vikt vid än i många andra länder. För att kunna presentera hur lagstiftaren har tänkt att relevanta lagar för denna uppsats skall tillämpas, är det nödvändigt att beakta förarbetena. I syfte att utreda vilka avtalsrättsliga åtgärder som kan vidtas när en avtalspart försöker styra avtalsförhållandet genom att avtala om oskäligena betalningsvillkor, har jag använt mig av förarbeten till 36 § AvtL samt AVLN.

Vad gäller rättspraxisen så har jag använt mig av EG-rättsliga avgöranden, med anledning av licensavtalets gränsöverskridande effekter. Ytterligare en anledning till att jag använt mig av EG-rättsliga avgöranden är att, ett flertal EG-rättsliga avgörande gällande konkurrensrättsliga frågor fått en stor genomslagskraft inom konkurrensrätten. Doktrinen spelar en stor roll i denna uppsats, då det finns begränsat med lagstiftning och praxis på licensavtalsområdet och då avtalsfriheten är omfattande vad gäller betalningsklausulernas utformning.

Problematiken kring betalningsklausulerna kommer dessutom att diskuteras utifrån ett näringsidkarperspektiv där en viss fokus kommer att ligga på den underlägsna parten i avtalsförhållandet.

I uppsatsen gör jag även en jämförelse med argumentation hämtad ur utländsk rätt. Resonemang i utländsk rätt kan, med hjälp av en komparativ metod, komma att fungera som grund för en argumentation angående en dylik lösning i svensk rätt.<sup>1</sup> Anledningen till att jag använt mig av utländsk rätt är att det saknas en klar reglering av licensavtalet och dess betalningsklausuler i Sverige.

---

<sup>1</sup> Sandgren, s. 1041, JT 1995/1996.

För att få svar på en del praktiska problem kring betalningsklausuler tillämpar jag även en empirisk metod i denna uppsats, då jag har haft ett möte med en praktiker. Jag diskuterade olika problem gällande betalningsklausuler i licensavtal med advokat Ander Larsson på Awapatents kontor i Malmö. På aktuella ställen i uppsatsen kommer jag att presentera en del av Larssons funderingar.

## 1.3 Avgränsningar

Centrala avgränsningar för denna uppsats är patent- och know-how - licensavtal, eftersom licensavtal oftast är så kallade *blandade avtal* som består av både patent- och know-how. Den andra stora avgränsningen för uppsatsen är betalningsklausuler. Förklaringen till att jag kommer att använda mig av just patentlicenser är, att de traditionellt sett har betraktats som den centrala licensen, varför de ofta används som utgångspunkt vid uppbyggnaden av andra licensavtal.<sup>2</sup> Även om jag hämtat exempel ur patentlicensavtal, kan exemplen och argumentationen i denna uppsats tillämpas på alla typer av licensavtal, exkluderande upphovsrättslicenser. Anledningen till att betalningsklausulerna är uppsatsens andra viktiga avgränsning är, att jag anser dem vara en av licensavtalets huvudpunkter och som påverkar övriga klausulernas reglering i stor utsträckning.

För att utreda vilka åtgärder som kan vidtas mot oskäligen betalningsklausuler, har jag fokuserat på avtalsrättsliga- samt konkurrensrättsliga åtgärder. Vad gäller dem avtalsrättsliga åtgärderna har jag valt att avgränsa mig till att enbart utreda 36 § Avtl och AVLN.s tillämpning på oskäligen betalningsklausuler. I dem avslutande delarna av uppsatsen kommer jag att utreda konkurrensrättsliga aspekter på oskäligen betalningsklausuler. Jag kommer att avgränsa mig till dem gemenskapsrättsliga- och nationella reglernas tillämplighet. Jag kommer att nämna relevanta och viktiga konkurrensrättsliga regler för denna uppsats, utan att fördjupa mig mer ingående i konkurrensrätten.

Ytterligare avgränsningar kommer att ske löpande i texten, med anledning av att jag anser det vara viktigt att poängtera vissa avgränsningar mer noggrant i texten.

## 1.4 Disposition

Uppsatsen inleds i *kapitel 2* med en närmare presentation av licensavtalet. I kapitlet redogörs för olika kommersiella överväganden bakom en licensiering samt vad som krävs för att ett licensavtal skall komma till stånd. I anslutning till varje kapitel från och med andra kapitlet kommer jag att presentera sammanfattande analyser av olika moment. I *kapitel 3* kommer

---

<sup>2</sup> Gozzo, s. 83.

de olika betalningsformerna i licensavtalet att introduceras. *Kapitel 4* innehåller en utredning av hur själva betalningen går till samt en redogörelse för när licenstagarens betalningsförpliktelse upphör. I *kapitel 5* utreds olika medel som en avtalspart kan vidta för att styra avtalsförhållandet och avtalsparten i önskad riktning. Utredningen grundar sig på förhandlingsteknik samt på förmågan att utforma betalningsklausulerna på ett ”styrande” sätt. Slutligen analyseras olika avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga aspekter på oskäliga betalningsklausuler i *kapitel 6*. Uppsatsen slutbehandlas i *kapitel 7* med en avslutande diskussion av de olika frågeställningarna.

# 2 En presentation av licensavtalet

## 2.1 Allmänt

Med ett licensavtal menas vanligen ett avtal varigenom licensgivaren upplåter en ensamrätt till en utvald licenstagare, oftast mot någon form av ersättning. Ett licensavtal bör skiljas från andra former av avtal som innefattar överlåtelse. Vid en licensiering ges licenstagaren enbart en långtgående nyttjanderätt till licensgivarens ensamrätt.<sup>3</sup>

Det finns ingen exakt definition av begreppet licensavtal, eftersom det omfattar flera olika företeelser. Det finns ett flertal olika licensavtal beroende på vilken immaterialrätt som är föremål för licensiering. Licensavtal kan indelas i patentlicenser, know-howlicenser, varumärkeslicenser och upphovsrättslicenser. Patentlicenser, know-how licenser samt varumärkeslicenser har alla ”industriell äganderätt” som avtalsobjekt.<sup>4</sup> Licensavtalen består oftast av flera olika licenstyper som anpassas till det specifika avtalsförhållandet. De brukar föregås av ett sekretessavtal där den presumtive licenstagaren förpliktar sig att inte röja någon hemlig information om det patenterade avtalsobjektet. Viktigt är att poängtera, att sekretessavtal är ett mycket betydelsefullt avtal i samband med licensiering av ensamrätter. Jag kommer dock inte att utreda sekretessavtalets betydelse närmare i denna uppsats.<sup>5</sup>

Licensavtal kan slutas av större företag sinsemellan, men även mellan privatpersoner. Avtalen förekommer även inom den varu- samt tjänsteproducerande sektorn, dock sluts majoriteten av alla licensavtal inom den varuproducerade sektorn.<sup>6</sup>

Licensavtal är inte föremål för några formkrav enligt svensk rätt, dock brukar de vanligtvis upprättas skriftligen. Det finns ett antal standardformulär som t.ex. NL 92/ORGALIME S 92 som kan utnyttjas inom den mekaniska verkstadsindustrin, men i själva verket utnyttjas dessa sällan. Anledningen till att standardformulär används i ringa omfattning är den ekonomiska miljöns variation. Det är svårt att tillämpa en och samma standardavtalsmall för alla avtalsförhållanden.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> Hedman och Haak (1968), s. 15.

<sup>4</sup> Gölstam, s. 106 f.

<sup>5</sup> Levin och Nordell, s. 29 f.

<sup>6</sup> Sandgren (1974), s. 38.

<sup>7</sup> Levin, s. 501.

## 2.2 Lagstiftning och praxis

Inom licensavtalsområdet är avtalsfriheten en fundamental princip. En anledning till denna frihet kan tänkas vara den knapphändiga lagstiftningen och praxisen på området.<sup>8</sup> Bristen på rättspraxis beror på att de flesta tvister om licensavtal avgörs i skiljedom eller genom förlikning och därför inte blir offentliga för allmänheten.<sup>9</sup> Det finns ett fåtal paragrafer i PL, VML samt ML som berör licensavtal. Vid tolkning av licensavtal kan man dock tillämpa allmänna kontraktsrättsliga principer.<sup>10</sup> När det gäller konkurrensrättsliga frågeställningar rörande licensavtal kan även KL samt EG-rättslig lagstiftning komma att aktualiseras.

## 2.3 Enkla, exklusiva och sole licensavtal

En licensgivare kan antingen licensera ut en enkel, exklusiv eller sole licens. En enkel licens innebär att licenstagaren får lov att utnyttja uppfinningen, med villkoret att detta sker utan ensamrätt. Licensgivaren får således lov att fortsätta utnyttja immaterialrätten samt upplåta nyttjanderätten till andra licenstagare. Enkla licenser är vanligast på komponentområdet inom elektronik och inom delar av maskinindustrin. En exklusiv licens innebär däremot att licensgivaren förpliktigar sig att inte upplåta licensen till andra licenstagare samt inte utnyttjar den själv. På kemi- och läkemedelsområdet tillämpas nästan enbart exklusiva licenser. Vid så kallade sole licenser upplåter licensgivaren nyttjanderätten till patentet endast till en licenstagare, men förbehåller sig rätten att nyttja patentet själv och kan således konkurrera med licenstagaren.<sup>11</sup>

Såvida parterna inte avtalar om annat så presumeras att licensen är enkel, en exklusiv licens kräver en uttrycklig överenskommelse.<sup>12</sup> Är ett avtal exklusivt bör en licensgivare reglera i avtalet vad som skall gälla om licenstagaren inte uppfyller de avtalade förpliktelserna. Förklaringen är att licensgivaren riskerar att förlora hela värdet av ensamrätten om inte licenstagaren nyttjar denna på ett godtagbart sätt. Det är därmed av vikt för licensgivaren att han reglerar förpliktelserna för licensavtalet och sanktionerar dessa om de inte uppfylls. En av konsekvenserna som kan kopplas till förväntningarna, är en rätt för licensgivaren att omvandla den exklusiva rätten till en icke-exklusiv rätt, om licenstagaren inte lyckas uppfylla avtalade villkor, som t.ex. att erlagga betalning för avtalad royalty.<sup>13</sup> I praktiken är dock den vanligaste konsekvensen att licensgivaren säger upp licensavtalet om licenstagaren inte fullgör de fundamentala

---

<sup>8</sup> Domeij, s. 31.

<sup>9</sup> Gozzo, s. 153.

<sup>10</sup> Karnell (1985), s. 54.

<sup>11</sup> Gozzo, s. 127.

<sup>12</sup> Levin, s. 499 f.

<sup>13</sup> Nordström, s. 8.

förpliktelserna i ett patentlicensavtal. Betalning av royaltyavgiften och engångsavgiften räknas till de fundamentala delarna.<sup>14</sup>

## 2.4 Förutsättningar för ett licensavtals undertecknade

Grundläggande för att ett avtal skall komma till stånd är förekomsten av två samstämmiga viljeförklaringar. För att en part skall vilja ingå ett avtal krävs att det är lönsamt för denne. Kostnader som en licensgivare kan drabbas av kan delas in i tre grupper: utvecklingskostnader, transfereringskostnader samt alternativkostnader. Utvecklingskostnader är kostnader som tillkommer vid utvecklingen av avtalsobjektet och kan inte undgå oavsett om ett avtal kommer till stånd eller inte. Under transfereringskostnaderna hamnar kostnader som licensgivaren måste betala för att licenstagaren skall kunna producera och marknadsföra den licensierade produkten. Hit hör s.k. transaktionskostnader, som t.ex. utbildningskostnader, kostnader för förhandling, olika tekniska kostnader o.dyl. Alternativkostnader motsvarar nyttan som licensgivaren kunnat erhålla genom att exploatera den licensierade produkten själv. Även licenstagaren har kostnader som tillkommer vid produktion och försäljning av produkten, vilka denne vill få täckta genom den utökade nyttan av licensen.<sup>15</sup>

## 2.5 Kommersiella överväganden bakom en licensiering

### 2.5.1 Faktorer som talar för licensiering

*”Licensavtalet är det rättsliga instrument, som används för att bringa tekniska, i vissa fall även ekonomiska, idéer, rön och erfarenheter i omlopp.”<sup>16</sup>*

Vid etablering utomlands måste en företagare skaffa sig kunskap om den lokala marknaden, genom att utföra noggranna marknadsundersökningar samt anställa kompetent personal som har till uppgift att utföra marknadsundersökningarna. En licensiering ter sig mycket smidigare för licensgivaren då denne ”enbart” behöver licensiera till en licenstagare som har kunskap om den aktuella marknaden.<sup>17</sup> Licensgivaren slipper själv övervaka marknaden för att undersöka vilka produkter som är köpstarka. Vid en licensiering skaffar sig licensgivaren värdefull kunskap om en marknad, som han senare kan komma att använda sig av även utanför ett licensavtalsförhållande. Skulle den aktuella licensieringen visa sig vara

---

<sup>14</sup> Intervju med Anders Larsson.

<sup>15</sup> Gölstam, s. 114 f.

<sup>16</sup> Sandgren (1974), s. 80.

<sup>17</sup> Ibid., s. 116.

lyckad, kan det vara ett incitament för en framtida etablering av företaget på den aktuella marknaden. En licensiering kan även utnyttjas för att undersöka marknadsförhållandena på andra närbelägna marknader. Ett exempel som har givits i doktrinen, är att licensiering på den kanadensiska marknaden kan var en utväg för att undersöka om det lönar sig för det svenska företaget att investera på den amerikanska marknaden, då den amerikanska och kanadensiska marknaden har påtagliga likheter.<sup>18</sup>

Licensavtalet kan även vara ett kraftfullt verktyg för att bryta genom handelsbarriärer, vilket annars hade varit problematiskt vid enbart export. Handelsbarriärer som kan tänkas dyka upp är inskränkningar i valutaflödet, kvantitativa importbegränsningar samt olika tullar som försvårar och förhindrar varuutbytet mellan olika länder. Alla tre handelsbarriärer kan tänkas slå hårt mot ett företag som exporterar till ett land där handelsbarriärer existerar och som ett företag kan få svårt att skydda sig mot.<sup>19</sup>

Politiska eller ekonomiska oroligheter i ett land gör att det blir väldigt riskfyllt att såväl exportera till det landet som att etablera sitt företag där.<sup>20</sup> I vissa länder med ekonomiska svårigheter kan det vara lättare att få tillstånd till transferering av licensavgifter från licenstagaren till licensgivaren än, att överföra kapital från ett dotterbolag som är etablerat utomlands till ett moderbolag i Sverige. Anledningen till det är, att licensavgifter inte belastar ett lands betalningsbalans i lika stor omfattning som kapitalutdelning.<sup>21</sup> Det som även gör licensiering mer lönsamt än export, är att tillverkningskostnaderna i vissa länder är mycket lägre än i Sverige, på grund av t.ex. låga löner.

Licensiering kan även vara att föredra när licensgivarens egna produktionsförmåga inte är tillräcklig för att kunna täcka efterfrågan utomlands.

Man kan summera fördelarna med licensiering med ett ord, nämligen riskminimering. Visserligen står licensgivarens intäkter i proportion till licenstagarens förmåga som entreprenör, men klart är ändå att licensgivaren tillförsäkras intäkter som han vid reguljär produktförsäljning hade riskerat att stå utan, på grund av säsongvariationer samt konjunkturedgångar. Licensgivaren garanteras att få ersättning för sina investeringar och utvecklingsarbetet för patentet. Andra risker som undviks i samband med licensiering är diskriminering av utlandsägda företag.<sup>22</sup>

När licensgivaren arbetar enbart med utveckling och forskning, är licensiering ibland det enda alternativet för att kunna tjäna pengar. Licensgivaren kan med hjälp av ett samarbetsavtal samarbeta med en

---

<sup>18</sup> Sandgren (1974), s. 100.

<sup>19</sup> Ibid., s. 99 f.

<sup>20</sup> Hedman (NIR 1969), s. 110.

<sup>21</sup> Sandgren (1974), s. 99.

<sup>22</sup> Ibid., s. 98 f.



licenstagare för att utveckla nya produkter och förfaranden. Ibland förekommer det att forsknings- och utvecklingsföretag uppfinner en produkt som de inte har nytta av inom sitt företagsområde, i vilka fall licensiering är det givna alternativet för det licensierande företaget. Företaget slipper på så sätt att etablera en ny verksamhetsgren, och kan istället upplåta en licens till ett företag som har nytta av produkten inom sin verksamhet.

För licenstagarens del är vanligtvis syftet med licensiering att denne skall få tillgång till tekniskt kunnande. Licenstagaren kommer att spara värdefull tid, i jämförelse med den tid det skulle ha tagit denne att förvärva kunskapen på egen hand. Dessutom slipper licenstagaren omfattande utvecklingskostnader i jämförelse med kostnaderna för eget produktionsarbete för att utveckla patentet och kunskapen kring patentet. En annan viktig aspekt som lätt kan glömmas är de värdefulla kontakter som licenstagaren kommer att skaffa sig på marknaden. En patentlicens som är av pionjärtyp, kommer dessutom att leda till en stimulans av licenstagarens övriga produktionsserie.<sup>23</sup>

## 2.5.2 Faktorer som talar emot licensiering

Visst kan licensiering låta som rena rama drömmen för licensgivaren, men det finns även ett flertal nackdelar för en licensgivare vid licensiering som bör beaktas. Precis som jag poängterat ovan, kan en lyckad licensiering leda till incitament för utlandsetablering, men det kan även försvåra en framtida utlandsetablering. Anledningen är att licensiering på lång sikt kan leda till att licensgivaren hjälper till att bygga upp sin framtida konkurrent. Vid den tidpunkt då licensavtalets giltighetstid upphör, har säkerligen licensgivaren skyddat sig med klausuler som förbjuder licenstagaren att använda sig av patentet efter avtalets upphörande. Det som licensgivaren däremot inte kan skydda sig mot är licenstagarens nya förmåga som entreprenör. Licenstagaren kan vid tiden för avtalets upphörande ha skaffat sig nödvändig ekonomisk samt teknisk kunskap, för att på egen hand bedriva en liknade verksamhet och kan nu konkurrera ut sin före detta avtalspart på den aktuella marknaden.<sup>24</sup>

Licensavtal bygger ofta på ett långvarigt samarbete mellan avtalsparterna, varför det ofta blir svårt att förutse hur avtalsförhållandet kan komma att utvecklas efter ett antal år. Licensgivaren kan drabbas av problem när det visar sig att han har licensierat till en oseriös och ohederlig licenstagare. En ohederlig licenstagare kan ha förvärvat licensen endast i avsikt att en konkurrent till honom inte skall förvärva licensen istället, och inte för att exploatera uppfinningen på ett lojalt sätt. En möjlighet för licensgivaren att skydda sig mot oseriösa licenstagare är att fortsätta inneha rätten till huvudkomponenten till den licensierade produkten. På så sätt skyddar denne nyckelkunskapen från att utnyttjas oseriöst.<sup>25</sup> När det gäller själva nyttjandet av patentet leder licensavtalet även till svårigheter med kontrollen av

---

<sup>23</sup> Sandgren (1974), s. 105 ff.

<sup>24</sup> Ibid., s. 102.

<sup>25</sup> Ibid., s. 105.

licensobjektets kvalitet. Licensgivaren får istället förlita sig på licenstagarens lojalitet samt styrka som entreprenör.<sup>26</sup>

För licenstagarens del synes den största nackdelen med licensiering vara att merparten av den involverade risken bärs av denne. Speciellt gäller det om uppfinningen inte har förekommit i licenstagarens egen verksamhet tidigare. Licenstagaren kommer då inte att vara bekant med ensamrättens svagheter. Inte sällan har det visat sig att licenstagaren måste lägga omfattande eget arbete på exploateringen lönsamhet. Vanligtvis har licensgivaren inget som helst ansvar för att exploateringen skall bli lyckad. Ytterligare besvärande omständigheter för licenstagaren kan vara dennes beroendeställning i förhållande till licensgivaren. Är licenstagaren i ständigt behov av licensgivarens utvecklingsarbete och stöd i allmänhet kring patentet, torde licenstagarens licensavgifter visa ansatser till att bli mycket höga.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Levin och Nordell, s. 31.

<sup>27</sup> Sandgren (1974), s. 107 f.

# 3 Betalningsformen i licensavtalet

## 3.1 Allmänt

Ett licensavtal är ett väldigt omfångsrikt avtal med många olika klausuler. Jag ämnar att i följande avsnitt ta upp några av klausulerna som jag anser vara fundamentala i ett licensavtal, nämligen betalningsklausulerna.

Betalningsdefinitionen för prestationerna i ett licensavtal kan regleras på ett flertal olika sätt. Vilken ersättningsform parterna väljer är resultatet av parternas nuvarande styrka och framtida samarbetsform. Den vanligaste formen är betalning via periodiska royaltybetalningar, även kallat för löpande royaltybetalningar, men vanligt förekommande är även betalning via engångsavgifter. Oftast kombineras flera olika betalningsformer i ett och samma avtal genom en så kallad *kombinationsbetalning*. Ersättningen för prestationen kan även regleras via olika former av utbyte mellan avtalskontrahenterna.<sup>28</sup>

Royaltyfordrans uppkomst måste också regleras i licensavtalet. Fordrans uppkomst skall inte förväxlas med tidpunkten då den förfaller till betalning. Fordran kan anses uppkommen antingen då den licensierade produkten utnyttjas av licenstagaren, eller då den sätts ut till försäljning. Den kan också anses uppkommen då licensstagaren erhåller betalning av sina kunder. Den sista formen är mest riskabel för licensgivaren, eftersom det blir han som får stå risken för att han skall få betalt för licenstagarens nyttjande av patentet.<sup>29</sup>

Det förekommer att ett licensavtal innehåller en så kallad avtrappad royaltyskala, vilken innebär att procentsatsen kommer att sänkas när licenstagaren har uppnått en viss tillverknings- eller försäljningsnivå på den licensierade produkten. Förhållandet kan även vara det motsatta, nämligen att licensavgiften ökar i takt med att tillverknings- eller försäljningsnivån ökar. Metoden kan tillämpas då licensgivaren anser att patentlicensen blir mer värd vid en högre omsättning än vid en lägre<sup>30</sup>

## 3.2 Beräkning av royaltyns storlek

Den för licensavtal typiska betalningsformen är betalning genom royaltyavgifter. Royaltyn utgör värdet av licenstagarens nyttjande av den licensierade immaterialrätten. Värdet av royaltyn skall vara proportionerligt

---

<sup>28</sup> Bergman, s. 190.

<sup>29</sup> Ibid., s. 188.

<sup>30</sup> Hedman (NIR 1969), s. 118.

fastställd i förhållande till licenstagarens vinst och den skall ses som en utdelning på licensgivares investeringar.

För att beräkna royaltyns storlek kan parterna använda en betalningsdefinition som utgångspunkt för beräkningen. Det är upp till parterna själva att avgöra vilken definition de skall använda, med anledning av att det inte finns ett krav på hur parterna skall beräkna royaltyn. Det är även anledningen till att det problematiska med hanteringen av betalningen inte är att genomföra betalningen, utan att bestämma prissättningen för avtalsprestationen. Följande betalningsdefinitioner kommer att presenteras närmare: nettoförsäljningsdefinitionen, fasta royaltysatsen samt minimiroyaltyn.<sup>31</sup>

### 3.2.1 Nettoförsäljningsdefinitionen

Royaltyn utgår vanligtvis med en *fast procentsats* av nettovärdet av licenstagarens försäljning eller uthyrning av den licensierade uppfinningen.<sup>32</sup> Vid bestämmandet av nettoförsäljningsdefinitionen skall parterna först och främst bestämma vad som skall ingå i bruttoförsäljningssumman. Därefter skall parterna reglera vilka kostnader som licenstagaren får dra av från bruttoförsäljningssumman. Kostnader som kan avräknas är kostnader för transport, packning, lastning, skatter, underhåll mm. Med anledning av att ett licensavtal spänner över en lång tidsperiod kan det vara svårt att förutse vilka kostnader som kan tänkas dyka upp. För att licensgivaren skall kunna skydda sig mot stora oförutsedda kostnader som licenstagaren får dra från bruttoförsäljningssumman, bör han försöka införa begränsningar i licensavtalet, för vilka kostnader och hur mycket som licensstagaren egentligen får dra av.<sup>33</sup>

### 3.2.2 Fast royaltysats

Royaltyn kan även utgå med ett *fast belopp* per tillverkad, såld eller uthyrd produkt. Denna ersättningsform torde kunna användas när licensgivaren inte litar på sin avtalspart. För en ohederlig licenstagare är det svårare att manipulera med försäljningskvantiteten än med försäljningspriset. Det är även betydligt enklare för en licensgivare att beräkna och kontrollera en fast royaltysats, än en royalty baserad på nettoförsäljningen.<sup>34</sup>

Den fasta royaltysatsen är även förmånlig att använda när licensgivaren ämnar licensiera till en licenstagare, som är belägen i ett land med ekonomiska svårigheter. Det kan då uppstå transfereringsproblem med att samla in de löpande licensavgifterna.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Ibid., s. 186 f.

<sup>32</sup> Hedman (NIR 1969), s. 116.

<sup>33</sup> Bergman, s. 187 f.

<sup>34</sup> Bergman, s.187.

<sup>35</sup> Hedman (NIR 1969), s. 116.

Ett annat sätt att beräkna licenstagarens royaltyförpliktelse på är att tillämpa så kallad *total sales royalty*. Innebörden av total sales royalty är att man, vid beräkningen av betalningsskyldigheten, skall utgå från licenstagarens totala produktförsäljningssumma.<sup>36</sup>

### 3.2.3 Minimiroyalty

Minimiroyalty är en form av ersättning som används som komplement till löpande royalty. Licenstagaren blir skyldig att erlægga en viss minimiroyalty, oberoende av hur mycket han har utnyttjat licensen och hur mycket han har tjänat på den. I licensavtalet kan föreskrivas varierande minimiroyalty för olika avtalsår. Vanligt förekommande är att minimiroyaltern ökar efter ett visst antal avtalsår. Tanken bakom en sådan utformning, är att licenstagaren skall få tid på sig att bygga upp tillverkningen och utöka försäljningen av licensobjektet. Förhållandet kan även vara det motsatta, nämligen att minimiroyalty sätts högre i början av avtalsförhållandet i hopp om att det skall vara ett incitament för hårt och lönsamt arbete som stimulerar licenstagaren till att nyttja licensen på ett bra sätt.

I somliga licensavtal förekommer ett krav på att en första minimiroyalterns summa skall erläggas i förskott, för att sedan räknas av mot det riktiga resultatet. Ett fundamentalt skäl till varför en licensgivare önskar erhålla en förskottsbetalning, är att skydda sig mot värdeförluster i form av avslöjad know-how. Detta med anledning av att det vid en avtalsförhandling är kutym för licensgivaren att dela med sig av know-how till den potentielle licenstagaren.

Från en licensgivares perspektiv torde ett föreskrivande om minimiroyalty i licensavtal vara ett sätt att garantera ersättning för sina investeringar. Speciellt viktigt torde det vara när det är frågan om exklusiva licensavtal. En licensgivare hade, i avsaknad av minimiroyalty, inte haft möjlighet att öka inkomsten av det licensierade objektet, om det visar sig att licenstagaren inte är tillräckligt aktiv i försäljningen. Anledningen är att licenstagaren innehar den exklusiva rätten att sälja och någon form av försäljning från licensgivarens sida hade inneburit ett avtalsbrott.<sup>37</sup>

Ett medel som licensgivaren kan vidta för att försäkra sig om att licenstagaren kommer att göra sitt bästa för att uppfylla avtalade prestationer, är att avtala om så kallade *best effort-klausuler*. Klausulerna är framförallt vanligt förekommande i exklusiva licensavtal. *Best effort-klausuler* innebär att licenstagaren åtar sig att uppfylla licensavtalets krav på alla bästa sätt. För att licensgivaren skall försäkra sig om att avsikten med

---

<sup>36</sup> Gölstam, s. 157.

<sup>37</sup> Hedman och Haak (1968), s. 51.

*best effort-klausulen* skall kunna tydas av domstolen vid en eventuell tvist bör avtalet innehålla en tydlig beskrivning av avsikten med klausulen.<sup>38</sup>

### 3.3 Engångsbelopp

Systemet med engångsbetalning innebär att licenstagaren erlägger en klumpsumma som betalning för prestationerna i licensavtalet. Det problematiska med detta system är att beräkningen av en engångsavgift för hela licensavtalsprestationen blir väldigt opålitlig. Anledningen till denna osäkerhet är att ett licensavtal spänner över en lång tidsperiod, och det är svårt för avtalsparter i början av ett avtalsförhållande att förutse hur marknaden kommer att se ut och hur mycket licensen kommer att vara värd efter några år.

Anordningen med engångsavgifter tillämpas främst när licensavtalet är ett så kallat blandat avtal, där både patenträttigheter och know-how samsas. Skälet är samma som för förskottsbetalningar, d.v.s. att viss know-how vanligtvis avslöjas i början av en avtalsförhandling. Informationen kommer då att tappa värde för licensgivaren, i samband med att denne avslöjar den för licenstagaren.<sup>39</sup> En ohederlig licenstagare skulle kunna vägra att erlägga löpande avgifter efter att han har erhållit ritningar, specifikationer samt andra hemligheter kring licensobjektet. Engångsavgifterna kan då fungera som en form av inträdesavgift för att licenstagaren skall kunna få ta del av informationen om licensobjektet.<sup>40</sup>

### 3.4 Om att bestämma priset på den licensierade uppfinningen

Royaltykonstruktionen är ett medel som hjälper parterna att fördela de kommersiella riskerna, som står i samband med exploateringen av en licens. Den kommersiella risken innebär att det råder osäkerhet kring hur patentet kommer att lyckas exploateras på ett sätt som gör licensieringen ekonomiskt lyckat. Licensieringens kommersiella risk kan bestå av frånvaro av efterfrågan på produkten, svårigheter att tillverka produkten till rimliga priser eller att en ny konkurrent lyckas erövra marknaden och på så sätt konkurrerar ut licenstagaren. De kommersiella riskerna är anledningen till att det blir svårt att värdera en uppfinning och bestämma värdet på patentlicensen.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Gozzo, s. 141.

<sup>39</sup> Bergman, s. 191 f.

<sup>40</sup> Hedman och Haak (1968), s. 46.

<sup>41</sup> Sandgren (1974), s. 112 f.

### 3.4.1 Skäliga royaltyavgifter

Bestämmandet av avgifterna för licensen kan betraktas som licensavtalets kärna. Samtidigt kan det vara en oerhört invecklad del av licensavtalet, eftersom båda parter måste vara nöjda med avtalets utformning för att det skall gå igenom. Skälighet blir ett ord som får genomstyra betalningsklausulernas innehåll, eftersom ingen av parterna kommer att gå med på en royaltyavgift som är helt oskälig.<sup>42</sup> En annan viktig aspekt som parterna måste tänka på i detta sammanhang är riskerna för överprissättning, diskriminerande betalningsvillkor o.dyl. Principen om fri prissättning måste alltid ses ur en konkurrensrättslig synvinkel.

#### 3.4.1.1 Tumregler

##### *25 %-regeln*

När parterna skall bestämma storleken på ersättningen råder det full avtalsfrihet. Royaltyavgifternas storlek blir en förhandlingsfråga, även om parterna brukar utgå ifrån vissa standardmått. Ett standardmått som har fått hög acceptans bland licensieringsutövare är *25 %-regeln*. Regeln innebär att licensgivaren skall ha rätt till 25 % av licenstagarens nettovinst på det licensierade objektet.<sup>43</sup> Att enbart påstå att avtalsparterna kan utgå ifrån en tumregel vore dock felaktigt, med tanke på att royaltyavgifterna påverkas av många olika faktorer. Avgifterna kommer att variera beroende på inom vilken bransch licensavtalet faller in. Är licensobjektet ett objekt som förväntas inbringa hög avkastning för licenstagaren, anses en hög royaltyavgift vara en skälig avgift för licensgivaren. En royaltyavgift på 30-35 % av vinsten hade i ett sådant fall inte klassats som oskälig. Undersökningar har visat att royaltyavgifterna är som högst inom läkemedelsbranschen.<sup>44</sup> En slutsats som kan dras av detta resonemang, är att en läkemedelslicens oftast förväntas dra in stora summor pengar, varför en licensgivare kan kräva höga royaltyavgifter. En annan anledning är att man inom läkemedelsbranschen nästan enbart handskas med exklusiva licenser, och med en exklusiv licens följer höga avgifter.<sup>45</sup>

##### *5 %-regeln*

En annan tumregel som kan tillämpas vid förhandlingsbordet är *5 %-regeln*. När regeln åberopas innebär det att licensgivaren har rätt att erhålla 5 % av licensobjektets försäljningspris som royalty.<sup>46</sup>

Det finns dock experter som är emot en användning av tumregler vid värderingen av ett licensobjekt. De förespråkar istället en ordentlig kvantitativ och kvalitativ analys av avtalsituationen mellan parterna för att kunna bestämma royaltiersättningens storlek.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> Matsunga, Yoshio, s. 216.

<sup>43</sup> Lee Marshall, s.126.

<sup>44</sup> MacGavock, Daniel M, s. 108.

<sup>45</sup> Bergman, s. 202.

<sup>46</sup> Gozzo, s. 138.

<sup>47</sup> Ibid., s. 139.

### 3.5 Korslicenser som betalningsmetod

Betalningsformen i ett licensavtal brukar vanligtvis utgöras av en penningprestation. Eftersom licensavtal skiljer sig från andra avtal kan dock ett licensavtals betalningskonstruktion se ut på en mängd olika sätt. Betalningen för en avtalad prestation kan ske genom utbyte av varor och tjänster, men vanligt förekommande är även att utbytet kombineras med betalning i pengar. Jag kommer dock enbart att presentera korslicensiering som en alternativ betalningsform, med anledning av att denna betalningsform återkommer med jämna mellanrum vid licensiering av patent mellan jämbördigt starka företag.

Korslicensiering innebär att ett ömsesidigt licensieringsutbyte sker mellan avtalsparterna. Utbytet sker oftast mellan jämbördiga avtalsparter som är i behov av varandras patent. Patenten är oftast förbundna till varandra och korslicensieringen blir då ett eftersträvat samarbete mellan parterna. Inom vissa branscher är det mer regel än undantag att konkurrerande företag korslicensierar till varandra.<sup>48</sup>

Amerikanska undersökningar har visat att läkemedelsföretag som är varandras konkurrenter, korslicensierar oftare med varandra än vad konkurrenter inom bilindustrin gör. Förklaringen tycks vara att uppfinningar inom läkemedelsbranschen oftast är revolutionerande och kan ge stora förtjänster, samtidigt som de ställer krav på stora forskningslag. Företagen har ofta var och en behov av varandras patent och är därför beredda att korslicensiera till varandra.<sup>49</sup>

### 3.6 Sammanfattande analys

Hela systemet med hur betalningen hanteras av parterna präglas av en strävan efter att fördela riskerna i avtalsförhållandet. Valet av att betalningen skall ske genom engångsbelopp, löpande royaltybetalningar eller genom korslicensiering anser jag är beroende av vem av parterna som är beredd att stå den ekonomiska risken. I det föregående avsnittet har jag redogjort för hur avtalsparterna kan gå till väga vid prissättning av ett licensavtals prestationer. I detta avsnitt kommer jag att presentera en sammanfattande analys och redogöra för hur avtalsparterna kan genomföra betalningen.

#### *Engångsbelopp*

Vid en betalning via engångsbelopp blir det licenstagaren som får stå för risken, och licensgivaren behöver således inte oroa sig över att licenstagaren inte skall betala för framtida nyttjandet av patentet. Det blir licenstagaren som får bita i det sura äpplet om det visar sig att patentet bedöms som helt

---

<sup>48</sup> Bergman, s. 197.

<sup>49</sup> A.a s. 197.



eller partiellt ogiltigt. Renodlade patentlicensavtal finns det ett fåtal av på den kommersiella marknaden, eftersom patentlicenser oftast är sammankopplade med know-how. Licenstagaren blir då beroende av att licensgivaren tillhandahåller know-how för att denne skall kunna nyttja patentet och licenstagaren har inga möjligheter att hota med inställda betalningar om licensgivaren gör sig skyldig till avtalsbrott. Självklart kan licenstagaren gå den vanliga vägen via allmän domstol eller skiljedomstol, men domstolsprocessen tar oftast en lång tid och kan bli ekonomiskt förödande för licenstagaren. Licenstagaren förlorar då värdefull tid och med tanke på den snabba tekniska utvecklingen, kan en annan liknade produkt redan ha kommit ut på marknaden och licenstagarens licens kan ha hunnit bli värdelös.

#### *Löpande royalty*

Om licensavtalet innehåller bestämmelser som innebär att licensgivaren blir beroende av licenstagarens prestationer, blir det licensgivaren som står för den ekonomiska risken. När parterna avtalar om att betalningen skall erläggas via löpande royalty, uppstår nyss nämnda situation. Ett sätt för licensgivaren att minimera risken av utebliven betalning är avtalandet om minimiroyalty eller post-term royalties. Vid avtalandet om post-term royalties får licensgivaren en möjlighet att kräva licenstagaren på royalty även efter att licensavtalets giltighetstid har löpt ut.

Även om löpande royaltybetalningar vid en första anblick kan tänkas lägga hela den ekonomiska risken på licensgivaren, finns det även ett annat resonemang som man inte kan bortse från. Jag vill mena att löpande royaltybetalningar kan fördela risken mer jämt mellan parterna än vad icke-återbetalningsbara engångsbelopp gör. Periodiska royaltyavgifter överensstämmer bättre med proportionalitetsprincipen än övriga betalningsformer i licensavtalet. Royaltyn kommer att öka eller minska i proportion till priset på licensprodukterna i förhållande till produktionsvolymen. Genom denna konstruktion kommer licenstagaren att betala lägre royaltyavgifter om priset på marknaden går ner. På så vis ökar även licenstagarens möjligheter att konkurrera på marknaden.

#### *Korslicenser*

Den positiva aspekten med korslicensiering är att avtalsparterna drar ömsesidig nytta av varandras patent, för att lyckas med kommersialiseringen av sin produkt. Parterna behöver inte konstruera komplicerade betalningsformer i ett licensavtal och de undgår komplikationer i form av icke inbetalda licensavgifter.

Korslicensiering kan vara ett bra alternativ till ekonomisk kompensation, när ekonomin i världen vacklar och då ett företag oroar sig för valutadevalvering. Vid korslicensiering avtalar man inte om ekonomiska kompensationer, vilket kan vara oerhört komplicerat, utan det är i stället frågan om utbyte av teknologier

Det problematiska med korslicensiering anser jag är att det missgynnar små aktörer på den kommersiella marknaden. Ett illustrativt exempel är, att en stor del av de etablerade företagen på mobiltelefonimarknaden sluter korslicensieringsavtal med varandra, vilka innebär att de får använda varandras patent. Ett företag som Nokia, innehar kanske flera patent som behövs för att tillverka en mobiltelefon, men de är även i behov av att nyttja andra patent för att kunna slutföra tillverkningen av mobiltelefonen. En modern och högteknologisk mobiltelefon kan bestå utav hundratals patenterade idéer. Nokia kommer då att sluta ett korslicensieringsavtal med låt säga Sony Ericsson som innehar de för Nokia nödvändiga patenten.

Det ursprungliga syftet med patentsystemet måste anses vara skyddet för innovationer och att konkurrenter inte skall kunna komma åt företagets uppfinning. Detta syfte frångås till en viss del när företag använder sig av korslicensiering, eftersom företagen ger sina värsta konkurrenter tillgång till sina patent. Utifrån de slutsatser som jag har dragit är min uppfattning att korslicensiering som alternativ ersättningsmetod för en licens, enbart kan tillämpas av stora företag med rejäla immaterialrättsliga tillgångar. De stora företagen kommer då inte att konkurrera på lika villkor med mindre aktörer, vilket i sin tur kan leda till att konkurrensrättsliga regler aktualiseras.

Ytterligare en viktig faktor som inte kan bortses i detta sammanhang är den skatterättsliga fördelen med korslicensiering. Vid korslicensiering sker det ingen monetär betalning till licensgivaren, och på så vis undviker licensgivaren att betala skatt på förtjänsten av licensieringen.

# 4 Betalningen

## 4.1 Allmänt

Ett licensavtalsförhållande brukar vanligtvis spänna över en lång avtalsperiod. Det är därför av vikt att allt som rör betalningen klargörs noggrant i avtalet. Betalningsklausuler utgör ofta en fundamental del i diskussioner om licensavtal. Därmed blir även tidpunkten för betalningen, betalningssättet och tiden för betalningens upphörande avgörande frågor i förhandlingen.

Det får även anses vara viktigt att konstatera att licensgivaren som utgångspunkt vill få betalt av licenstagaren så fort som möjligt. Licenstagaren i sin tur vill betala så sent som möjligt. Vanligtvis föreskrivs i licensavtalet att licensavgifterna skall erläggas kvartalsvis eller halvårsvis i efterskott.<sup>50</sup>

## 4.2 Betalningsvalutan

En faktor som kan förorsaka licensgivaren stora förluster är valutadevalveringar. Det är därför av stor vikt att parterna föreskriver i licensavtalet att licensavgifterna skall betalas i en stabil valuta. Valet av valuta reglerar riskfördelningen mellan parterna och kan därför användas som ett argument i förhandlingarna om ersättningsnivån. Vanligen fastställs antingen licensgivarens eller licenstagarens land som betalningsvaluta. Anledningen till att valutan reglerar riskfördelningen är att den part som lyckas bestämma betalningsvalutan till sin hemlandsvaluta undgår valutakursrisker.<sup>51</sup>

När det är frågan om långfristiga och internationella avtal kan det vara bra att föreskriva om en indexreglering i avtalet. En praktisk form av indexreglering är att ge en part rätt att omförhandla licensavgiften när vissa tröskelvärden överskrids. Det rekommenderas starkt att parterna exakt föreskriver om hur licensavgiften skall räknas ut efter att tröskelvärdet överstigits, och att parterna inte lämnar frågan öppen. Licensavtalet bör föreskriva vilken index som parterna skall följa, parterna kan till exempel föreskriva att royaltysatsen skall kopplas till förändringar i konsumentprisindex eller producentprisindex.<sup>52</sup>

Indexregleringen har den fördelen att när licensavgifterna fastställs till en viss procent av tillverknings- eller försäljningspriset, kommer licensavgifterna att öka automatiskt i samband med att priserna på

---

<sup>50</sup> Hjerner, s. 3.

<sup>51</sup> Gozzo, s. 144 f.

<sup>52</sup> Hjerner, s. 2.

marknaden ökar. Det blir alltså frågan om ett inbyggt indexskydd utan att man uttryckligen behöver skriva in en indexklausul i licensavtalet.<sup>53</sup>

## 4.3 Royaltyförpliktelsers upphörande

Ett licensavtals tidslängd är som regel uttryckligen föreskriven i avtalet. Avtalet kan gälla tills vidare, men den kan också sägas upp enligt avtalsenlig uppsägning som innebär att uppsägningen grundar sig på angivna uppsägningsmöjligheter i licensavtalet. Har parterna inte avtalat om en bestämd avtalsperiod, får man försöka tolka parternas intentioner vid ingåendet av avtalet. Går det inte att fastställa parternas intentioner vid avtalsingåendet, bör man sannolikt anta att licensavtalet skall gälla för patentets livslängd.<sup>54</sup>

En annan uppsägningsmöjlighet som förutsätter väsentligt kontraktsbrott hos motparten är så kallad extraordinär uppsägning. Extraordinär uppsägning behöver inte uttryckligen anges i avtalet, till skillnad från avtalsenlig uppsägning. För att bedöma vad som är ett väsentligt avtalsbrott utgår man enligt svensk rätt enbart utifrån vilka verkningar avtalsbrottet har haft för den drabbade, och om det är skäligt att tvinga parten att fortsätta avtalsförhållandet. Det skall dock inte vara fråga om en övergående förtroendekris, utan uppsägningen kräver som jag nämnde innan ett väsentligt avtalsbrott. Uppsägningsrätt kan bland annat aktualiseras vid försummelse, olyckshändelse och sjukdom hos motparten.<sup>55</sup>

### 4.3.1 Royaltyförpliktelsens giltighet vid patentets ogiltighet

Redogörelsen ovan handlade om hur ett licensavtal kan sägas upp. Frågan som jag ämnar utreda närmare i detta avsnitt är huruvida royaltyförpliktelsen påverkas av ett patents rättsliga giltighet. Jag kommer enbart att utreda vad som sker med royaltyförpliktelsen vid patenträttsliga fel och således inte vad som sker med royaltyn vid sakrättsliga-, faktiska- eller rådighetsfel.

Det sedvanliga i ett licensavtal, på vilket svensk rätt är tillämplig, är att royaltyförpliktelsen upphör i samband med att licensavtalet upphör att gälla på avtalsenligt eller extraordinärt sätt. Det finns egentligen inga exakta regler som reglerar hur en royaltyförpliktelse upphör, utan det är upp till parterna att bestämma vad som skall gälla mellan dem.

Inom doktrinen råder det delade meningar om vad som skall gälla för licensavgifterna i ett patentlicensavtal när patentet ogiltigförklaras på grund

---

<sup>53</sup> Hjerner, s. 2.

<sup>54</sup> Domeij, s. 232.

<sup>55</sup> Ibid., s. 233 ff.

av ett rättsligt fel. En slutsats torde dock kunna dras och det är, att om licenstagaren var i ond tro angående patentets giltighet vid avtalsingåendet, har licensgivaren ingen skyldighet att återbära redan erhållen royalty. Licensgivaren torde inte heller ha något ansvar för patentets giltighet om han uttryckligen har friskrivit sig från ansvar i licensavtalet. Frågan är dock vad som händer om det inte finns en uttrycklig bestämmelse i licensavtalet som reglerar vad som skall ske med royaltyavgifterna.

Ett resonemang som har framförts i doktrinen, är att det inte kan anses givet att en ogiltigförklaring av ett patent överhuvudtaget påverkar licensavtalets giltighet eller licensavgifternas existens. Anledningen till det är att ett licensavtal kan vara av värde för licenstagaren, även om patentet bedöms som helt eller partiellt ogiltigt. I många avtalssituationer kan det viktiga för licenstagaren vara enbart tillhandahållandet av know-how, i vilket fall det inte kan anses rimligt att licenstagaren får häva licensavtalet och att royaltyförpliktelsen upphör.<sup>56</sup>

En motsatt åsikt är att royaltyförpliktelsen i ett patentlicensavtal vanligtvis är avhängigt ett giltigt patent. Licensgivaren har då ingen rätt att kräva licenstagaren på royalty, om det visar sig att patentet inte helt eller delvis är giltigt.<sup>57</sup>

### **4.3.2 Möjligheten att tillförsäkra sig royalty efter att patentet förklarats ogiltigt**

Kommer man fram till att det är möjligt att föra in en klausul som tillförsäkrar licensgivaren royalty, även om patentet i fråga bedöms som ogiltigt, resulterar detta i en följdfråga angående vilka effekter en sådan klausul kan föra med sig.

I doktrinen har diskuterats om inte en sådan möjlighet hade haft en motsvarande effekt som så kallade *icke- angreppsklausuler*.<sup>58</sup> Tillämpandet av icke-angreppsklausuler i ett licensavtal innebär kort beskrivet att licenstagaren förbjuds att angripa giltigheten av ett licensobjekt. Resultatet av en tillämpning av icke-angreppsklausuler kan då bli att licenstagaren förlorar incitament att angripa ett patent som annars skulle klassats som ogiltigt.<sup>59</sup>

Advokat Anders Larsson menar att royaltyn måste grundas på något annat i avtalet för att licenstagaren skall bli skyldig att fortsätta betala royalty. Ett förhållande som skulle kunna aktualisera en situation, där licenstagaren bedöms skyldig att fortsätta betala royalty även efter att patentet i fråga bedömts som ogiltigt, är om licensavtalet är ett blandat avtal. Ett blandat

---

<sup>56</sup> Hedman (NIR 1969), s. 114.

<sup>57</sup> Sandgren (1974), s. 232.

<sup>58</sup> Gölstam, s. 159.

<sup>59</sup> Ibid., s. 363 f.

licensavtal innehåller bestämmelser som reglerar både patent och know-how.

Vad gäller redan erlagda royaltyavgifter, anser Larsson att det är rimligt att licenstagaren i vart fall betalar för licensen under tiden som patentet varit giltigt.<sup>60</sup>

En slutsats som kan dras av resonemanget, är att om parterna avtalar om en möjlighet för licensgivaren att uppbära royalty för ett renodlat patentlicensavtal, även efter att patentet bedömts som ogiltigt, kan det bli en fråga om konkurrensbegränsande klausuler. För att en sådan formulering inte skall riskera att drabbas av represalier i ett dylikt fall, bör den vara kopplad till någon annan nytta för licenstagaren i licensavtalet.

### **4.3.3 Möjligheten att tillförsäkra sig royalty efter att patentet giltighetstid löpt ut**

Skulle en licensgivare vilja tillförsäkra sig royaltyinkomster även efter att patentets giltighetstid har löpt ut, kan han avtala om så kallade post-term royalties i licensavtalet. Vid användandet av post-term royalties får licensgivaren möjlighet att kräva royaltybetalningar från licenstagaren, även efter att avtalstiden har löpt ut. På så sätt förlänger han immaterialrättens giltighet ur ett ekonomiskt hänseende. Syftet med post-term royalties kan tänkas vara att förhindra licenstagaren från att börja bedriva verksamhet eller ingå andra licensavtal, som kan konkurrera med den forne licensgivaren. Enligt EG-rätten anses användandet av post-term royalties inte konkurrensbegränsande, och således tillåtna att avtala om när svensk rätt är tillämpligt på ett licensavtal.<sup>61</sup>

## **4.4 Sammanfattande analys**

### *Analys av post-term royalties*

Vad gäller tillämpningen av post-term royalties i licensavtal finns det en hel del som väcker funderingar. Jag vill mena att tillåtandet av post-term royalties i licensavtal kan medföra ett flertal problem. Genom att licensgivaren får fordra royaltybetalningar även efter avtalstidens slut, utökas licensgivarens monopolistiska ställning på ett sätt som kan anses konkurrensbegränsande. Licenstagaren drabbas negativt eftersom han förmodligen inte kan ingå några andra licensavtal, på grund av att han fortfarande måste betala royalty för en utgången ensamrätt. Detta förfarande leder till att licenstagare inte kan maximera sina intäkter.

Ytterligare ett problem med post-term royalties uppkommer vid förhandlingen inför avtalets ingående. En licenstagare som tvingas betala

---

<sup>60</sup> Intervju med Anders Larsson på Awapatent.

<sup>61</sup> Gölstam, s. 158.

royalty efter avtalstidens slut, kommer inte att vilja betala hög royalty under själva giltighetstiden av avtalet. En licensgivare är oftast i större behov av intäkter av hög royalty under avtalstiden, eftersom han även har kostnader som han måste täcka. Licenstagaren kommer då att kräva att den löpande royaltyn eller engångsbeloppet sänks, om han skall gå med på att betala post-term royalties.

Vid en tvist om betalningen kan licensgivaren ursäkta förlängandet av licensavtalet med att han i gengäld vid avtalsingåendet sänkte betalningssumman i licensavtalet. Det problematiska med en sådan inställning är att det i efterhand kan tänkas vara svårt att fastställa vad parternas intentioner verkligen var vid avtalsingåendet. För att undvika konkurrensrättsliga dilemman, bör parterna vid avtalandet om en skyldighet för licenstagaren att betala licensavgifter även efter att patentets giltighet har löpt ut, eller efter att patentet bedöms som ogiltigt, tydligt klargöra skälen till den valda avtalsklausulen.

Jag anser att tillämpandet av denna klausul även kan leda till att man får ett dåligt rykte i branschen. God affärssed och beteende är speciellt viktigt vid avtal som sträcker sig över en lång tidsperiod, eftersom långa avtalsperioder kräver att parterna har ett stort förtroende för varandra.

#### *Nedsättning av royalty*

En möjlig påföljd om de ursprungliga kraven förändras, genom att exempelvis patentet bedöms som ogiltigt, kan vara en nedsättning av royaltybetalningen, istället för att royaltyförpliktelsen helt bortfaller. Eftersom patentlicenser oftast är sammankopplade med know-how licenser, kan ibland licensavtal fortfarande inneha ett stort värde för licenstagaren, även om själva patentet bedöms som ogiltigt eller om patentets giltighet går ut. Det grundläggande i licensgivarens prestation kan ibland vara enbart tillhandahållandet av know-how. Vid ett sådant scenario kan det inte tyckas rimligt att licenstagaren helt och hållet skall sluta betala royalty.<sup>62</sup>

---

<sup>62</sup> Hedman (NIR 1969), s. 115.

# 5 Möjligheten att styra avtalsförhållandet

## 5.1 Inledning

I början av en avtalsförhandling är det alltid svårt att förutse hur licensieringen av ensamrätten kommer att utformas. Förklaringen till det är att varje avtalsförhållande är olikt det andra. Är avtalsparterna jämbördigt starka parter, finns det mindre anledning att vara orolig för att den ena parten skall försöka styra den andra parten. Skulle avtalskontrahenterna däremot inte vara jämbördiga, eftersom den ena parten bedöms ha en större maktställning i avtalsförhållandet, finns det anledning att vara extra försiktig vid utformandet av licensavtalet.

Det finns olika metoder som kan tillämpas för att lyckas styra sin avtalspart i önskad riktning. I doktrinen har det presenterats ett flertal förhandlingstekniker som kan hjälpa en avtalspart att lyckas förhandla fram en lösning, där betalningsklausulerna är till dennes fördel. Ett annat tillvägagångssätt är att parterna använder sig av själva betalningsklausulerna som ett styrinstrument. Beroende på hur klausulerna utformas och i vilken miljö de tillämpas, kan de möjliggöra en styrning av sin avtalspart. Lydelsen av ordet styrning kan låta negativt laddat, medan det i själva verket kan leda till att avtalsparterna lyckas förhandla fram betalningsklausuler som kan vara gynnsamma för båda parter.

Visar det sig att den ena avtalsparten har gått överstyr med styrningen, kan licensavtalet bli föremål för prövning av både avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga regler. Jag kommer inte att djupare utreda följderna för det oskäligen beteendet i detta avsnitt, utan min avsikt är att presentera möjliga vägar att gå när man vill styra sin avtalspart och vad beteendet i praktiken kan innebära.

## 5.2 Definitionen av en liten och stor aktör i kommersiella sammanhang

Det får anses aktuellt att i sammanhanget redogöra vem som kan klassas som en liten respektive stor aktör i ett licensavtalsförhållande. Anledningen är att användningen av betalningsklausuler som styrinstrument oftast förekommer i ett avtalsförhållande mellan icke-jämbördiga parter.

Ett företag kan anses vara en liten aktör i ett avtalsförhållande, men stor i ett annat avtalsförhållande. Definitionen av en stor och liten aktör är inte solklar. I allmänt språkbruk kan begreppet liten aktör uppfattas som ganska vagt och förknippas ibland med små företag med en liten omsättning. Vid en



undersökning av avtalsbalansen mellan parter i ett immaterialrättsligt avtalsförhållande, kan man istället fråga sig om den ena parten står i beroendeställning gentemot den andra parten. Ett beroendeförhållande kan utvecklas när licensgivaren är avhängig av att motparten tillverkar, distribuerar eller marknadsför dennes uppfinning. Detta är exempel på att en licensgivare, som kanske omsätter flera miljarder kronor varje år kan anses som en liten aktör gentemot en licenstagare som har en minimal omsättning. Licensgivaren kan vara beroende av licenstagarens kunskap och förmåga som entreprenör.<sup>63</sup>

En annan situation där så kallade små och starka aktörer möts är långvariga avtalsförhållanden, och ett licensavtal tycks reglera det ultimata långvariga avtalsförhållandet.<sup>64</sup>

## 5.3 Maktförhandling

Vare sig man anser att avtalsförhandlingen enbart är till för parter som har för avsikt att använda sig av fula knep för att få sin vilja fram, eller till att förhandla fram en överenskommelse som kommer att gynna båda parter, så finns det ett antal förhandlingstekniker som har presenterats i doktrinen. Jag kommer enbart att presentera en del av en förhandlingsteknik som jag speciellt fastnade för. Den amerikanska författaren Roger Dawson menar att i avtalsförhandlingar kommer alltid den ena parten att försöka ”köra över” motparten för att få sin vilja fram. Dawson har presenterat en intressant strategi som visar hur en avtalspart kan vinna en förhandling, samtidigt som han kan få motparten att känna sig som en vinnare, vilken han benämner ”maktförhandling”. I sin bok *Lär dig att förhandla med framgång*, föreskriver han att maktförhandling kan tillämpas mellan säljare och köpare som förhandlar med varandra.<sup>65</sup>

Enligt min mening är Dawsons strategi även tillämpbar på en licensavtalsförhandling mellan en licensgivare och en licenstagare. Där Dawson föreskriver om säljare kommer jag att skriva licensgivare, då han föreskriver om köpare kommer jag att skriva om licenstagare. Strategin kan visa oss hur avtalsparter kan förhandla på ett smart sätt för att lyckas få sin vilja fram. Jag kommer att presentera ett fåtal förhandlingsstrategier som Dawson nämner i sin bok.

När en licensgivare skall sätta ett pris på licensieringen av sin skyddade ensamrätt, bör han alltid kräva mer i ersättning än vad han förväntar sig att få. Anledningen till detta resonemang är att licensgivaren skapar ett större förhandlingsutrymme för betalningsklausulerna och minskar risken för dödläge. En annan anledning är att en licensgivare som licensierar ut en ensamrätt, alltid kan justera betalningsklausulerna i licensavtalet neråt men

---

<sup>63</sup> Bernitz, s. 117 f.

<sup>64</sup> Ibid., s. 119.

<sup>65</sup> Dawson, s. 11.

aldrig uppåt, och ju mindre licensgivaren vet om sin motpart desto högre ersättning kan han begära för nyttjanderätten.<sup>66</sup>

Licenstagaren bör i sin tur aldrig tacka ja till licensgivarens första utgångsbud. Förklaringen är att ett ja automatiskt utlöser två tankar hos motparten: Jag kunde ha fått ett bättre pris för licensen och det måste vara något som licenstagaren döljer för mig. Man riskerar en situation där licensgivaren känner sig som en förlorare, trots att denne har lyckats förhandla fram en förmånlig ersättning för licensen.<sup>67</sup>

En tredje aspekt som avtalsparter kan tänka på i en avtalsförhandling är, "...att haka till inför ett bud". Genom att "haka till" visar man för motparten, utan att behöva säga något, att man inte är nöjd med dennes bud. Detta kan i sin tur leda till eftergifter från motparten. När förhandlingen väl kommit igång får det anses viktigt att undvika konfrontationshandlingar. Man bör alltid vara försiktig med sina svar i början av en avtalsförhandling, eftersom en argumenterande inställning direkt i början av en förhandling enbart skapar ett dåligt förhandlingsklimat, som resulterar i att man inte lyckas förhandla fram betalningen till sin fördel.<sup>68</sup>

## 5.4 Prisstyrning

Som jag nämnde inledningsvis i detta avsnitt kan betalningsklausulernas materiella innehåll möjliggöra en styrning av avtalsförhållandet. Betalar inte licenstagaren en engångsersättning för licensen, finns det alltid en möjlighet för licensgivaren att använda royaltyklausulerna som ett instrument för styrningen. En negativ aspekt av en sådan styrning är att den kan innebära ett problem för affärsutvecklingen, genom att det kan leda till att företag förlorar sin självständighet och blir totalt beroende av sin avtalspart.

### 5.4.1 Prisstyrning genom royaltyklausuler

Betalning genom löpande royaltyavgifter är den vanligaste formen av royaltybetalningar i licensieringssammanhang. Vid löpande royaltyavgifter blir licenstagaren betalningsskyldig för varje såld eller producerad enhet som omfattas av licensavtalet. Royaltyn kommer då att påverka marginalkostanden för produkten.<sup>69</sup> Med marginalkostnad åsyftas den kostnad som uppstår då en licenstagare producerar och säljer ytterligare en enhet av den aktuella produkten.<sup>70</sup> Marginalkostnaden är i sin tur en del av totalkostnaden för produktion och försäljning av produkten. Eftersom

---

<sup>66</sup> Ibid., s. 18 f.

<sup>67</sup> Ibid., s. 29 f.

<sup>68</sup> Ibid., s. 36, 41.

<sup>69</sup> Gölstam, s. 157.

<sup>70</sup> Dahlman, Glader och Reidhav, s. 39.

royaltyn påverkar marginalkostnaden för produkten, kommer den även att påverka licenstagarens försäljningspris.

Det finns olika anledningar till varför licensgivaren kan tänkas vilja styra licenstagarens prissättning. Ett skäl kan vara att han vill hålla ”hög klass” på produkterna och därför vill att licenstagaren skall sälja produkterna till ett högt pris. För att lyckas med att hålla försäljningspriser höga kan han istället begära en hög royaltyersättning, som i sin tur kommer att ha en indirekt påverkan på försäljningspriset. Ett direkt krav på licenstagaren att han skall sälja till ett visst pris är inte tillåtet. Via en reglering genom royaltyn kan dock licensgivaren lättare komma undan med sin styrning av det slutliga priset. Det blir även väldigt svårt att avgöra om licensgivaren har haft konkurrensbegränsande avsikter vid begäran av royaltyn. Kommer man däremot fram till att licensgivaren har haft en konkurrensbegränsande avsikt vid fastställandet av royaltyn, strider det mot konkurrenslagstiftningen och klausulerna kan komma att ogiltigförklaras.<sup>71 72</sup>

Royaltyn kan även baseras på den totala försäljningssumman av licenstagarens försäljning. Även denna utformning av betalningsklausulerna kan skapa problem i samarbetet. Förklaringen är att licenstagaren kommer att bli betalningsskyldig, även om han använder sin egen teknik och egna maskiner vid produktionen av varorna. Detta leder i sin tur till att licenstagaren avstår från att tillämpa egen teknik, och licensgivaren har på detta vis lyckats med att stoppa tillämpningen av konkurrerande teknik.<sup>73</sup>

## 5.4.2 Stegrande royaltyavgifter

En licensgivare som vill försäkra sig om att licenstagaren fullföljer sina förpliktelser, kan införa en klausul i licensavtalet som innebär att licensgivaren tillåts att höja royaltyavgifterna om licenstagaren misslyckas med att sälja produkterna till ett visst pris. En sådan formulering kan tyckas skälig när licenstagaren har en exklusiv patentlicens och licensgivaren inte får licensiera ut patentet till någon annan licenstagare. Dock kan en sådan formulering anses otillåten av den anledningen att licenstagaren själv skall få styra över sin prissättning.<sup>74</sup>

En annan formulering av royaltyklausulerna som licensgivaren kan använda sig av för att styra licenstagarens marknadsaktivitet, är att formulera royaltyklausulerna så att avgifterna ökar när licenstagaren säljer eller

---

<sup>71</sup> Art 81 EG-fördraget förbjuder avtal mellan företag som syftar till att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden genom att priser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs. Art 82 (a) EG-fördraget förbjuder direkt eller indirekt påtvingande av oskäliga priser när avtalsparten/avtalsparterna agerar som dominerande företag på marknaden.

<sup>72</sup> 2 kap 1 § KL har en motsvarande betydelse som art 81 EG-fördraget och 2 kap 7 § 1 p KL har en motsvarande betydelse som art 82 (a) EG-fördraget.

<sup>73</sup> Gölstam, s. 160.

<sup>74</sup> Domeij, s. 175.

producerar över en viss kvantitet.<sup>75</sup> Tanken bakom en sådan formulering kan vara att fördela risken mellan avtalsparterna. Licensavtalet kommer då att garantera licensgivaren en kompensation, om licensieringen visar sig vara oväntat framgångsrik. Licensgivaren kan på detta sätt styra avtalsförhållandet och garantera sig själv eventuella royaltyavgifter som han inte hade förutspått i början av avtalsförhandlingen. Vid eventuella klagomål på denna formulering kan licensgivaren ursäkta sig med att han i gengäld sänkte de ursprungliga avgifterna, för att han skulle ha utrymme till att höja dem till sitt riktiga värde i ett senare skede.<sup>76</sup>

En viss kritik har riktats mot överenskommelser, som tillåter licensgivaren att höja royaltyavgifterna vid en ökning av försäljningskvantiteten hos licenstagaren. Kritikerna menar att en sådan klausul kan likna en kvantitetsklausul, som i själva verket innebär att licenstagaren förhindras att sälja eller producera över en viss kvantitet som fastställts av licensgivaren. Genom att licensgivaren ställer olika ekonomiska incitament kan denne påverka licenstagarens prissättning, eftersom en licenstagare inte kommer att sälja över det bestämda tröskelvärdet om dennes licensavgifter ökar.<sup>77</sup>

Ytterligare negativa aspekter med ovan nämnda formulering av royaltyavgifterna, är att det kan förknippas med ett missbruk av dominerande ställning. När licensgivaren är ett företag med en dominerande ställning på marknaden och uppställer krav på maximal tillåten kvantitet, kan det i praktiken innebära att patentlicensen inte kommer att kunna utnyttjas maximalt av en licenstagare. Särskilt gäller det om ett maximalt nyttjande av licensen är nödvändigt för att produktionen skall vara ekonomisk lönsam för licenstagaren. Konsekvensen av prissättningen är att det kan likställas med licensvägran på marknadsmässiga villkor och därav skulle kunna betraktas som missbruk, om licensgivaren anses skyldig att upplåta licens.<sup>78</sup>

### **5.4.3 Olika betalningsvillkor mot olika licenstagare**

Vid en licensiering av patent som endast omfattar enkla licenser, kan licensgivaren spela ut olika licenstagare mot varandra för att få sin vilja fram. Det synes som självklart att en licensgivare vid en licensiering har för avsikt att tjäna så mycket pengar som möjligt. Denne bryr sig normalt inte om en licenstagare får förmånligare avtalsvillkor än en annan licenstagare. Ett sådant scenario kan dock medföra problem eftersom det kan anses som prisdiskriminerande beteende.<sup>79</sup>

Ett prisdiskriminerande beteende kan anses ligga för handen när licensgivarens transaktioner är likvärdiga och tillämpandet av olika villkor

---

<sup>75</sup> Gölstam, s. 157.

<sup>76</sup> Ibid., s. 263.

<sup>77</sup> Ibid., s. 157.

<sup>78</sup> Ibid., s. 263.

<sup>79</sup> Ibid., s. 161.

vid lika transaktioner inte kan legitimeras. Detta innebär i sin tur att, ett villkor för att en licensgivare skall få tillämpa olika avtalsvillkor gentemot olika licenstagare, är att denne kan legitimera ett sådant agerande.<sup>80 81</sup>

För att en licensgivare inte skall riskera att dömas för prisdiskriminering krävs att denne har objektivt godtagbara skäl för att tillämpa olika avtalsvillkor för likvärdiga transaktioner.

Tillämpandet av olika betalningsvillkor mot olika licenstagare kan vara motiverat av olika skäl. Det säger sig självt att en licensgivare inte kan begära lika mycket i licensavgifter från en licenstagare, som har tänkt exploatera uppfinningen i ett fattigt land, som han kan ta från en licenstagare i ett rikt land. Ett annat skäl som kan påkalla olika betalningsnivåer för olika licenstagare är efterfrågan. Tillåts inte licensgivare att tillämpa olika betalningsvillkor, kan det bli olönsamt för denne att exploatera på marknaden med lägre efterfrågan och licensgivaren kommer inte att lyckas kommersialisera immaterialrätten inom det området.<sup>82</sup>

#### 5.4.4 Överprissättning

Ett vanligt scenario med överprissättning är när ett dominerande företag kräver högre licensavgifter än vad som är "skäligt" på en marknad med perfekt konkurrens. Det anses oerhört svårt att bevisa att en licensgivare har krävt en oskälig ersättning för en licens, eftersom vi inte vet vad som utgör ett överpris. Ytterligare en anledning till denna oklarhet är att det föreligger motsättningar mellan *principen om fri prissättning*, som är den grundläggande principen i en marknadsekonomi, och konkurrensrätten. Det faktum att frågan om överprissättning endast ett fåtal gånger avgjorts av våra domstolar, gör inte saken enklare att avgöra.<sup>83</sup>

Vad gäller patenträttsligt skyddade produkter fastställde EG-domstolen i mål 24/67 att patentskyddade produkter kan ha en högre prissättning än icke-patentskyddade produkter. Således ges rättighetsinnehavaren ett större utrymme för sin prissättning än vad en vanlig säljare utan en ensamrätt får. Dessutom ges företag, som inte har en dominerande ställning, ett större utrymme att kräva högre prissättning av sina licenstagare än vad företag med dominerande ställning har. Dominerande företag får endast kräva en prissättning som är skälig och som inte utgör missbruk av deras ställning.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Art 82.2 (c) EG-fördraget och 2 kap 7 § 3 p KL.

<sup>81</sup> Exempel på rättsfall som berört frågan om prisdiskriminering där ett företag med dominerande ställning har varit inblandad: Mål 241 & 242/91, *Magill*.

<sup>82</sup> Gölstam, s. 253.

<sup>83</sup> Faull and Nikpay, p .4.365.

<sup>84</sup> Mål 24/67, Parke Davis, p.3 i domslutet.

### 5.4.5 Förskjutning av ursprungliga styrkeförhållanden

Ett licensavtal kan användas som medel för att nå en marknad, för vilken licensgivarens egna kunskaper och resurser inte räcker till. Ett licensavtal bygger oftast på tekniskt kunnande som utvecklats under avtalsperioden i enlighet med överenskommelser mellan parterna. I ett licensavtal brukar parterna avtala om en omförhandling av ersättningsformerna vid ett eventuellt förnyande av avtalsperioden. Omförhandlingen kan dock leda till en hel del problem för licensgivaren. En licenstagare som var en liten aktör i början av ett avtalsförhållande kan vid slutet av avtalsperioden och vid omförhandlingen av avtalet ha växt till sig, och kan klassas som en stor aktör. Licenstagaren, som då är av en helt annan styrka, kommer förmodligen inte att gå med på alla licensgivarens ursprungliga krav vad gäller ersättningsformen. Helt plötsligt kan det som var till licenstagarens nackdel i början av avtalsförhandlingen, vara till hans fördel vid omförhandlingen av avtalet.

Efter flera år av avtalsbundenhet kan licensgivaren ha blivit beroende av licenstagarens kunskap om patentet och know-how, som brukar följa med licensen samt dennes kännedom om territoriet och kontakten med kunderna. Speciellt lätt utvecklas detta beroende när det är frågan om en internationell licens. Beroendet kan leda till att, licensgivaren är i behov av en omförhandling och förlängning av avtalet när avtalstiden går ut. Vill inte licenstagaren förnya avtalet och på så vis få till stånd en ny avtalsperiod, kan det leda till att licensgivaren går miste om stora inkomster. Licenstagaren i sin tur kan tjäna på att inte förlänga avtalsperioden, av den anledningen att denna kan ha blivit en skicklig aktör på den kommersiella marknaden och som inte längre är i behov av en licens från den forna licensgivaren.

En slutsats av detta resonemang är att parterna inte bör underskatta varandras styrkeposition vid avtalsförhandlingen, av den orsaken att förhållandena lätt kan ändras på den kommersiella marknaden. En licenstagare som var en underordnad part kan utvecklas till en konkurrent istället för samarbetspartner, och det kan vara speciellt svårt att strida mot en utländsk illojal licenstagare, med hänsyn till den främmande rättsordningen.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup>Karnell (1985), s. 38 ff.

## 5.5 Sammanfattande analys

Som jag presenterat ovan finns det ett flertal olika sätt, på vilka man kan gå till väga för att förhandla fram ett önskvärt licensavtal, och då har jag främst fokuserat på betalningsklausulerna. Det bästa tillvägagångssättet anser jag är en kombination av förhandlingstekniker, tillsammans med konsten att veta vilken betalningsdefinition och betalningsklausul man som avtalspart bör kräva att det ingår i avtalet.

När det gäller maktförhandling och andra förhandlingstekniker så har det riktats en del kritik mot användandet av dem. Kritikerna menar att det inte är meningsfullt att analysera och skapa olika teorier och tekniker för att kunna förhandla. Förhandlandet är en konst som inte alla besitter. Det gäller att ha ett gott omdöme, vilket oftast förvärvas genom erfarenhet. Teorierna är dock bra att känna till eftersom de ökar förhandlingsparternas förståelse för vad som sker under en förhandling.<sup>86</sup> Jag tror att en licensgivare som har en god teoretisk kunskap lättare kan känna av hur mycket han kan kräva i ersättning, utan att gå överstyr och utan att förlora sin trovärdighet hos motparten. Dessutom är förhandlingsteknikerna ett bra verktyg för små nybildade aktörer som skall förhandla med stora företag med lång erfarenhet.

Är licensgivaren rädd för att en aktör inom samma bransch är på väg att bli en farlig framtida konkurrent, kan han försöka knyta konkurrenten till sig genom att licensiera en patentlicens till denne. Licensgivaren kan med hjälp av licensieringen välja sina framtida konkurrenter. För att ha licenstagaren under sin kontroll, bör licensgivaren se till att knyta avtalstiden över en lång tidsperiod samt avtala om förbud för licenstagaren att använda sig av konkurrerande uppfinningar, vilka i och för sig kan vara licenstagarens egna uppfinningar. Ett direkt förbud kan dock angripas med hjälp av konkurrensrätten. Det är till exempel tillåtet att avtala om en sanktion, som innebär att licenstagarens exklusiva licens omvandlas till en enkel licens, om denne börjar använda sig av konkurrerande uppfinningar under avtalstiden.<sup>87</sup>

En licensgivare kan licensiera ut enkla licenser till flera licenstagare med olika betalningsvillkor. Som jag beskrivit under avsnitt 5.4.3.2 kan ett sådant agerande bedömas vara legitimt. Även om beteendet bedöms som legitimt kan det uppstå funderingar kring hur ”snällt” beteendet är om avtalet ingås med oärliga avsikter. Efter att ha satt mig in i licensieringsbranschen, får jag intrycket av att ett gott rykte i branschen är en mycket viktig beståndsdel för att bli en lyckad företagare. Även om principerna om fri konkurrens och fri prissättning är två fundamentala principer i en marknadsekonomi, anser jag att man inte bör ingå ett avtal med oärliga avsikter även om ens beteende bedöms som rättsligt legitimt.

---

<sup>86</sup> Runesson, s. 12 f.

<sup>87</sup> Domeij, s. 153.

För att en licenstagare skall vara garderad mot att licensgivaren ger andra licenstagare förmånligare villkor, bör han kräva en särskild avtalsreglering som innehåller en så kallad *mest gynnad-klausul*. I praktiken innebär en mest gynnad-klausul att licenstagaren garanteras minst lika bra villkor som andra licenstagare. Klausulen ger licenstagaren en rätt till justering av avtalsvillkoren, om det visar sig att licensgivaren har tilldelat någon annan licenstagare gynnsammare villkor. En annan möjlig åtgärd är att införa en klausul som helt och hållet förbjuder licensgivaren att tilldela mer gynnsammare villkor till en annan licenstagare. Mest gynnade-klausuler kan vara ett bra förhandlingsinstrument för licenstagaren. Får licenstagaren enbart en enkel licens, bör denne kräva att en mest gynnad-klausul införs i licensavtalet för att skydda sig mot ett eventuellt konkurrensunderläge gentemot andra licenstagare.<sup>88</sup> Licenstagaren bör dock inte kunna åberopa ett enskilt bättre avtalsvillkor hos en annan licenstagare till rättighetsinnehavaren för att få till stånd en justering av betalningsklausulerna. Innehåller licensavtalet andra bättre villkor, som uppväger skillnaderna, förhindras ojämlikheterna i konkurrensen.<sup>89</sup> En intressant aspekt är att licensavtal brukar hållas hemliga för konkurrenter. Endast faktumet att en konkurrent lyckas sälja till lägre priser behöver inte innebära att denne har fått bättre avtalsvillkor. Konkurrenten kanske har råd att hålla låga priser av andra skäl, såsom exempelvis att denne tjänar mer pengar på andra affärer.

Licensgivaren i sin tur bör överväga införandet av en mest gynnad klausul mycket noggrant, med anledning av att villkoret kan utgöra en tvångströja för denne. Licensgivaren kan hindras från framtida gynnsamma affärer på grund av att han avtalat om en mest gynnad klausul i ett licensavtal.<sup>90</sup>

Frågeställningar angående eventuella prisdiskriminerande åtgärder kan uppkomma när licensgivaren indirekt försöker att styra licenstagares prissättningar. Genom en indirekt styrning kan licensgivaren spela ut två konkurrerande licenstagare mot varandra. Genom att avtala om olika prisvillkor för två licenstagare som agerar på närliggande eller samma marknader, leder det till att den ena licenstagaren kan sälja till ett lägre marknadspris och på så vis konkurrera ut den andra licenstagaren. Man kan fråga sig vilka skäl licensgivaren kan ha för ett sådant agerande. Ett skäl kan tänkas vara att den ena av licenstagarna egentligen är en konkurrent till licensgivaren, och ett upplåtande av nyttjanderätten till denne licenstagare bara är ett fult knep från licensgivarens sida.

Det positiva med en prisdiskriminering är, att prisdiskriminering kan främja konkurrensen på marknaden, eftersom den gör licensgivarens uppfinning tillgänglig för fler licenstagare och i ett senare led fler kunder. Licensgivaren kan kompensera den låga vinsten från licenstagaren med låga royaltavgifter, med högre royaltavgifter från andra licenstagare.

---

<sup>88</sup> Domeij, s. 183.

<sup>89</sup> Ibid., s. 186.

<sup>90</sup> Ibid., s. 184.



Med anledning av att dominerade företag inte får kräva lika hög ersättning för en licens som icke dominerande företag bör man fundera på, om inte företag med icke-dominerande ställning utnyttjar rätten att begära högre ersättning, och således utnyttjar licenstagare i större utsträckning än vad dominerande företag gör. Stora företag med dominerande ställning har konkurrensrättsliga institutioners ögon på sig hela tiden, för att inte tala om sina mindre konkurrenter, vilket gör att de inte vågar göra snedsteg med tanke på risken att betala eventuella konkurrensskadeavgifter.

# 6 Åtgärder mot oskälighet i avtalsrättsligt samt konkurrensrättsligt sammanhang

## 6.1 Inledning

Under uppsatsen olika delar har jag presenterat differentierade sätt att använda betalningsklausulerna på, för att styra avtalsförhållandet och avtalsparten i önskad riktning. Det finns stora gråzoner kring vad som är tillåtet och vad som inte är tillåtet vid utformningen av betalningsklausulerna i ett licensavtal. För att utreda huruvida betalningsklausulerna i ett licensavtal är oskäliga eller inte, har det tagits fram olika lösningar i lagtext och förts en diskussion i doktrinen kring denna problematik. Frågan om oskälighet regleras på spridda ställen som finns att hitta i nationell- och gemenskapsrättslig lagstiftning.

## 6.2 36 § Avtalslagens tillämpning på oskäliga betalningsklausuler

Detta avsnitt kommer att behandla 36 § AvtL tillämplighet på oskäliga betalningsklausuler, dock inte avtalslagens övriga klausuler som kan vara tillämpningsbara på oskäliga avtalsvillkor.

Oskäliga licensavtal faller under generalklausulens tillämpningsområde, precis som vilket annat avtal som helst.<sup>91</sup> Betalningsklausuler i ett licensavtal som inte strider mot konkurrensrätten kan, om de anses oskäliga eller alltför långtgående, jämkas eller ogiltigförklaras enligt 36 § AvtL. Ett exempel på detta scenario, är när en licensgivare kräver att licenstagaren skall erlägga en minimiroyalty, i vilket fall minimiroyaltyn kommer att leda till en viss prispåverkan hos licenstagaren. Denna prispåverkan kan inte hindras konkurrensrättsligt, dock kan minimiroyalty komma att jämkas eller uteslutas enligt 36 § AvtL, om den anses oskälig vid en jämförelse med det övriga avtalsinnehållet.<sup>92</sup>

Med anledning av avtalsfrihetsprincipen i Sverige finns det begränsade möjligheter för en domstol att jämka eller åsidosätta en betalningsklausul med hjälp av 36 § AvtL. Dock är det en möjlig konsekvens, om betalningsklausulen bedöms som oskälig i förhållande till avtalsinnehållet

---

<sup>91</sup> Prop. 1975/76:81, s. 112.

<sup>92</sup> Karnell (NIR 1991), s. 345.

eller omständigheterna vid avtalets tillkomst. Vid bedömningen av om en betalningsklausul i licensavtalet är oskälig eller inte, bör prövningen grundas på en helhetsbedömning av avtalet och inte enbart på själva klausulen. Detta med anledning av att en oskälig betalningsklausul slutligen kan anses som skälig vid en jämförelse med licensavtalets övriga innehåll. I förarbetena till generalklausulen föreskrivs att man vid en otillbörlighetsbedömning, i viss utsträckning, även kan beakta tidigare ingångna avtal mellan parterna som har ett sammanhang med avtalet i fråga.<sup>93</sup>

När avtalsparterna är två jämbördiga parter har man i förarbetena uttalat att 36 § AvtL kan tillämpas, men att så skall ske med viss försiktighet.<sup>94</sup> Vid remissbehandlingen har flertalet remissinstitutioner uttalat sig om att det inte finns ett utökat behov av ökade möjligheter till jämkning eller åsidosättande av avtalsvillkor i rena affärsförhållanden. Förklaringen till denna negativa inställning är en önskan om att man i affärsmässiga avtalssammanhang lättare skall kunna överblicka konsekvenserna av avtalet. Avtal mellan näringsidkare brukar innebära ett medvetet risktagande från båda avtalsparter, till skillnad från ett avtalsförhållande mellan en konsument och en näringsidkare, varför det inte bör vara lika lätt att jämka eller ogiltigförklara ett avtal eller enstaka klausul.

Avtal mellan näringsidkare där den ena intar en underlägsen ställning tillåter en tillämpning av 36 § AvtL i större utsträckning, än på avtalsförhållandet där parterna är jämbördiga. Detta är ett medel som en svag aktör i ett licensavtalsförhållande kan använda sig av när han blir nödsakad att acceptera att betala en oskälig royalty, för att få en licens till ett ensamrätt som är ytterst viktigt för denne.<sup>95</sup>

När det gäller att ange förutsättningarna för vad som krävs för att en betalningsklausul skall få omprövas så krävs, som jag nämnt innan, att klausulen är oskälig. Betalningsklausulen behöver däremot inte vara uppenbart oskälig för att få jämkas eller åsidosättas. Anledningen till det är, att syftet med lagstiftandet av 36 § AvtL var att domstolarna skulle få vidgade möjligheter att jämka eller åsidosätta oskäliga avtalsvillkor. Ett krav på att avtalsvillkoret är uppenbart oskäligt skulle försvåra möjligheten att jämka eller åsidosätta oskäliga avtalsvillkor.<sup>96</sup>

Ett intressant förslag till möjligheten till jämkning av betalningsklausuler, är att betalningsklausuler skall kunna jämkas om de strider mot gott affärsskick. Förklaringen är att det gällande affärsskicket torde kunna återspegla affärsmännens åskådningar i den aktuella branschen. Denna jämkningsmöjlighet faller under 36 § AvtL:s rekvisit angående ”omständigheterna i övrigt”. Kritik har dock riktats mot detta förslag

---

<sup>93</sup> SOU 1974:83 s. 195.

<sup>94</sup> Under avsnitt 5.2 finns det en närmare definitionen av stora och små aktörer i kommersiella avtalssammanhang.

<sup>95</sup> Prop. 1975/76:81, s. 104 ff.

<sup>96</sup> Ibid., s. 107.

eftersom affärsskicket i en bransch oftast är uttrycket för den starkare partens uppfattning, medan syftet med generalklausulen är att skydda den svagare avtalsparten i avtalsförhållandet.<sup>97</sup>

Vidare bör man vid en oskälighetsbedömning även beakta konkurrenslagstiftningen. Kommer en domstol fram till att ett avtalsvillkor är konkurrensbegränsande, torde detta utgöra skäl för att en enskild part inte är bunden av avtalet enligt dess lydelse, även enligt 36 § AvtL.<sup>98</sup> Av detta resonemang kan dras slutsatsen att konkurrensbegränsade betalningsklausuler även kan komma att jämkas eller lämnas utan avseende, i enlighet med avtalsrättsliga regler.

### **6.2.1. Exempel på situationer som kan aktualisera en tillämpning av 36 § AvtL**

En licensgivare som tillämpar olika betalningsvillkor i förhållande till olika licenstagare kan anses utöva ett prisdiskriminerande beteende. Prisdiskriminering kan vara ett resultat av konkurrensbegränsande beteende, som i sådana fall får fångas upp av konkurrenslagstiftningen. I princip kan dock prisdiskriminering även betraktas som en grund för jämkning med hjälp av avtalsrättsliga medel, eller närmare sagt med hjälp av 36 § AvtL. Däremot omfattas inte olikheter som beror på rättfärdigande ekonomiska omständigheter, såsom t.ex. skillnader i kostnader mellan kunder.<sup>99</sup>

I förarbetena till generalklausulen har det diskuterats om inte en förändring av priset i långvariga avtal bör kunna föranleda en jämkning, även i avtalsförhållanden mellan näringsidkare. Av den föregående utredningen framkommer, att en jämkning även torde kunna ske till förmån för den part som agerade som en överlägsen part vid avtalets ingående.<sup>100</sup>

### **6.2.2 Rättsföljderna**

Rättsföljden av att en betalningsklausul bedöms som oskäligen kan vara en jämkning av klausulen eller att klausulen betraktas som obefintlig. Vilken åtgärd domstolen väljer är beroende av graden av oskäligheten. Enligt förarbetena har dock ingen av rättsföljderna företräde framför den andra.

Blir rättsföljden att betalningsklausulen utesluts ur licensavtalet, kan det ha ett starkare preventivt syfte än vad en jämkning hade haft. Parten som har utformat klausulen kommer att vara mycket noggrannare vid en framtida avtalsreglering. Ett annat skäl till varför man bör välja att utesluta en oskäligen klausul istället för att jämka den, är att en eventuell jämkning av avtalet i praktiken kan innebära att domstolen skriver avtalet åt parterna, i vilket fall

---

<sup>97</sup> Ibid., s. 106 ff.

<sup>98</sup> SOU 1974:83, s. 144.

<sup>99</sup> Prop. 1975/76:81, s. 147.

<sup>100</sup> Ibid., S.164.

avtalet kommer att bli gällande med ett annat innehåll än det ursprungliga. Detta leder även till att man gör avsteg från avtalsfrihetsprincipen.<sup>101</sup>

## 6.3 Lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare

Ett annat avtalsrättsligt medel, som en förfördelad avtalspart i ett licensavtalsförhållande kan åberopa är Lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare (AVLN), då lagen är tillämplig på alla avtal inom näringslivet. Lagen har ett preventivt syfte, till skillnad från 36 § AvtL som har ett reparativt syfte. Ett centralt syfte med AVLN är att ge småföretagare en starkare grund att stå på vid förhandlingen om avtalsvillkoren.<sup>102</sup> Lagen syftar även till att minska ojämlikheter mellan avtalsparter och speciellt tar den hänsyn till den part som intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Enligt 1 § AVLN kan marknadsdomstolen förbjuda en part att i framtiden använda sig av oskäliga avtalsvillkor. Lagen skall i första hand tillämpas på standardavtal och bedömningen skall grundas på typiska situationer och inte på enskilda individuella förhållanden.<sup>103</sup> Vidare får ett förbud enligt lagen endast meddelas om det är påkallat från allmän synpunkt enligt 2 § 2st AVLN.

För att jämka eller ogiltigförklara ett avtalsvillkor får man vända sig till en allmän domstol och åberopa 36 § AvtL. 36 § AvtL tar sikte på att lösa specifika fall, i vilka ett avtal redan är ingånget och innehåller ett oskäligt avtalsvillkor. Generalklausulen kan dock inte användas för att förbjuda en part att fortsätta tillämpa det oskäliga avtalsvillkoret i framtiden. AVLN däremot kan tillämpas för att förbjuda avtalsparten att tillämpa samma eller väsentligen samma avtalsvillkor i liknande fall i framtiden.<sup>104</sup>

En intressant reflektion som har presenterats i doktrinen, är att ett avtalsvillkor som bedömts som oskäligt enligt AVLN, inte nödvändigtvis automatiskt innebär att villkoret är oskäligt enligt 36 § AvtL och vice versa, även om detta lämpligen bör vara det normala.<sup>105</sup>

## 6.4 Konkurrensrättsliga aspekter på oskäliga betalningsklausuler

Konkurrensrätten har länge varit en central del av immaterialrätten. Efter Sveriges inträde i EU har de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna direkt tillämplighet i Sverige. I Sverige tillämpas vår motsvarighet till dem EG-

---

<sup>101</sup> SOU 1974:83, s. 120.

<sup>102</sup> Bernitz, s. 136 f.

<sup>103</sup> Von Post, s. 125 ff.

<sup>104</sup> Prop. 1983/84:92 s. 31.

<sup>105</sup> Von Post, s. 134.

rättsliga konkurrensreglerna, nämligen Konkurrenslagen. De gemenskapsrättsliga reglerna skiljer sig lite från de nationella reglerna, genom att de innehåller ett fundamentalt kriterium för att reglerna skall kunna tillämpas, nämligen samhandelskriteriet.<sup>106</sup> Kriteriet innebär att de gemenskaprättsliga konkurrensreglerna enbart är tillämpliga på licensavtal som kan påverka handeln inom gemenskapen.

Rättigheten till en ensamrätt som en patentinnehavare får genom patentet, kan utgöra ett instrument för att begränsa handlingsfriheten i näringslivet. Denna begränsning har dock accepterats av lagstiftaren, eftersom den anses gynna innovation och bidra till teknikspridning.

Då konkurrensrätten är ett stort och komplext område kommer jag inte närmare att gå in på djupet i de olika reglerna. Mitt syfte med detta avsnitt är att presentera några viktiga regler som kan användas mot en avtalspart, som avtalar om oskäligen betalningsklausuler vilka kan anses strida mot konkurrensrätten.

## 6.4.1 Rättsföljderna

Konkurrensrätten har två viktiga förbud som gäller för licensavtal. Det första förbudet gäller missbruk av dominerande ställning<sup>107</sup> och det andra förbudet gäller licensavtal, vars syfte eller effekt är att förhindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt eller om det ger ett sådant resultat.<sup>108</sup> Licensavtal som strider mot nämnda förbud är ogiltiga. Dock kommer enbart den delen av avtalet som strider mot konkurrensrätten att betraktas som ogiltigt, om inte delen är oskiljaktig från resten av avtalet. I det senare fallet kommer hela licensavtalet att ogiltigförklaras. Innebörden av att ett licensavtal bedöms som ogiltigt är att avtalet inte längre kan göras gällande. Vidare kan avtalsparterna få betala konkurrensskadeavgifter om avtalet strider mot art. 81 EG-fördraget och 2 kap 7 § KL. Slutligen finns det även en möjlighet för den olycksdrabbade avtalsparten eller en tredje man att begära skadestånd, om de har träffats av effekten av det konkurrensbegränsande licensavtalet och i samband med detta lidit skada.<sup>109</sup>

## 6.4.2 Om konkurrensbegränsande samarbete

### 6.4.2.1 Bagatell avtal

Det finns dock undantag från de konkurrensrättsliga reglernas räckvidd nämligen märkbarhetskravet, som även kallas för bagatellundantaget. Bagatellundantaget är tillämpligt på licensavtal på samma sätt som på alla

---

<sup>106</sup> Se exv. art. 81.1 EG-fördraget ”...som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna”.

<sup>107</sup> Art. 82 EG-fördraget och 2 kap 7 § KL.

<sup>108</sup> Art. 81 EG-fördraget och 2 kap 1 § KL.

<sup>109</sup> Domeij, s. 41.

andra avtal. Skulle det vara osannolikt att konkurrensen kommer att begränsas på ett märkbart sätt, faller licensavtalet inte under art. 81.1 EG-fördraget och 2 kap 1 § KL. För att avgöra vilket agerande som är märkbart måste en enskild bedömning göras, i vilket fall man utgår från avtalsparternas marknadsandel och storlek. Små företag påverkar sällan konkurrensen på ett märkbart sätt, om de inte ingår i ett bredare konkurrensbegränsande system av ett flertal små företag. Företagen kan komma att omfattas av bagatellundantaget om avtalsparternas sammanlagda marknadsandel underskrider 10 % av den relevanta marknaden, och avtalsparterna är konkurrenter med varandra. När avtalsparterna inte konkurrerar med varandra, får ingen av avtalsparternas marknadsandel överstiga 15 % av den relevanta marknaden, för att avtalet skall kunna omfattas av bagatellundantaget.

De allvarligaste formerna av konkurrensbegränsning måste emellertid undvikas även av aktörer som i vanliga fall hade omfattats av märkbarhetskriteriet. Såsom allvarliga konkurrensbegränsningar räknas fastställande av priser för produkter som säljs till tredje man, fördelning av marknader och kunder samt begränsning av produktion eller försäljning.<sup>110</sup>

#### **6.4.2.2 Gruppundantaget enligt art 81.3 EG-fördraget och 2 kap 2 § KL**

Små företag begränsar sällan konkurrensen på ett märkbart sätt. Medan medelstora företag som har en något större marknadsandel kan påverka konkurrensen i större utsträckning. Företagen kan dock komma att omfattas av ett gruppundantag enligt art. 81.3 EG-fördraget och 2 kap 2 § KL. Undantaget kräver dock att effektivitetsvinster uppväger nackdelarna med konkurrensbegränsningen.<sup>111</sup> Konkurrensbegränsningen måste främja effektiviteten och verka kostnadsbesparande utan att vara onödigt ingripande i konkurrenssystemet, för att kunna omfattas av gruppundantaget. Bedömningsgrunderna för gruppundantaget i EG-fördraget och Konkurrenslagen är i sak likalydande och det krävs att alla fyra kriterier är uppfyllda för att undantaget skall vara tillämpligt på licensavtalet.

För att licensavtalet skall omfattas av gruppundantaget krävs att avtalet:

- bidrar till att förbättra produktionen eller distributionen eller främjar teknisk eller ekonomiskt framåtskridande
- tillförsäkrar konsumenterna den vinst som därigenom uppnås
- bara ålägger de berörda företagen begränsningar som är nödvändiga för att uppnå målen i de ovan nämnda punkterna
- inte ger de berörda företagen en möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av de ifrågavarande produkterna<sup>112</sup>

---

<sup>110</sup> Ibid., s. 42

<sup>111</sup> A.a, s. 42 f.

<sup>112</sup> Bernitz, 2005, s. 123 f.

### 6.4.2.3 Gruppundantaget om tekniköverföring

För patent- och know-how licensavtal har det utarbetats en speciell gruppundantagsförordning för avtal om tekniköverföring, den är dock endast tillämplas på licensavtal mellan två företag.<sup>113</sup> Syftet med förordningen är att främja spridning av tekniskt kunnande samt understödja produktion av tekniskt förbättrade produkter. Förordningen omfattar både blandade licensavtal och rena patentlicensavtal och/eller know-how licensavtal. Dess närmare innebörd är att, den reglerar vilka konkurrensbegränsningar som får åläggas licenstagaren respektive licensgivaren i licensavtal om tekniköverföring. Förordningen innehåller även en utförlig uppräkningslista av tillåtna (vita listan), tveksamma (gråa listan) och icke tillåtna (svarta listan) avtalsvillkor.<sup>114</sup>

Den vita listan innehåller en lång uppräkningslista av tillåtna avtalsbestämmelser. Även om listan kan användas som en checklista som skapar god vägledning vid licensiering, är det viktigt komma ihåg att listan inte är uttömmande. Avtalsbestämmelser som omfattas av den gråa listans uppräkningslista skall anmälas hos kommissionen, som sedan har fyra månader på sig att ta ställning till om klausulerna skall tillåtas eller inte. Gör kommissionen inga invändningar anses det att bestämmelsen omfattas av gruppundantaget. Klausuler som däremot omfattas av den svarta listan är bestämmelser som bör undvikas, eftersom bestämmelserna utesluter ett beviljande av undantag.<sup>115</sup> Om avtalsparterna inte konkurrerar med varandra och licenstagarens marknadsandel inte överstiger 40 %, kan kommissionen ändå medge dispens, även om klausulen faller under den svarta listans uppräkningslista. Det är således sammanhanget som avgör om svartlistade bestämmelser skall omfattas av undantaget eller inte.<sup>116</sup>

## 6.5 Sammanfattande analys

Det finns olika medel som rättsväsendet kan komma att tillämpa när en avtalspart avtalar om oskäliga betalningsklausuler, som direkt eller indirekt kommer att styra motparten. Den ena av de avtalsrättsliga åtgärderna innebär att betalningsklausulen kan komma att jämkas eller uteslutas ur licensavtalet, enligt 36 § AvtL. En slutsats som kan dras i slutfasen av denna uppsats, är att ett gott uppförande vid förhandlingsbordet och under avtalets giltighetstid är mycket viktigt. Att man även i utredningen till 36 § AvtL har konstaterat att ett beteende som strider mot gott affärsskick torde kunna regleras med 36 § AvtL, är ytterligare ett bevis på att man tar allvarligt på otillbörligt beteende inom avtalsområdet.

Jag anser att 36 § AvtL är ett mycket bra redskap mot oskäliga betalningsvillkor, då den beaktar hela licensavtalet för att avgöra om

---

<sup>113</sup> EG-förordningen nr 240/96 för avtal om tekniköverföring.

<sup>114</sup> Gozzo, s. 118 ff.

<sup>115</sup> Lidgard, s. 87.

<sup>116</sup> Gozzo, s. 118.



oskälighet föreligger. Klausulen kan även tillämpas till förmån för såväl den underlägsna som den överlägsna avtalsparten. Nackdelen är dock att klausulen sällan tillämpas av domstolar. Förklaringen tycks vara att det är svårt att avgöra vad som är en oskälig betalningsklausul eftersom det skäligen prisintervallet är mycket stort.

Ett annat avtalsrättsligt medel som en förfördelad part kan åberopa är AVLN. Lagen tar dock inte sikte på att lösa enskilda problem i ett patentlicensavtal, utan den fokuserar på så kallade typiska situationer som främst framkommer i standardavtal. Då standardavtal sällan tillämpas i licensavtalsförhållanden tycks lagen inte ha ett stort tillämpningsområde. Ett annat negativt faktum är att även om en domstol kommer fram till att en betalningsklausul är oskäligen enligt AVLN och förbjuder avtalsparten att tillämpa klausulen i framtiden, kan klausulen anses som skäligen vid en bedömning enligt 36 § AvtL. Resultatet riskerar att bli väldigt diffust och svårbedömt för de inblandade parterna.

Själva slutandet av ett patentlicensavtal kan tänkas utgöra en form av konkurrensbegränsning, eftersom konkurrenterna hindras att få en licens till uppfinningen. Patentet ger de facto innehavaren en monopolställning som visserligen har accepterats av samhället. Förklaringen till denna acceptans är att patentet även anses främja konkurrensen. Speciellt hjälpsamt är ett patent för en liten aktör, eftersom denne då kan konkurrera mot större aktörer. Själva innehavet av en patenträttighet leder till att patentinnehavaren kan styra ett avtalsförhållande, även om motparten är en väsentligt större aktör på marknaden.

När det gäller EG- förordningen nr 240/96 om tekniköverföring, anser jag att den är ett bra verktyg att använda sig av i preventivt syfte. Avtalsparterna kan genom förordningen kontrollera så att klausulerna i licensavtalet inte påverkar konkurrensen på ett negativt sätt. Förordningen kan nästan fungera som en mall för parterna. Dock är det viktigt att avtalsparterna inte enbart förlitar sig på uppräkningslistan av tillåtna och icke tillåtna avtalsbestämmelser eftersom det i flera fall är hela sammanhanget som avgör. En avtalsbestämmelse som enligt uppräkningslistan i den svarta listan synes vara förbjuden att avtala om, kan i slutändan komma att omfattas av gruppundantaget och således inte anses vara konkurrensbegränsande.

## 7 Avslutande synpunkter

Då jag genomgående under uppsatsen har kommenterat de olika problem som avtalsparterna kan drabbas av gällande betalningsklausuler, ämnar jag att i detta avsnitt sammanföra och presentera en avslutande diskussion med utgångspunkt i uppsatsens frågeställningar.

*Hur kommer betalningsklausulerna till uttryck i ett licensavtal?*

Licensavtalet är en speciell typ av avtal som används flitigt som ett exploateringsinstrument. Licensavtalet hör inte till den typen av avtal som är föremål för standardisering, utan varje avtal anpassas speciellt för varje situation. Det är även därför regleringen av betalningsklausulerna kan vara ytterst problematiskt och kräver noggranna konstruktioner från fall till fall. Huvudregeln kan sägas vara att parterna fritt kan komma överens om vilka betalningsklausuler som skall införas i licensavtalet, vilken ersättningsnivå klausulerna skall ha samt vem av parterna som skall stå för den ekonomiska risken. Bristen på en enhetlig praxis och lagstiftning gör att området blir svårt att överblicka. Jag vill dock mena att denna osäkerhet även kan vara positiv, eftersom parterna kommer att anpassa avtalet och betalningsklausulerna till vad som är bäst för deras respektive kommersiella situation, i stället för att låta standardiseringar styra.

Det oklara rättsläget kan leda till att förhandlingen om betalningsklausuler ger rimligare ersättningsnivåer, och avtalsparterna kommer att göra sitt yttersta för att alla inblandade parter skall bli nöjda med resultatet.

*Vilken betalningsmetod är bäst att använda?*

Frågan om vilken betalningsmetod som är bäst för avtalsparterna att använda sig av kan inte besvaras med ett självklart svar, utan frågan är beroende av flera faktorer. Den betalningsmetod som är positiv för licensgivaren brukar vanligtvis vara negativ för licenstagaren och vice versa. Avtalspartens styrka och licensavtalets begränsningsområde kan sägas vara två viktiga faktorer som avgör vilken betalningsmetod som är bäst för parten i fråga.

Den avtalspart som är den starke aktören i licensavtalsförhållandet har ett större utrymme att spela på. Valet av betalningsklausuler samt procentsatsen på ersättningen kommer sannolikt att utformas till den starkare aktörens fördel. Den betalningsmetod som jag anser är den mest rättvisa betalningsmetoden för båda parter är löpande royaltybetalningar, vars procentsats avgörs genom nettoförsäljningsmetoden. Anledningen är att royaltyn kommer att öka och minska i proportion till licenstagarens nyttjande av licensen, samt att nettoförsäljningsmetoden automatiskt kommer att ta hänsyn till marknadsmässiga prisförändringar. En löpande royaltybetalning innebär dock att licensgivaren blir bunden av licenstagarens prestationer och det blir licensgivaren som får stå för den ekonomiska risken. Efter att licensgivaren har avslöjat patentet och know-

how kring patentet blir denne totalt beroende av licenstagarens prestationer. Om licensgivaren istället begärt en engångsbetalning, hade denne garanterats en ersättning för utlämnandet av informationen. Visserligen kan den förfördelade avtalsparten gå domstolsvägen om motparten gör sig skyldig till ett avtalsbrott, men när det gäller licensgivare med knapphändiga resurser har de oftast inte råd att processa och låter därför licenstagaren utnyttja licensen gratis. Rädslan över att få betala motpartens kostnader kan ibland vara större än behovet av att få rätt i en domstolsprocess.

Exklusiva licensavtal som begränsar licensgivarens användningsområde leder till att licensgivaren tar en stor risk vid licensieringen. För att den kommersiella och ekonomiska risken skall fördelas mer jämnt mellan parterna, anser jag att betalningen i en exklusiv licens bör företrädesvis ske genom engångsbetalning eller genom en så kallad kombinationsbetalning.

*Är det möjligt att styra över avtalsförhållandet och avtalsparten?*

Under uppsatsens gång har jag presenterat olika metoder som man kan använda för att styra sin avtalspart och avtalsförhållandet. Jag vill mena att betalningsklausulerna i princip alltid kan utgöra ett instrument för styrning av avtalsförhållandet, om inte betalningen erlagts i en klumpsumma av licenstagaren. Det bästa tillvägagångssättet för att skaffa sig kontroll över licensavtalets utformning, är att vara väl förberedd inför avtalsförhandlingen. Näringsidkaren bör skaffa sig information om sin motpart för att på så vis kunna ha en utgångspunkt vid förhandlandet om betalningsklausulerna. Ett bra hjälpmedel i syfte att nå ett lyckat avtal är att använda sig av olika förhandlingstekniker.

Jag anser att det är naivt att tro att man kan komma till en förhandling och hålla fast vid en ersättningsnivå. Parterna till ett licensavtal har lyckats förhandla fram ett avtal som gynnar båda sidor, då både licensgivaren och licenstagaren känner att de är nöjda med resultatet, men samtidigt fundersamma över om de inte kunde ha fått ett bättre resultat.

*Vilka åtgärder kan vidtas i preventivt och reparativt syfte, vad gäller en reglering av oskäligen betalningsklausuler?*

Det finns ett flertal olika påföljder som en avtalspart kan drabbas av då han avtalar om oskäligen betalningsklausuler. Under föregående avsnitt har jag redogjort för några avtalsrättsliga och konkurrensrättsliga åtgärder som kan aktualiseras vid avtalandet om oskäligen betalningsklausuler. Vid tillämpningen av 36 § AvtL anser jag att det är av vikt att beakta proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen har en framträdande roll i det svenska rättsväsendet, varför det med hänsyn till denna är viktigt att det råder proportion mellan ett avtalsbrott och dess efterverkningar. Jag vill mena att en avtalsklausul som är oskäligen, men inte av extrem grad, inte bör medföra en sträng efterverkning som t.ex. uteslutande av hela klausulen. Lämpligare är istället att jämka avtalsklausulen. Även om jämkning kan få allvarliga konsekvenser för avtalsparten som räknade med att betalning skulle ske enligt avtalad summa, så drabbas parten av ännu allvarligare konsekvenser vid en uteslutning av betalningsklausulen.

Det finns även ett flertal alternativa åtgärder som kan vidtas i preventivt, men även reparativt syfte, vad gäller oskäligen betalningsklausuler. För att skydda småföretagare mot oskäligen betalningsklausuler kan ett alternativ till 36 § AvtL och AVLN vara att införa tvingande civilrättslig lagstiftning. Eftersom jag är en stor förespråkare av avtalsfrihet och flexibilitet i avtalsförhållanden, anser jag det inte vara den ultimata lösningen. En tvingande lagstiftning kan leda till en alltför detaljerad reglering av avtalet, vilket kan komma att verka hämmande för licensieringen. En positiv aspekt av en tvingande lagstiftning hade varit att det är lättare för parterna att förutse avtalsförhållandet, vilket även hade medfört att en mindre aktör hade känt sig säkrare eftersom han då hade haft en konkret skyddsmantel.

När det gäller franchisekonceptet har det utarbetats en lag vars främsta syfte är att skydda franchisetagaren eftersom denne vanligtvis intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet. Lagen uppställer ett krav på att franchisegivaren skall lämna relevant information om särskilt betungande avtalsvillkor till franchisetagaren inför avtalsingåendet.<sup>117</sup> Informationsskyldighetens omfattning sätts i förhållande till avtalets omfattning, avtalsparternas inbördes förhållande samt den blivande franchisetagarens tidigare erfarenhet av franchising.<sup>118</sup> Man kan fråga sig om inte en liknande lag hade kunnat utformas för licensavtal i allmänhet. Lagens syfte kan även här vara att förstärka licenstagarens ställning. Såsom argument för en sådan lagreglering kan framhåvas att lagen hade skapat bättre förutsättningar för att en licenstagare får tillräckligt med information för att ta ett välgrundat beslut angående om han vill ingå avtalet. Lagen hade även medfört att mer lämpade och seriösa licenstagare träder in i avtalet, vilka har råd att erlagga fastställda ersättningsnivåer, vilket i sin tur leder till att oskäligen betalningsklausuler förhindras. Ett argument mot en sådan lagreglering kan sägas vara att licensgivaren inte skulle kunna skydda sina affärshemligheter samt know-how kring licensobjektet om licensgivaren ålagts en informationskyldighet.

Ett annat sätt att förhindra avtalandet om oskäligen avtalsvillkor har givits av Ulf Bernitz. Hans uppfattning är att det skulle vara en fördel om man i Sverige, såsom gjorts i Finland, sammansätter en bedömningsnämnd som yttrar sig om avtalsvillkor. Nämndens uppgift är att på begäran av avtalsparterna utge utlåtanden om skäligheten och jämkningen i olika avtal mellan näringsidkare. En bedömningsnämnd skulle verka vägledande för tillämpningen av 36 § AvtL och AVLN. Dessutom skulle ett sådant organ bidra till större förutsebarhet inom området.<sup>119</sup> Min åsikt är att en bedömningsnämnd hade hjälpt att lösa många dilemman, och hade hindrat många avtal från att resultera i kontraktsbrott, eftersom parterna då hade haft en källa att vända sig till vid utformandet av avtalet. Samtidigt hade det nog inte dröjt länge förrän nämnden översvämmats med frågor och en enskild fråga hade tagit alltför lång tid att avgöra. Kommersiella avtalsförhandlingar

---

<sup>117</sup> Lag 2006:484 om Franchisegivarens informationskyldighet 3 §.

<sup>118</sup> Prop. 2005/06:98 s. 36 f.

<sup>119</sup> Pokela, s. 573 ff och Bernitz, s. 143.

är oftast i behov av snabba avtalsslut, effektiva resultat med så lite dröjsmål som möjligt. Vidare riskerar man att göra avtalsförhållanden stela och inflammerade, eftersom licensgivare och licenstagare inte kommer att våga reglera betalningsvillkor utan att en bedömningsnämnd yttrar sig över betalningsklausulernas utformning.

En alternativ åtgärd mot avtalandet av oskäligen betalningsklausuler är en myndighets godkännande av licensavtalet. I en rad länder gäller att ett licensavtal med utländsk licensgivare kräver godkännande av en statlig myndighet i licenstagarens land. Godkännandet fokuserar främst på licenstagarens skyldighet att betala licensavgifterna. Fördelarna med denna konstruktion kan jämföras med fördelarna för införandet av en så kallad bedömningsnämnd. Avgöranden från myndigheterna hade verkat vägledande för regleringen av licensavtal. Argument mot en sådan konstruktion är att myndighetens avgöranden kan riskera att verka diskriminerande. I en rad länder, i vilka ett sådant förfarande är verklighet, är det inte ovanligt att den myndighet som har till uppgift att pröva frågan om avtalets godkännande, vidtar åtgärder i syfte att få avtalsparterna att ändra i licensavtalet till förmån för licenstagaren.<sup>120</sup>

*Upphör royaltyförpliktelsen om patentet bedöms som ogiltigt eller om patentets giltighetstid löper ut?*

Frågeställningen om när betalningsförpliktelsen upphör att gälla kan inte besvaras definitivt. Det vanligaste torde dock vara att licenstagarens framtida royaltyförpliktelser upphör att gälla om patentet ogiltigförklaras. Vad gäller redan erlagda betalningar synes det rimligaste vara att om licenstagaren haft nytta av licensen på annat sätt, torde inte licensgivaren behöva återbära redan mottagna betalningar. Gör sig licenstagaren däremot skyldig till ett avtalsbrott och felet inte beror på licensgivarens licens, anses det som fast etablerat handelsbruk att inbetald royalty inte betalas tillbaka.<sup>121</sup>

Om patentets giltighetstid löper ut men licensavtalets fortfarande är gällande, har licensgivaren fortfarande en möjlighet att uppbära royalty genom så kallade post-term royalties.

---

<sup>120</sup> Hedman och Haak (1968), s. 26.

<sup>121</sup> Levin och Nordell, s. 44.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

Bernitz, Ulf, *Småföretagarskydd mot oskäligen avtalsvillkor särskilt 36 § Avtalslagen*, Festskrift till Sveriges advokatsamfund, Stockholm 1987.

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005.

Dahlman, Christian m.fl. *Rättsekonomi En introduktion*, Studentlitteratur, Lund 2004.

Dawson, Roger, *Lär dig att förhandla med framgång*, Svenska Förlaget, Stockholm 1996.

Faull, Jonathan och Nikpay, Ali, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Gölstam, Martin, *Licensavtalet och konkurrensrätten*, Iustus förlag, Uppsala 2007.

Hedman, Bo och Haak, Bengt, *Internationella licensavtal och Etablering utomlands*, Exporträtt 1, Förlaget, Stockholm 1968.

Karnell, Gunnar, *Inledning till den internationella licensavtalsrätten*, Norstedts, Stockholm 1985.

Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007.

Levin, Marianne och Nordell, Per Jonas, *Handel med immaterialrätter*, Juristförlaget, Stockholm 1996.

Nordström, Ulf, *Licensavtalet*, tredje upplagan, Contman förlag, Stockholm 1987.

Runesson, Erik, *Avtals och tvistelösningsförhandling*, Jure AB, Stockholm 2003.

Sandgren, Claes, *Patentlicenser*, Norstedts & Söners förlag, Stockholm, 1974.

Von Post, Claes-Robert, *Studier kring 36 § AvtL med inriktning på rent kommersiella förhållanden*, Jure AB, Stockholm 1999.

## Artiklar

Hedman, Bo, *Internationella licensavtal*, NIR 1969.

Henrik, Bergman, *Licensavtalens avgifter och betalningsklausuler*, NIR 1995.

Hjerner, Lars, "Ang. betalningsklausuler i licensavtal", Meddelande nr 12/1971, Institutet för utländsk rätt 1971

Karnell, Gunnar, *Juridiska aspekter på vad ett märke är värt; licensavgifter, skadestånd, varumärken i konkurser*, NIR 1991.

Koulu, Risto och Oesch Rainer, *IPR- Förmögenhet, licensavtal och insolvensförfarande*, NIR 2003.

Lee Marshall, "Determining Reasonable Royalty", LES Nouvelles 1992.

MacGavock, Daniel M, "Factors Affecting Royalty Rates", LES Nouvelles 1992.

Matsunga, Yoshio, "Determining Reasonable Royalty Rates", LES Nouvelles, 1983.

Pokela, Hannu, *Jämkning av företagens avtal i Finland*, SvJT 1983.

Sandgren, Claes, *Om empiri och rättsvetenskap*, Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet, 1995/1996.

## Offentligt tryck

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1951:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Prop. 1983/84:92 Om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

Prop. 2005/06:98 Förstärkt skydd för franchisingtagare.

SOU 1974:83 Generalklausul i förmögenhetsrätten.

## Övrigt

Intervju med Advokat Anders Larsson på Awapatents kontor i Malmö, 2008-09-11.

# Rättsfallsförteckning

## EG-domstolen

Mål 24/67, Parke, Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm (1968) ECR 81.

Mål C-241 & 242/91 P, Radio Telefis Eireann and Others v Commission (Magill), (1995) ECR I-743.