



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Carl Brännberg

**Licensavtalsautonomi – Om licensavtalets bestånd vid felaktiga
förutsättningar**

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulf Maunsbach

VT 13

Innehåll

1. Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Metod och material	9
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Terminologi	10
1.7 Disposition	11
2. Allmänt om licensavtalet	13
2.1 Ett medel för att utnyttja immateriella rättigheter	13
2.2 Olika typer av licensavtal	14
2.3 Licensavtalsobjektets omfattning och definition	15
3. De konkurrensrättsliga ramarna – en introducerande översikt	17
3.1 Förhållandet mellan konkurrens- och immaterialrätt	17
3.2 Konkurrensbegränsande samarbeten	18
3.3 Missbruk av dominerande ställning	19
3.4 Konkurrensrättens inverkan på licensavtal	20
4. Den traditionella civilrätten – möjliga invändningsgrunder	21
4.1 Allmänna civilrättsliga utgångspunkter	22
4.2 Ogiltighet eller modifiering till följd av felaktiga förutsättningar	23
4.2.1 Allmänt – Oskälighet och felaktiga förutsättningar	23
4.2.2 Ändrade förhållanden till grund för oskälighet enligt 36 § AvtL	23
4.2.3 Ogiltighet med stöd i förutsättningsläran	25
4.2.4 Förhållandet mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran – tillämplighet och rättsföljder	26
4.3 Oskäligt avtalsinnehåll enligt 36 § AvtL	28
4.4 Frånträdande med stöd i kontraktsrättsliga regler	29

4.4.1	Hävning i förhållande till ogiltighet	29
4.4.2	Rekvisit för hävning – Väsentlighet och synbarhet	30
5.	Det immaterialrättsliga området – möjligheter att frånträda licensavtalsförpliktelser	33
5.1	Allmänt	33
5.2	36 § AvtL och förutsättningslärans tillämplighet på licensavtalens område	34
5.2.1	Ingripanden med stöd i 36 § AvtL	34
5.2.2	Avtalsingripanden med stöd i förutsättningsläran	38
5.3	Licensavtalsrättsliga fel som grund för hävning	40
5.3.1	Övergripande bedömningsgrund	40
5.3.2	Väsentligt immaterialrättsligt fel	42
6.	Sammanfattande kommentarer	46
6.1	Slutsatser	46
6.2	Avslutande kommentarer från avtalsfrihetens horisont	47
	Käll- och litteraturförteckning	50
	Rättsfallsförteckning	53

Summary

Licensing agreements play a critical role in the enabling of economically efficient and purposeful ways to exploit intellectual property rights. Instead of having to invest large amounts of money, time and energy to turn one's ideas, designs or creative expression into actual products, an intellectual property owner can obtain a reasonably swift and reliable return by letting somebody else – a licensee – make use of the right(s). Simultaneously, the licensee gets to acquire an advantage toward its competitors, without having had to conduct the oftentimes extensive and financially risky research and development that is necessary to bring about such improvements.

The particular intellectual property that is the subject of such a licensing agreement is generally specified therein, just as quality and quantity is typically outlined in a purchase agreement regarding conventional goods. However, the fact that intellectual property rights are not conclusively defined until tried in a court of law makes them somewhat ambiguous and problematic as subjects of agreement. This considered, it is not difficult to imagine situations where a discrepancy appears between the scope of protection presupposed by the parties at the conclusion of the agreement, and the actual scope of protection as it is subsequently defined by a court of law (in case the intellectual property right is challenged by a third party).

This thesis analyzes how unforeseen and mistaken conditions concerning the scope of protection of licensed intellectual property affect the parties' initial agreement; primarily with regards to the negatively affected party's possibilities of termination or withdrawal from the agreement. A recurrent contention is that general civil law rules and regulations are not *directly* applicable to license agreements, due to the particular legal characteristics of intellectual property rights. After examining the fundamental features of these types of agreements however, and comparing them to established contract law rules and principles, it appears as if the complete formula governing license agreements is derived from such contract law.

The bases of invalidity under the Swedish Contract Act, as well as the established principle of a right to terminate an agreement upon a substantial breach of contract, are all at the disposal of any disadvantaged party to a licensing agreement. Furthermore, the particular characteristics of these agreements – mainly an extended duty of loyalty due to the cooperative and long-term features of these contracts, and the inherent ambiguity of the scope of protection of intellectual property – ought to make them somewhat more susceptible to interference and modification than what is usually the case. Even more so, if the disadvantaged party as a result of the faulty conditions suffers significant economic losses, and additionally is deemed to be the weaker party to the contract.

Sammanfattning

Licensavtal spelar en betydelsefull roll för att olika typer av immateriella rättigheter ska kunna utnyttjas på ett ekonomiskt effektivt och ändamålsenligt sätt. Istället för att behöva investera stora mängder kapital för att kunna omsätta sina idéer eller sin framtagna design till faktiska produkter, kan en rättighetsinnehavare erhålla relativt snabb och säker avkastning genom att någon annan – en licenstagare – tillåts göra bruk av rättigheterna. Denne licenstagare får samtidigt möjlighet att förvärva ett försteg gentemot sina konkurrenter, utan att själv ha behövt investera i det ofta omfattande och riskabla forsknings- och utvecklingsarbete som ligger till grund för sådana fördelar.

Den rättighet som en sådan upplåtelse avser preciseras vanligen i avtalet mellan parterna, på samma sätt som kvalitet och kvantitet ofta närmare anges i ett konventionellt varuhandelsavtal. Det faktum att immateriella rättigheter till sitt omfång inte definitivt fastställs förrän en domstol eventuellt har prövat frågan, gör dem emellertid till svårdefinierade avtalsobjekt. Med detta i beaktande är det lätt att föreställa sig fall där en divergens föreligger mellan det skyddsomfång licensgivare och licenstagare utgår ifrån vid ett licensavtals ingående, och vad som faktiskt visar sig gälla i realiteten om rättigheten senare utmanas.

I uppsatsen belyses hur två licensavtalsparters överenskomna fördelning av rättigheter och skyldigheter påverkas av en sådan situation; främst med fokus på potentiella frånträdesmöjligheter för den då missgynnade kontrahenten. Från flera håll har de immateriella rättigheternas säregna slag framförts som grund för att en *direkt* tillämpning av allmänna civilrättsliga regler inte torde komma ifråga beträffande licensavtal. Efter att denna avtalstyps grundläggande egenskaper emellertid ställts i relation till de allmänna avtals- och obligationsrättsliga reglerna, förefaller dessa trots allt bilda den palett från vilken samtliga färger tas när den aktuella tavlan över rättsläget ska målas.

Såväl avtalslagens ogiltighetsgrunder som allmänna kontraktsrättsliga regler om rätt till hävning till följd av ett väsentligt fel synes tveklöst stå en missnöjd licensavtalspart till buds, på samma sätt som vid flertalet andra typer av avtal. Även om restriktivitet i regel är påkallad för dessa frånträdesregler torde licensavtalens särskilda egenskaper kunna anstränga partsautonomins bestånd i något högre utsträckning än sedvanligt. Den utökade lojalitetsplikt som denna typ av varaktiga och samarbetsbetonade avtal ofta medför, i kombination med den osäkerhet som ligger inbunden i immateriella rättigheter som avtalsobjekt, är faktorer som kan göra licensavtalen mer mottagliga för ingripanden än normalt är fallet. Framför allt när den missgynnade parten till följd av de felaktiga förutsättningarna

gör kännbara förluster, och inte minst om en betydande skillnad i styrkeförhållandet mellan parterna dessutom kan skönjas till den missgynnade partens nackdel.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	Lag (1987:822) om internationella köp
EU	Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
HagL	Lag (1991:351) om handelsagentur
HD	Högsta Domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Konkurrenslag (2008:579)
KomL	Kommissionslag (2009:865)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
MD	Marknadsdomstolen
ML	Mönsterskyddslag (1970:485)
NDS	Nordiske Domme i Sjöfartsanliggender
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1
NU	Nordiska utredningar
PECL	The Principles Of European Contract Law
Prop.	Regeringens proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
Riktlinjerna	Riktlinjer (2004/C 101/02) för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på avtal om tekniköverföring
RH	Rättsfall från hovrätterna
SjöL	Sjölag (1994:1009)
SvJT	Svensk Juristtidning
TeknikF	Kommissionens förordning (EG) nr 772/2004 av den 27 april 2004 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av avtal om tekniköverföring
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den grundläggande principen om avtalsfrihet och avtalsbundenhet har länge varit den gängse utgångspunkten inom svensk avtalsrätt. Tanken att avtalsparter fritt ska få bestämma om, med vem, och på vilket sätt de vill ingå avtal, med en därpå följande bundenhet till vad som överenskommit, har genom historien motiverats utifrån en mängd olika motiv. Alltifrån moraliska och naturrättsliga ståndpunkter, till idén om maximerad samhällsnytta och skyddet för omsättningsintresset har förts fram som väsentliga skäl.¹ Emellertid är denna grundsats på intet sätt obegränsad och det är långt ifrån vilka avtal och avtalsvillkor som helst som upprätthålls med stöd i gällande lagstiftning. I syfte att bland annat skydda fysiska och juridiska personers olika intressen och underlätta för dem att tillfredsställa sina önskemål under rimliga villkor, har avtalsfriheten genom diverse mer eller mindre tvingande regleringar successivt inskränks alltmer det senaste århundradet.² Även om principen fortfarande ger sken av att vara en primär utgångspunkt vid bedömningen av vilka rättigheter och förpliktelser som följer av ett avtal, kan det utifrån vad Grönfors beskriver som en minskning av avtalsfrihetens område till 20 procent idag jämfört med 70 eller till och med 100 procent före avtalslagens tillkomst, ifrågasättas vilken status den fria avtalsautonomin egentligen bör tillmätas i modern svensk rätt.³ Både genom tvingande detaljbestämmelser, mer allmänt hållna generalklausuler, liksom med stöd av allmänna grundsatser från rättstillämpningen har onekligen denna självstyrets norm sakta men säkert begränsats.⁴

I takt med denna utveckling har samtidigt ständiga tekniska framsteg, informationssamhällets framväxt och internationaliseringen av världens marknader gjort att handeln med immateriella rättigheter fått en enorm ökad ekonomisk betydelse i dagens samhälle. Ofta kan avtal om överlåtelse och upplåtelse av patent, varumärken eller mönster utgöra grundbultarna i såväl stora som små företags verksamheter, och vara långt mer avgörande för deras framtida överlevnad än konventionella avtal om köp av varor eller tjänster.⁵ Framför allt licensavtal om upplåtelse av immateriella rättigheter spelar en avgörande roll för omsättningen och exploateringen av dessa.⁶

Trots detta saknas anpassade regler som anger hur rättigheter och skyldigheter, fullgörande och liknande innehåll i dessa avtal ska bestämmas.

¹ Ramberg, 2010, s. 29 ff.

² Ramberg, 2010, s. 29 ff.

³ Grönfors, 1993, s. 27 ff. Jfr. även Schovsbo, 2001, s. 12 ff.

⁴ Prop. 1975/76:81, s. 11.

⁵ Jfr. Schovsbo, 2001, s. 3 f.

⁶ Jfr. Levin, 2011, s. 517, 533 f.; Domeij, 2010, s. 134.

Istället har man närmast att falla tillbaka på allmänna avtals- och kontraktsrättsliga regler och principer för att nå någon form av resultat.⁷ Även om licensavtalsparter ges relativt stor frihet att förfoga över sina mellanhavanden inom avtalsfrihetens allmänna gränser, och ofta tillåts avvika från de utomobligatoriska regler som ställs upp enligt de immaterialrättsliga lagarna,⁸ kan man ändå, med hänsyn till nämnda utveckling, fråga sig vad den närmare regleringen egentligen består i idag.⁹ Immaterialrättens karaktär av civilrättslig specialdisciplin med en kombination av både civilrättsliga och offentligrättsliga regler, har från flera håll påståtts göra att den inte kan sorteras in under den sedvanliga avtals- och obligationsrätten, utan närmast vore att bedöma som en avtalstyp *sui generis*, med speciella säregna regler.¹⁰

1.2 Syfte

Licensavtal har som sagt stor betydelse för att immateriella rättigheter ska kunna utnyttjas på ett ekonomiskt effektivt och ändamålsenligt sätt.¹¹ Genom dessa relativt komplicerade upplåtelseavtal, vars avtalsföremål många gånger är svårdefinierat, efterger en licensgivare en viss del av sin lagfästa ensamrätt, till en eller flera licenstagare. Den presentation och analys som nedan följer syftar till att belysa de delar av rätten – i synnerhet de avtals- och obligationsrättsliga delarna – som påverkar autonomi mellan två avtalsparter när licensavtalsobjektet visar sig avvika från parternas respektive viljor vid avtalsslutet. Avsikten är att undersöka vilka medel som står till buds för en part – framför allt licenstagare – som i sådana fall inte längre önskar stå fast vid ett ingånget licensavtal. Eftersom immaterialrättens säregna karaktär som bekant synes göra att området inte omedelbart går att sortera in under avtals- och köprättens sedvanliga tillämpning för varuhandelsavtal, görs nedan ett försök att klargöra vilka regler och grundsatser som faktiskt aktualiseras härvid och i vilken mån tillämpningen särskiljer sig gentemot mer konventionella områden.

Med hänsyn till den vanliga förekomsten av omförhandlingsklausuler, indexklausuler och andra avtalsbestämmelser som reglerar, eller i vart fall *bör* reglera felaktigheter och komplikationer i licensavtal,¹² och den vilja som ofta finns inom näringslivet att lösa uppkommande meningsskiljaktigheter förhandlingsvägen för att alls kunna fortsätta ett påbörjat samarbete, kan den praktiska betydelsen av följande utredning

⁷ Jfr Schovsbo, 2001, s. 5; Levin, 2011, s. 513.

⁸ Se Ramberg, 2005, s. 269 ff.

⁹ Bernitz m.fl., 2011, s. 321 f.

¹⁰ Jfr t.ex. Hultmark (Ramberg), JT 1994/95 s. 687 f.; Domeij, 2010, s. 17 f.; Bernitz m.fl., 2011, s. 399 f.

¹¹ Jfr Levin, 2011, s. 517, 533 f.; Domeij, 2010, s. 134.

¹² Se Maunsbach, 2011, s. 31.

påstås vara något begränsad. Ändå anser jag att det finns goda skäl att försöka tydliggöra vad som faktiskt gäller enligt dispositiv rätt; vad licensavtalsparter har för potentiella medel att ta till för att förändra en ogynnsam avtalsituation, och hur problemen skulle lösas av en domstol om en licensavtalstvist av detta slag skulle ställas på sin spets.

1.3 Frågeställningar

Den närmare frågeställningen för denna utredning kan av pedagogiska skäl ta utgångspunkt i ett hypotetiskt exempel. Låt oss anta att en innehavare X av någon form av immateriell rättighet ingår ett avtal med aktören Y, om upplåtelse av den aktuella rättigheten genom ett licensavtal. I sådana avtal – som i allt högre utsträckning förefaller ta efter anglosaxiska tendenser i fråga om långa och omfattande definitionsavsnitt¹³ – försöker parterna vanligen klarlägga det exakta avtalsföremålet; det vill säga den upplåtna rättigheten som sådan, dess skyddsomfång och upplåtelsens omfattning, på samma sätt som parter i ett avtal om varuhandel vanligen definierar den närmare kvaliteten och kvantiteten av aktuella handelsvaror.¹⁴

Sådana försök innebär dock alltid problem när det gäller immateriella rättigheter, eftersom deras innehåll först fastslås definitivt efter att en domstol slutligt har prövat frågan; något som sällan sker i samband med avtalsslut. Istället sker det vanligtvis efter en ogiltighetstalan från tredje man, vilken i sin tur inte sällan följer som en genstämning på rättighetsinnehavarens intrångstalan.¹⁵ Även för den som besitter stor sakkunskap torde troligen bara mer abstrakta svar kunna ges beträffande hur långt ett kännetecken sträcker sig, och vad som är förväxlingsbart därmed, vilka konstindustriella alster som man får ensamrätt till genom en licens, och så vidare.¹⁶ Dessutom är Patent- och registreringsverkets beslut att meddela ett patent heller ingen garanti mot en senare ogiltigförklaring eller existerande för användarrätt för tredje man.¹⁷

Ponera vidare att X och Y i avtalet har definierat den upplåtna rätten och upplåtelsens omfattning på ett visst sätt, att ersättningen och övriga villkor anpassats härefter, men att en domstol senare – i en tvist mellan X och tredje man – kommer fram till att rättigheten i praktiken har ett avsevärt mindre skyddsomfång än parterna vid avtalets ingående utgick ifrån. Alternativt att

¹³ Jfr. Domeij, 2010, s. 134 ff.

¹⁴ Se Sandgren, 1974, s. 39 ff.

¹⁵ Jfr. Bernitz m.fl., 2011, s. 189 f. beträffande ogiltighet och modifiering av patent; a.a., s. 291 ff. för motsvarande beträffande varumärken; a.a., s. 227 ff. för motsvarande beträffande mönster.

¹⁶ Se Runesson, 1999, s. 631.

¹⁷ Jfr. Domeij, 2010, s. 113, 212 f.

den immateriella ”rättigheten” till och med bedöms sakna skydd över huvud taget. Hur påverkas det avtal X och Y har ingått av denna situation?

Avtalsfriheten och avtalsbundenheten står tveklöst fortfarande starka i svensk rätt, och utgör ofta det mantra som avtalsrättsliga bedömningar inleds med.¹⁸ Även om så bara 20 procent av avtalsområdet skulle anses fritt i enlighet med Grönfors resonemang ovan, utgör det långt ifrån ett försumbart inflytande, och framför allt mellan jämnstarka parter torde ett högt krav fortfarande ställas för att frångå principen.¹⁹ Frågan är dock hur bedömningen påverkas av att den sker på immaterialrättens område; om och i sådana fall hur de säregna egenskaper som kan tillskrivas dessa avtalstyper och avtalsobjekt inverkar på avtalsbundenheten.

Säkert är att konkurrensrättens regler sätter upp viktiga ramar på licensavtalens område, med ogiltighet av såväl enskilda avtalsklausuler som avtal i sin helhet som potentiella rättsföljder. I fokus för uppsatsen står dock den civilrättsliga regleringen, och vilka medel som en missnöjd avtalspart där har tillgång till för att frånträda ett licensavtal som, till följd av förhållanden som visar sig efter avtalets ingående, inte längre är intressant för denne att fullfölja. Utgångspunkt tas därför i de allmänna ogiltighetsgrunderna i avtalslagen, men utöver dessa föreligger exempelvis enligt allmänna obligationsrättsliga grundsatser normalt även en rätt att häva ett avtal om ett väsentligt fel skulle visa sig vara för handen.²⁰ Bör en motsvarande rätt anses gälla i fråga om immaterialrättsliga avtal, och vad utgör i sådana fall ett väsentligt fel i immaterialrättslig mening?

Kommer en domstol fram till att en rättighet är snävare än vad som förutsatts (uttryckligen eller underförstått) i parternas avtal, har licenstagaren uppenbart gjort en dålig affär. Å andra sidan är situationen den motsatta om domstolen skulle komma fram till att rättigheten sträcker sig längre än vad parterna utgått ifrån i avtalet, varför det vid första anblicken kan anses rimligt om var och en står risken för sina felaktiga förutsättningar. I förarbetena till 36 § AvtL konstateras uttryckligen att generalklausulen inte ska användas som ett medel för allmän priskontroll,²¹ och frågan är därför vad som krävs för att en immaterialrättslig upplåtelseaffär inte bara ska anses *god* för den gynnade parten, utan till och med *oskäligt god*, och motpartens frånträde därmed ska kunna komma ifråga.²² Det är alltså fråga om en situation där licenstagaren inte kan förfoga över den upplåtna immateriella rättigheten på det sätt som han har tänkt sig – antingen till följd av tekniska begränsningar i det som rättigheten är avsedd att åstadkomma, eller genom att tredje man samtidigt har rätt att utnyttja rättigheten. Det

¹⁸ Jfr. t.ex. NJA 1999 s. 408, NJA 2004 s. 962, MD 2004:22, MD 2009:35.

¹⁹ Se Bernitz, 2008, s. 144.

²⁰ Jfr. tex. 39 § KöpL.

²¹ Prop. 1975/76:81 s. 138.

²² Jfr. Grönfors & Dotevall, *Avtalslagen* (17 november 2012, Zeteo), kommentaren till § 36 p. 26, Rättsföljderna: jämkning.

senare kan i sin tur antingen bero på att immaterialrätten är ogiltig, eller att den innehas helt eller delvis av någon annan; ett så kallat *rättsligt fel* i immaterialrätten.

1.4 Metod och material

I det följande arbetet begagnas en sedvanlig rättsdogmatisk metod, där utgångspunkt tas i relevanta rättskällor såsom lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin för att besvara problemen i frågeställningen ovan. Som konstaterats finns det inga särskilt anpassade lagar som reglerar upplåtelseavtal om immaterialrätter, och praxis är närmast obefintlig på detta område. Avstamp tas därför istället i allmänna civilrättsliga regler och sådan därtill hörande praxis där det går att utläsa vissa med licensavtal gemensamma nämnare. Tillsammans med förarbeten och doktrin på dessa områden, samt lagregler och litteratur avseende immateriella rättigheter som sådana och avtalsförhållanden därom, läggs grunden ut för uppsatsens fortsatta analys. Genom belysanden i doktrin kommer hänvisningar och diskussion även i mindre utsträckning att föras runt internationella regelsamlingar som potentiella inspirationskällor i svensk rätt, främst den internationella köplagen CISG, och principalsamlingen UNIDROIT principles.

1.5 Avgränsningar

Denna uppsats har alltså först och främst ett fokus på den avtals- och kontraktsrättsliga relationen mellan parterna och hur deras inbördes fördelning av avtalets rättigheter och skyldigheter, möjligheter och risker, kan påverkas av civilrättsliga regler. Samtidigt går det inte att bortse ifrån de inskränkningar som det konkurrensrättsliga regelverket sätter upp, genom förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag respektive förbudet mot missbruk av dominerande ställning. Då en missgynnad avtalspart ju på intet sätt är begränsad till ett enskilt rättsområde i sin argumentation för att få ett avtal ogiltigförklarat, känner jag mig nödgad att inledningsvis närmare presentera de konkurrensrättsliga effekterna på parternas avtal, för att sätta licensavtalet i dess rätta sammanhang. Därmed ska läsaren lättare kunna ställa den följande analysen i relation till den rättsliga helhet som den onekligen är en del av.

Eftersom det vidare är brister i avtalsobjektet och felaktiga förutsättningar beträffande detta som är centralt för den fortsatta analysen, kommer ogiltighets- och modifieringsmöjligheter till följd av den ena partens tivelaktiga beteende inte närmare att beröras. Med hänsyn till den

väsentliga roll som 36 § AvtL har i framställningen, kommer oundvikligen såväl partiell som fullständig ogiltighet med stöd däri att diskuteras. Men då det är en parts frånträdesmöjligheter som främst står i fokus, kommer resonemanget kring tillämpningen av kontraktsrättsliga regler och principer att framför allt inriktas på möjligheterna till hävning av ett licensavtal, även om övriga felpåföljder kan komma att nämnas i anslutning därtill.

Utredningen utgår ifrån en allmän immaterialrättslig egendom, utan att närmare specificera och skilja mellan olika varianter. Patent har visserligen flera egenskaper som skiljer sig från upphovsrätter, och mönster kan likaså avvika i betydande mån i förhållande till varumärken. Av betydelse i det följande är dock den ogripbara och obestämda karaktär som präglar dessa rättigheter, samt de gemensamma drag som upplåtelseavtal därom i regel har. För uppsatsens problemställning finns därför ingen anledning att redogöra för varje immaterialrättstyp för sig.

Föreliggande arbete innefattar slutligen inget utrymme att ta upp varken sakrättsliga eller internationella privaträttsliga aspekter av partsautonomin beträffande immaterialrättsliga avtal. Även om dessa rättsområden precis som konkurrensrätten kan begränsa avtalsparters inbördes överenskommelser i inte oväsentlig mån, är deras relevans för frågeställningen i denna uppsats alltför perifer.

1.6 Terminologi

I uppsatsens femte och sjätte kapitel används termen ”*immaterialrättsligt fel*”. Denna term används något inkonsekvent av såväl lagstiftaren som av författare till juridisk doktrin. För det första används den för att beteckna sedvanliga varuhandelssituationer då användningen av den fysiska varan hindras av tredje mans immateriella rättighet. På samma sätt – liknande rättsliga fel – används begreppet för avtalssituationer då en immaterialrättsförvärvare genom den avtalsenliga användningen gör intrång eller påstås göra intrång i någon immateriell rättighet som tillkommer tredje man eller licensgivaren. Slutligen används termen även för att beteckna fel i största allmänhet i avtal om immateriella rättigheter, avseende både faktiska och rättsliga fel i avtalsobjektet.²³ I denna uppsats har ”*immaterialrättsliga fel*” getts denna senare betydelse, det vill säga som en samlingsterm för alla typer av fel som kan föreligga i ett licensavtal; antingen på grund av brister i avtalsobjektet som sådant, eller till följd av tredje mans rätt därtill.

²³ Jfr. Hultmark (Ramberg), JT 1994/95 s. 687, i förhållande till Ramberg, 2005, s. 271 ff. I förstnämnda verk distingerar hon klart mellan immaterialrättsliga fel och fel i immaterialrätter, där det förra hävdas beteckna *rättsliga* fel. I det senare verket förefaller hon dock ha övergått till att använda immaterialrättsliga fel som en övergripande term för felaktigheter i immaterialrättsliga avtal i stort. Denna senare betydelse stöds även av Levin, se Levin, 2011, s. 515 f.

1.7 Disposition

Uppsatsen kan i stort delas in i två delar. I den första, bestående av kapitel 2-4, redogörs först kort för licensavtalens grunddrag och karaktäristika (kap 2) varpå följer ovan nämnda översikt över det konkurrensrättsliga regelverket i kapitel 3. I det fjärde kapitlet kommer sedan de allmänna avtals- och obligationsrättsliga grunderna för frånträde av ett avtal att diskuteras, vilka utgör det nödvändiga ramverk utifrån vilket den fortsatta analysen och diskussionen i uppsatsens andra del, kapitel 5-6, kommer att utgå.

Närmare i detalj innehåller kapitel 2 en allmän redogörelse för licensavtal, där olika varianter kommer att beskrivas, liksom funktionen av dessa, deras uppbyggnad, och vad de medför i form av rättigheter och skyldigheter för avtalsparterna. Besöket i de konkurrensrättsliga domänerna kommer sedan att ge en inblick i hur dessa regler inverkar och begränsar parter när det gäller licensavtal, och vilka konkurrensrättsliga grunder en missnöjd part kan anföra för att angripa avtalet. I Sverige gäller som bekant parallell tillämpning av den svenska konkurrenslagen och den europeiska regleringen, i fråga om konkurrensbegränsningsförfaranden som har en påverkan på samhandeln mellan medlemsstaterna; medan i övriga fall svensk rätt ska tillämpas i ljuset av EU-rätten och EU-domstolens praxis.²⁴ Med hänsyn till att konkurrenslagen bygger på, i stort speglar, och dessutom ska tillämpas i harmoni med den europeiska rätten,²⁵ kommer beskrivningen att inriktas på gemenskapsbestämmelserna. Efter detta inledande konkurrensrättsliga perspektiv, kommer återblickar och jämförelser främst att återkomma i den avslutande, sammanfattande analysen.

I fjärde kapitlet börjar granskningen av avtals- och obligationsrätten, och en närmare redogörelse görs här för vilka regler som normalt inverkar på en parts avtalsbundenhet och som står till buds för en missnöjd part som önskar frånträda en initial avtalsöverenskommelse. Av stor betydelse för arbetets frågeställning är tillämpningen av 36 § AvtL och förutsättningsläran, samt de kontraktsrättsliga möjligheterna till hävning.

Arbetets andra del inleds i femte kapitlet med ett försök att utröna och analysera vad som gäller beträffande immaterialrättsliga upplåtelseavtal; i vilken mån de allmänna avtals- och obligationsrättsliga reglerna är applicerbara, och hur den närmare tillämpningen därav i sådana fall bör ske. Om denna tillämpning skiljer sig från mer sedvanliga varuhandelssituationer, och om angreppsmöjligheterna eventuellt är större eller mindre när det gäller upplåtelseavtal. Beträffande de obligationsrättsliga reglerna ligger fokus på hävningspåföljden, och det krav

²⁴ Prop. 2003/04:80, s. 48 ff.; Se även prop. 2007/08:135 s. 70. Motsvarande parallella tillämpning gäller i övriga EU-länder.

²⁵ Bernitz, 2011, s.70 f., 74.

på ett väsentligt fel som enligt allmänna rättsprinciper ställs upp därför. Jag försöker analysera både om denna grundsats är tillämplig i fråga om licensavtal, och vad som i sådana fall bör anses utgöra ett väsentligt fel i denna typ av avtal.

I det sista kapitlet försöker jag avslutningsvis att knyta ihop säcken runt min frågeställning och analysera och reflektera kring de slutsatser jag har kommit fram till avseende licensavtals giltighet vid felaktiga förutsättningar.

2 Allmänt om licensavtalet

2.1 Ett medel för att utnyttja immateriella rättigheter

Licensavtal i vid mening, åsyftar i regel en avtalsrelation mellan en licensgivare och en licenstagare avseende överlåtelse av en begränsad rätt som anknyter till någon form av immateriell egendom.²⁶ Licensavtal i denna breda bemärkelse innefattar en uppsjö av olika underkategorier, inkluderande olika patentlicenser, varumärkeslicenser, formgivningenslicenser, upphovsrättslicenser samt även licenser till olika typer av know-how.²⁷ Även om det till följd härav kan vara besvärligt att ge en stringent beskrivning av samtliga licensavtals egenskaper, finns det några minsta gemensamma nämnare som kan vara värdefulla att beröra inför den fortsatta framställningen.

Generellt är ett av huvudsyftena med användningen av licensavtal, att licensgivaren på ett tillförlitligt och effektivt sätt ska kunna exploatera de immateriella resultat han har åstadkommit genom forskning, utvecklingsarbete, och kreativt eller annat arbete. Istället för att behöva investera stora mängder kapital för att själv kunna omsätta sina idéer eller sin framtagna design till faktiska produkter, kan han erhålla relativt snabb och säker avkastning genom att låta någon annan göra bruk av rättigheterna.²⁸ Samtidigt får licenstagaren möjlighet att förvärva ett försteg i förhållande till konkurrenterna på marknaden, utan att själv ha behövt investera i det ofta omfattande och riskabla forsknings- och utvecklingsarbete som ligger till grund för sådana fördelar.²⁹

För en rättighetsinnehavare som själv avser att exploatera sin idé, utgör dessutom licensiering en möjlighet att upplåta rätten – exempelvis ett patent eller varumärke – för användning utanför innehavarens eget verksamhetsområde, och på så sätt maximera rättighetens värde genom så kallade ”spin-offeffekter”.³⁰ På bland annat detta sätt medför licensieringsverktyget att viktig spridning av teknik och kultur möjliggörs och utnyttjas på samtliga efterfrågade områden, vilket i väsentlig mån ökar den ekonomiska effektiviteten i samhället.³¹ Tilläggas bör slutligen att det inte föreligger några formkrav beträffande licensavtal. Även om de på grund av sin komplexitet oftast ingås skriftligen, kan de alltså teoretiskt sett även

²⁶ Gölstam, 2007, s. 106.

²⁷ Gölstam, 2007, s. 106. Know-how utgör som bekant ingen immateriell rättighet, utan består istället av kunskapsegendom, som skyddas genom den hemlighålls.

²⁸ Sandgren, 1974, s. 80.

²⁹ Sandgren, 1974, s. 81.

³⁰ Gölstam, 2007, s. 118.

³¹ Gölstam, 2007, s. 119-120.

avtalas muntligen eller genom att parterna konkludent handlar som om en licens faktiskt har upplåtits.³²

2.2 Olika typer av licensavtal

Som nämnts finns det en mängd varianter av licensavtal och en grundläggande kategorisering kan göras utifrån dels vilka parter avtalet rör, dels utifrån vilken immateriell egendom avtalet avser.³³ Den mest fundamentala är tveklöst den senare; vilket avtalsobjekt det faktiskt är man avtalar om.³⁴ Även om det ”industriella rättsskyddet” – innefattande samtliga immateriella rättigheter utom upphovsrättigheter – torde vara av störst relevans för uppsatsens problematik, ska upphovsrätterna ändå inte lämnas därhän.³⁵ Det i frågeställningen uppställda exemplet uppkommer måhända mer sällan i relation till exempelvis förlags- eller filmavtal, men de för utredningen väsentliga karaktärsdragen torde ändå vara desamma hos majoriteten licensavtal, oavsett om licensobjektet består i en upphovs- eller annan immaterialrätt.

De olika rättighetsupplåtelseerna kan vidare delas in i flera underkategorier. Exempelvis kan patentlicenserna delas upp i avtal rörande patent som omedelbart kan börja utnyttjas, patent som visserligen existerar men där erfarenhet saknas av praktisk tillverkning, och licenser avseende framtida potentiella patent.³⁶ Vid de senare kan ansökningsprocessen antingen ha påbörjats, eller så avtalar man endast om *potentiella* framtida patent.

På samma sätt finns tydliga skillnader mellan såväl olika mönsterrättslicenser som olika varumärkeslicenser. Endera kan respektive rättighet vara huvudföremålet i ett licensavtal, eller så kan den endast fungera som ett komplement i ett större upplåtelseavtal rörande flera immateriella rättigheter.³⁷ Det faktum att mönsterrättslicenser kan aktualiseras – enligt svensk eller europeisk rätt – beträffande både registrerade och oregistrerade formgivningsrättigheter, där den tolv månader långa nyhetsfristen ännu inte har gått ut vidgar antalet licensvarianter ytterligare.³⁸

Föga förvånande förekommer slutligen även flera olika upphovsrättsliga licenser där alltifrån litterära och musikaliska verk, till filmskapelser, dataprogram och kataloger är vanligt förekommande avtalsobjekt; oavsett

³² Ramberg, 2005, s. 271.

³³ Gölstam, 2007, s. 106.

³⁴ Se Sandgren, 1974, s. 65.

³⁵ Se Bernitz m.fl., 2011, s. 1-2.

³⁶ Gölstam, 2007, s. 107.

³⁷ Gölstam, 2007, s. 108.

³⁸ Se Levin, 2011, s. 359-60, 367.

om de existerar vid avtalets ingående, eller upplåtelsen rör framtida rättigheter.³⁹

2.3 Licensavtalsobjektets omfattning och definition

Som inledningsvis konstaterats, preciserar ett licensavtal vanligtvis innehållet i det immaterialrättsliga objekt som upplåtelsen i fråga avser, på samma sätt som kvalitet och kvantitet ofta närmare anges i ett varuhandelsavtal.⁴⁰ En väsentlig skillnad mellan överlåtelse av lösa saker och överlåtelser av immateriella rättigheter är emellertid att den immateriella rättigheten som sådan – dess skyddsomfång – är betydligt mer svårdefinierat än motsvarigheten för fysiska varor.⁴¹ Medan gränsen för vad ett fysiskt varuexemplar innefattar i princip fastslås redan vid tillverkningen, och är något som förhållandevis enkelt går att uppfatta för inblandade parter, definieras en immateriell rättighet alltså i realiteten inte fullständigt förrän denna ställs på sin spets i en senare domstolsprövning.⁴²

Även om exempelvis ett svenskt patent förprövas av Patent- och registreringsverket i samband med beviljande av en patentansökan, är det inte säkert att alla patentvillkor därmed definitivt är uppfyllda. I en angreppstalan från utomstående, kan därför patentet senare inskränkas i väsentliga delar eller till och med ogiltigförklaras i sin helhet.⁴³ Ofta i samband med att immaterialrättsinnehavaren för en intrångstalan mot någon utomstående, kan på samma sätt övriga industrirätter förklaras ogiltiga eller i vart fall modifieras till sitt omfång. Antingen genom att domstolen förklarar att en viss, av tredje man företagen företeelse omfattas av varumärket eller mönstrets skyddsomfång, eller att den faller utanför detta.⁴⁴

Med detta i beaktande är det lätt att föreställa sig situationer där en divergens föreligger mellan det skyddsomfång licensgivare och licenstagare utgår ifrån vid licensavtalets ingående, och vad som faktiskt visar sig gälla i realiteten. En exklusiv licens till exempelvis en speciell design ger ju endast licenstagaren ensamrätt till ett sådant mönster ”*som inte ger ett annat helhetsintryck på en kunnig användare än det registrerade mönstret*”.⁴⁵ Även om parterna inte sällan i avtalet torde precisera mer exakt vad de menar att designen omfattar, liksom vad licenstagaren har rätt att tillverka

³⁹ Se Rosén, 2006, s. 21 ff., 215 ff.

⁴⁰ Sandgren, 1974, s. 41; Gölstam, s. 112.

⁴¹ Maunsbach, 2011, s. 27.

⁴² Jfr. Bernitz m.fl., 2011, s. 189-190 beträffande ogiltighet och modifiering av patent, s. 291-295 för motsvarande beträffande varumärken, s. 227-231 beträffande mönster.

⁴³ Bernitz m.fl., 2011, s. 189.

⁴⁴ Se Bernitz m.fl., 2011, s. 291-295, s. 227-231.

⁴⁵ Jfr. 5 § 2 st ML.

med stöd av denna, är detta alltså på intet sätt en garanti för att en domstol inte kommer att nå en annan slutsats vid en senare prövning.⁴⁶ Något som potentiellt kan ske relativt lång tid efter det att ersättningsnivåer och andra villkor i avtalet har anpassats till skyddets förväntade omfång.

⁴⁶ Jfr. Sandgren, 1974, s. 41; Domeij, 2010, s. 134 ff.

3 De konkurrensrättsliga ramarna – en introducerande översikt

3.1 Förhållandet mellan konkurrens- och immaterialrätt

Medan både konkurrensrätten och immaterialrätten i ett bredare perspektiv har det gemensamma målet att *”främja konsumenternas välfärd och en effektiv resursfördelning”*, och båda beskrivs som *”nödvändiga för att främja innovation och för att garantera att innovationer utnyttjas på ett konkurrenskraftigt sätt”*, kan ändå en viss inneboende motsättning skönjas mellan dessa båda rättsområden.⁴⁷ De immateriella rättigheterna innebär ju att dess innehavare ges en lagligen sanktionerad monopolliknande ställning på marknaden, där alla andra aktörer utestängs från den specifika rättighetens användningsområde, till synes på tvärs med konkurrensrättens grundidéer.⁴⁸

Även om konkurrensrätten i och för sig inte används för att ifrågasätta de immateriella rättigheterna som sådana, är utövandet av dessa, och följaktligen avtal därom, föremål för påtagliga konkurrensrättsliga begränsningar.⁴⁹ Dels förbjuder EU-fördragets artikel 101 konkurrensbegränsande avtal, dels förbjuds missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102. Båda förbuden med direktverkan såväl vertikalt som horisontellt i Sverige beträffande förfaranden som har en påverkan på samhandeln mellan EU:s medlemsländer.⁵⁰ För avtal som har en rent nationell effekt återfinns motsvarande förbudsbestämmelser i den svenska konkurrenslagens andra kapitel, vilken emellertid ska tolkas i ljuset av EU-domstolens praxis.⁵¹

⁴⁷ Se 2004/C 101/02 (Riktlinjerna), p. 7.

⁴⁸ Bernitz m.fl., 2011, s. 322.

⁴⁹ Jfr. Maunsbach, 2011, s. 44.

⁵⁰ Detta ska tolkas extensivt, och svensk domstolspraxis synes innebära en presumtion för att samhandelskriteriet är uppfyllt om inte starka skäl talar däremot, se Domeij, 2010, s. 53. Därtill ska EU-domstolens praxis tillämpas även vid konkurrenslagens rent internt nationella tillämpning, se prop. 2007/08:135, s. 70.

⁵¹ Prop. 2007/08:135, s. 70.

3.2 Konkurrensbegränsande samarbeten

Artikel 101.1 FEUF förbjuder avtal vars syfte eller resultat är att på ett märkbart sätt förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden. Alltifrån regelrätta karteller till mer subtila samordnade förfaranden som kan verka konkurrenshämmande kan därigenom förklaras direkt ogiltiga, såvida det inte rör sig om mindre parter vars så kallade ”bagatellavtal” inte når upp till märkbarhetskravet.⁵² Till förbudet är emellertid fogat ett undantag i artikel 101.3 FEUF för avtal som *i sin helhet* bedöms ha övervägande positiva effekter på bland annat produktion och tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, och som därtill tillförsäkrar konsumenterna en skälig andel av uppnådda fördelar.⁵³ Visserligen kan licensavtal inkludera såväl marknadsuppdelningar som produktionsinskränkningar och annan konkurrensbegränsande påverkan, men den teknik- och innovationsspridning som de i allmänhet medför gör att många licensavtal ändå anses ge upphov till företrädesvis konkurrensbefrämjande effektivitetsvinster. Därför bedöms de ofta som förenliga med artikel 101 FEUF, även de med bitvis negativt innehåll.⁵⁴ För att förenkla systemet för att avgöra om licenser rörande tekniköverföring⁵⁵ ska tillåtas, har EU-kommissionen därför infört en så kallad gruppundantagsförordning (TeknikF), som generellt undantar licensavtal från förbudet i artikel 101 FEUF, förutsatt att vissa rekvisit är uppfyllda.⁵⁶

Utöver maximikravet för parternas marknadsandelar, anges i TeknikF en rad omständigheter som utesluter ett licensavtal från undantagsområdet.⁵⁷ Avtal mellan konkurrenter ses exempelvis som särskilt riskfyllda, och om licenstagaren bland annat hindras att sätta sina egna priser, begränsas i sin allmänna produktion, utveckling eller forskning, är förordningen inte tillämplig och avtalet i sin helhet ogiltigt enligt artikel 101 FEUF.⁵⁸ Så kallade icke-angrepps-klausuler och exklusiva grant-back-klausuler avseende särskiljbara förbättringar exkluderas vidare ifrån TeknikF och får istället bedömas individuellt i förhållande till artikel 101.3 FEUF.⁵⁹

⁵² I nationell svensk rätt framgår märkbarhetsrekvisitet uttryckligen i 2 kap. 1 § KL. I EUrätten framgår det däremot istället genom praxis, se OJ C 368/07, art. 2, 7. Avtal kan vidare vara antingen kvantitativt som kvalitativt bagatellartade, se Bernitz, m.fl., 2009, s. 121-124.

⁵³ Jfr. art. 101.3 FEUF, respektive 2 kap. 2 § KL.

⁵⁴ Riktlinjerna, p. 9.

⁵⁵ I TeknikF art. 1.1 (b) innefattas utöver patent och know-how även upphovsrätt till programvara, liksom övriga industriella immateriella rättigheter, så länge de inte utgör huvudsyftet med licensavtalet. Notera att en stor del av de licensavtal som inte träffas av TeknikF, ofta faller in under ett liknande gruppundantag som har införts beträffande vertikala avtal, se 330/2010/EG.

⁵⁶ 772/2004/EG (TeknikF).

⁵⁷ TeknikF art. 3.

⁵⁸ Se TeknikF art. 4 som räknar upp särskilt allvarligt konkurrensbegränsningar, vilka gör avtal som de återfinns i ogiltiga i sin helhet. Se även Domeij, 2010, s. 80-81.

⁵⁹ TeknikF art. 5.

I samband med utfärdandet av förordningen tillkännagav EU-kommissionen även riktlinjer för tillämpningen av artikel 101.1 FEUF på avtal rörande tekniköverföring, vilka innehåller ett tämligen omfattande regelverk för hur den konkurrensrättsliga bedömningen bör gå till i fråga om licensavtal.⁶⁰ Riktlinjerna – vilka av Korah beskrivits som ”tämligen hård soft law”⁶¹ – anger även hur förenlighetsbedömningen bör ske för avtal som inte omfattas av TeknikF, på grund av att avtalsparterna exempelvis har för hög omsättning eller för stor marknadsandel. Slutligen räknas avtalets art; parternas, konkurrenternas respektive kundernas marknadsställning; inträdeshinder; och marknadens mognadsgrad upp som betydelsefulla faktorer vid prövningen av om ett licensavtal bör tillåtas, trots att det inte omfattas av TeknikF.⁶²

3.3 Missbruk av dominerande ställning

Vidare sätter förbudet mot missbruk av dominerade ställning i artikel 102 FEUF gränser för hur licensavtalsparter får agera. Kopplingsförbehåll, diskriminerande avtalsvillkor, förfaranden som utestänger konkurrenter, villkor om att begränsa medkontrahentens produktion eller i övrigt oskäligen pris- eller andra affärsvillkor är förbjudna, ogiltiga och kan därtill leda till både straffavgifter och skadestånd.⁶³ Förbudet gäller förvisso endast företag som faktiskt har en *dominerande ställning*⁶⁴, och EU-domstolen har uttalat att innehav av en immateriell rättighet i sig inte är tillräckligt för att konstatera en sådan position.⁶⁵ Beroende på vilken typ av rättighet det är fråga om, och dess förhållande till potentiella substitut på den relevanta (produktmässiga och geografiska) marknaden, är dock förbudet i artikel 102 FEUF något som ständigt bör beaktas i licensavtals-sammanhang.⁶⁶

Konstateras exempelvis licensgivaren ha en dominerande ställning samtidigt som avtalsvillkoren förefaller påtagligt missgynnande mot licenstagaren, torde det finnas möjlighet att redan av konkurrensrättsliga skäl angripa avtalet enligt artikel 102 FEUF.

⁶⁰ 2004/C 101/02 (Riktlinjerna).

⁶¹ Korah, 2006, s. 21. Hänvisad till av Domeij, 2010, s. 70.

⁶² Riktlinjerna, p. 132-140. Jfr. även Domeij, 2010, s. 70 f.

⁶³ Bernitz m.fl., 2011, s. 378. Straffavgifterna utgörs av en så kallad konkurrensskadeavgift enligt KL, respektive en administrativ avgift enligt EU-rätten.

⁶⁴ I United Brands-målet uttalade EU-domstolen att en sådan dominerande ställning kännetecknas av att företaget ifråga tillåts att ”i betydande omfattning agera oberoende i förhållande till sina konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter.” Se mål 27/76 United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Kommissionen, p. 65.

⁶⁵ Se C-24/67 Parke Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm. Domstolen konstaterar att en immateriell rättighet inte är nog för att omfattas av motsvarande bestämmelse till nuvarande artikel 102 FEUF.

⁶⁶ Jfr. Bernitz m.fl., 2011, s. 378 f.

3.4 Konkurrensrättens inverkan på licensavtal

Genom artikel 101 och 102 FEUF respektive andra kapitlet KL sätts alltså ramarna för licensavtalsfriheten i ett konkurrensrättsligt perspektiv. Konkurrensrättens och immaterialrättens gemensamma mål att främja en ekonomiskt effektiv marknad och bidra till teknik- och innovationsspridning går som en röd tråd genom samtliga bedömningar, där konkurrensvinsterna i slutändan får vägas mot de konkurrensförluster som uttrycket för parternas önskade avtalsfrihet förefaller leda till. Gruppundantagen till förbudet i artikel 101.1 FEUF, erbjuder parterna ett utvidgat självstyre på områden där lagstiftaren litar på att den effektiva konkurrensen och följaktligen produktiviteten i ekonomin i regel inte kommer att snedvridas. På mer tveksamma områden däremot, där full tilltro inte kan ges till avtalsparters fria omdöme, byts generaliseringarna mot en mer uppmärksam individuell bedömning där kontrahenterna måste anföra ett försvar på ekonomiska effektivitetsgrunder utifrån artikel 101.3 FEUF för att deras avtalsvillkor ska erkännas av rättsordningen.

Bland detta senare slag av kontroversiella klausuler – som befinner sig i ett osäkert gränsland mellan det ”fria” avtalet och förbudsområdet – återfinns bland annat exklusiva så kallade grant-back-klausuler och icke-angreppsklausuler. Beträffande de förra har EU-kommissionen bedömt att licenstagarens incitament till att vidareutveckla och förbättra den förvärvade immaterialrätten i regel torde försvagas av sådana klausuler, vilket leder till en negativ ekonomisk sluteffekt.⁶⁷ För att godtas efter en individuell bedömning krävs därför antingen att licenstagaren kompenseras genom en relativt hög ersättning, varigenom dennes incitament till innovation skulle upprätthållas. Alternativt fordras att licensgivaren har en tämligen begränsad marknadsmakt,⁶⁸ eftersom konkurrensbegränsningen då inte bedöms bli märkbart större än om klausulen helt uteslutits.

Vad gäller uteslutandet av icke-angreppsklausuler från TeknikF har Kommissionen uttalat att man ”i den fria konkurrensens intresse” vill bidra till att ogrundade immateriella rättigheter ogiltigförklaras, och att licenstagare bedöms ha de bästa förutsättningarna att upptäcka potentiellt ogiltiga rättigheter.⁶⁹ Emellertid har sådana klausuler i undantagsfall, beroende på den juridiska och ekonomiska kontexten, ändå ansetts kunna bedömas konkurrensrättsligt giltiga, förutsatt att licenstagaren inte lider någon konkurrensmässig nackdel därav.⁷⁰ Desto högre värde den immateriella rättigheten emellertid har, desto större är sannolikheten att det föreligger en sådan nackdel. Däremot ställer sig Kommissionen positiv till

⁶⁷ Se Riktlinjerna, p. 110. Jfr. även Domeij, 2010, s. 92 f.

⁶⁸ Riktlinjerna, p. 110.

⁶⁹ Riktlinjerna, p. 112.

⁷⁰ Riktlinjerna, p. 112.

icke-angreppsklausuler rörande know-how, eftersom det ofta är mycket svårt att kräva tillbaka licensierad hemlig know-how när denna väl har röjts.⁷¹ Spridningen av ny teknik anses då gynnad av att en svagare licensgivare kan upplåta informationsrättigheter till en starkare licenstagare utan att riskera att rättigheterna kommer att bestridas när licenstagaren väl har tillägnat sig aktuell kunskap.⁷² På samma sätt som med grant-back-klausuler är det upp till licensgivaren att omvända presumtionen för icke-angreppsklausulernas oförenlighet med de spelregler som artikel 101 och 102 FEUF anger.

Sammanfattningsvis är konkurrensrätten från ett partsautonomt perspektiv tämligen inkräktande. Lagstiftaren har under konkurrensrättens fana ställt sig misstänksam mot licensavtalsparter som överstiger en viss storlek, i synnerhet om de är konkurrenter. Utöver införda gruppundantag som berör ”ofarlig avtalsmark”, bedömer man som det verkar inte avtalsfrihet och ekonomisk effektivitet kunna ligga helt i linje med varandra, och tar därför det säkra före det osäkra och presumerar ofta emot parternas inbördes fria reglering. För en missgynnad avtalspart förefaller således konkurrensrätten kunna erbjuda en genväg till ogiltighet, och när den ekonomiska effektiviteten på marknaden är hotad, kan den potentiellt sättas in för att angripa ett ofördelaktigt licensavtal.

⁷¹ Riktlinjerna, p. 112.

⁷² Riktlinjerna, p. 112.

4 Den traditionella civilrätten – möjliga invändningsgrunder

4.1 Allmänna civilrättsliga utgångspunkter

Huruvida ett avtal stöter på konkurrensrättsliga hinder och dess giltighet hotas av offentligrättslig reglering ska hädanefter få inta en mer passiv roll. I det följande kommer istället fokus att riktas på det avtals- och obligationsrättsliga området och det regelverk som där sätter gränser för avtalsfrihetens omfattning, samt vilka medel som står till buds för att undkomma ett avtals rättsverkningar. Utifrån denna grund ska sedan i nästkommande kapitel vissa slutsatser försöka dras ifråga om licensavtalens område.

Även om avtalsfrihet och avtalsbundenhet är den allmänna utgångspunkten vid civilrättsliga mellanhavanden, är dessa principer långt ifrån oinskränkta, även oaktat konkurrensrätten och annan offentligrättslig lagstiftning. Svensk civilrättsordning godtar inte vilka avtal som helst, och erbjuder därför såväl möjligheter att ogiltigförklara eller modifiera ingångna avtalsvillkor, som frånträdesmöjligheter till följd av brister i uppfyllelsen av avtalsförpliktelse. För en avtalspart som önskar undkomma sina åtaganden enligt ett, i avtalslagens mening, formellt sett korrekt ingånget avtal, har i första hand att återropa avtalsrättens ogiltighetsregler, som i huvudsak återfinns i, eller emanerar från, 3 kap. AvtL.

I sin redogörelse över de avtalsrättsliga ogiltighetsgrunderna, gör Jan och Christina Ramberg en uppdelning efter ogiltighet och jämkning till följd av klandervärt förfarande vid avtalets ingående; misstag; oskäligt avtalsinnehåll; ändrade förhållanden; och pactum turpe, varefter en beskrivning följer av påföljderna vid kontraktsbrott i de fall det ursprungliga avtalet som sådant anses giltigt.⁷³ Tvång, svek, ocker och annat ohederligt förfarande kan tveklöst leda till att ett ingånget avtal förklaras sakna rättsverkningar, och samma sak gäller för avtal som ingåtts i strid mot lag eller goda seder.⁷⁴ Av störst relevans för problematiken i denna uppsats är emellertid snarare de fall då ett avtal visserligen har ingåtts på ett godtagbart *sätt*, men en part ändå önskar ogiltigförklara eller modifiera detta på grund av att avtalsförutsättningarna till följd av ändrade förhållanden visar sig felaktiga; eller när den ena parten vill frånträda avtalet på grund av motpartens kontraktsbrott.

⁷³ Se Ramberg, 2010.

⁷⁴ För exempel på de senare, se RH 1983:8, RH 1988:130.

4.2 Ogiltighet eller modifiering till följd av felaktiga förutsättningar

4.2.1 Allmänt – Oskälighet och felaktiga förutsättningar

När ett avtal ingås kan det vara omöjligt att förutse alla tänkbara konsekvenser därav, och särskilt vid långvariga kontrakt kan ändrade förhållanden medföra att ett villkor får oanade och avsevärt mer betungande verkningar än vad som först förutsatts.⁷⁵ Trots detta är utgångspunkten att avtalets innehåll ändå ska bestå, och varje part anses i regel själv böra stå risken för att omständigheterna ändras i negativ riktning.⁷⁶ Flera undantag finns dock här till, och i synnerhet genom införandet av 36 § AvtL skedde ett genombrott i möjligheterna att ta hänsyn till senare inträffade omständigheter för att bedöma om ett avtal ska bestå i oförändrad form.⁷⁷ Dessförinnan var detta mycket svårt, och det enda som stod till buds för att komma ifrån ingångna avtalsförpliktelser i sådana fall var – utöver ett par särskilda lagregler för specifika avtalstyper⁷⁸ - att åberopa en tillämpning av den så kallade förutsättningsläran.⁷⁹

4.2.2 Ändrade förhållanden till grund för oskälighet enligt 36 § AvtL

36 § AvtL erbjuder sålunda möjligheten att modifiera avtalsvillkor eller åsidosätta ett avtal i sin helhet, om ändrade förhållanden skulle göra att ett villkor däri framstår som oskäligt. Paragrafen är avsedd att omfatta hela förmögenhetsrättens område,⁸⁰ med jämkning som den dominerande rättsföljden, och total ogiltighet endast i mer begränsad omfattning.⁸¹ Hur denna närmare oskälighetsbedömning emellertid bör göras, förtäljer inte lagrummet och rättspraxis ger relativt knapphändig vägledning.

Förutom de svenska domstolsavgöranden som trots allt föreligger, har Rambergs tagit ledning i de internationella kodifikationerna UNIDROIT Principles och PECL, och ställt upp fem rekvisit för att ändrade förhållanden ska konstituera oskälighet enligt 36 § AvtL.⁸² Utöver möjligen

⁷⁵ Jfr. prop. 1975/76:81, s. 29-30.

⁷⁶ Adlercreutz, 2002, s. 296.

⁷⁷ Grönfors, 1995b, s. 26.

⁷⁸ Prop. 1975/76:81, s.53.

⁷⁹ Adlercreutz, 2002, s. 296. Även den så kallade omöjlighetsläran hade viss, om än begränsad, betydelse i äldre svensk rätt men anses tidigt ha spelat ut sin roll, jfr Hellner, 2011, s. 60.

⁸⁰ Prop. 1975/76:81, s. 165.

⁸¹ Se Hellner, 2011, s. 66.

⁸² Ramberg, 2010, s. 185-190. Författarna baserar sitt resonemang på UNIDROIT Principles 6.2.1-6.2.2 och PECL 6:111.

det något omdiskuterade kontrollansvaret – som där det återfinns i svensk lag inte är direkt utformat med avseende på långvariga avtal⁸³ – förefaller rekvisiten förenliga med svensk rättstillämpning och i stort i linje med övrig doktrin.⁸⁴

För det första uppställs det grundläggande villkoret att balansen i avtalet har rubbats på ett väsentligt sätt (1). Ett högt krav ställs här för att avtalets giltighet ska påverkas, något som i doktrin benämnts som att ”offergränsen” ska ha passerats, och att parts prestation till följd av de förändrade förhållandena blivit extraordinärt betungande.⁸⁵ En helhetsavvägning ska göras mellan svårigheterna för den ena parten att fullgöra sina skyldigheter, och medkontrahentens intresse av att avtalet består.⁸⁶ Har exempelvis avtalet i förfluten tid varit till stor fördel för den drabbade parten, talar det dessutom i en allmän rättvisavvägning emot att jämkning bör ske till följd av de ändrade förhållandena.⁸⁷

Vidare ska det inträffade ha varit oförutsebart för den drabbade parten vid tiden för avtalets ingående (2) och denne ska inte ha *bort* räkna med att händelsen skulle komma att inträffa (3). Dotevall menar att det ”*måste åtminstone ha varit så hög sannolikhet [att händelsen skulle ske] att det varit förnuftigt att kalkylera med den då avtalet ingicks*”, för att part ska anses ha *bort* räkna med det inträffade.⁸⁸ I NJA 1983 s. 383 som gällde ersättningen i ett arrendeavtal med en avtalstid på 49 år, ansågs det möjligen förutsebart att inflationen skulle minska värdet av arrendeavgiften under avtalsperioden. Däremot bedömdes parterna inte ha kunnat räkna med att den från början avtalade prisindexklausulen – som var knuten till priset för höstvetete – skulle visa sig olämplig för detta ändamål, varför den jämkades till fördel för den missgynnade markägaren.

Rambergs ställer som sagt även upp ett kontrollansvarsrekvisit i bedömningen och menar att förändringen av förhållandena måste ha legat utanför den drabbade partens kontrollsfär (4). Det förefaller högst rimligt att man för oskälighet inte ska kunna åberopa omständigheter som man utan för stora uppoffringar själv kunnat förebygga.⁸⁹ Att denna princip – vilken återfinns i bland annat köplagen, CISG och UNIDROIT Principles – uttryckligen varken omnämns i förarbetena till 36 § AvtL, i praxis eller med någon större frekvens i övrig doktrin, torde snarast bero på dess underförstådda och relativt självklara karaktär.

⁸³ Jfr. prop. 1990/91:63, s. 45.

⁸⁴ Jfr. exempelvis NJA 1979 s. 731; NJA 1994 s. 359; NJA 1983 s. 385; Jfr även Dotevall, 2002, s. 453 ff.; Norlén, 2004, s. 397 ff.; Runesson, 1996, s. 401 ff.

⁸⁵ Se Dotevall, 2002, s. 454. Jfr. dock Norlén som öppnar för ett något mildare krav, Norlén, 2004, s. 425.

⁸⁶ Dotevall, 2002, s. 454 f.

⁸⁷ Jfr. Prop 1975/76:81 s 54.

⁸⁸ Dotevall, 2002, 453 f.

⁸⁹ Jfr. Ramberg, 2010, s. 187 f.

Slutligen är tillämpningen beroende av att man efter en lämplig riskfördelning kommer fram till att risken för det inträffade rimligen inte bör bäras av den så kallade förutsättningskontrahenten, det vill säga den drabbade part som utgått ifrån att den aktuella händelsen skulle, alternativt inte skulle, inträffa (5).⁹⁰ Utgångspunkten är som konstaterats att varje part själv står risken för att de egna förutsättningarna slår fel, även då motparten har insett dessa.⁹¹ Andra sidan av myntet är ju möjligheten till vinster om förutsättningarna håller. I synnerhet i fall av spekulativ verksamhet får man vara beredd på att utvecklingen likväl som positiv kan bli negativ, och i sådana situationer är det därför sällan aktuellt att stjälpas över risken på medkontrahenten. Men, i vissa undantagsfall där riskens infall inte rimligen bör ha tagits med i en parts riskkalkyl, och det inträffade gör att syftet med avtalet eller avtalsklausulen förfelas, kan det vara motiverat att förutsättningskontrahenten blir befriad från sin oväntade börda, och att jämkning eller till och med ogiltighet tillåts ske. Här torde en avvägning ske i ljuset av de inom avtalsrätten grundläggande principerna om vilja och tillit, lojalitet och vigilans, med särskild hänsyn till behovet av skydd för en svagare part.⁹² Avtalstypen, styrkeförhållandet mellan avtalsparterna, avtalets uppbyggnad och allmänna rättsekonomiska och samhällsliga hänsyn är ytterligare faktorer som bör vägas in i riskbedömningen.⁹³

Om samtliga ovan nämnda rekvisit befinns vara uppfyllda, föreligger således en möjlighet att med stöd av 36 § AvtL ingripa i avtalsförhållandet. Även om total ogiltighet av ett avtal teoretiskt sett är möjlig, anses som konstaterats jämkning av specifika avtalsvillkor generellt vara paragrafens mest närliggande och frekventa rättsföljd.⁹⁴

4.2.3 Ogiltighet med stöd i förutsättningsläran

I samband med införandet av 36 § AvtL, påpekades att förutsättningslärans roll i svensk rätt, på intet sätt var utspelad vid fall av felaktiga förutsättningar, om än tillämpningen därav förväntades bli något mer begränsad i framtiden.⁹⁵ Läran – som utvecklats i litteratur och rättspraxis med visst abstrakt författningsstöd i 33 § AvtL⁹⁶ – innebär i stora drag att om en part har ingått ett avtal under förutsättningar som varit *väsentliga*⁹⁷

⁹⁰ Ramberg, 2010 s. 189 f.

⁹¹ Jfr. tex. NJA 1997 s. 5 och NJA 1999 s. 793.

⁹² Jfr. tex. Ramberg, 2010, s. 29 ff.

⁹³ Ramberg, 2010, s. 190. Se även Skogh som förespråkar att rättsekonomiska hänsyn bör bli avgörande och att den ”bäste försäkringsgivaren” bör få bära risken, se Skogh, 1982, s. 35.

⁹⁴ Se Hellner, 2011, s. 65.

⁹⁵ Prop. 1975/76:81 s. 128.

⁹⁶ Prop. 1975/76:81 s. 13.

⁹⁷ Väsentlighetsbedömningen görs genom ett hypotetiskt prov där man frågar sig om kontrahenten alls skulle ha ingått avtalet på aktuella premisser om han känt till förhållandet ifråga, se Lehrberg, 2009, s. 225.

för honom och detta har varit *synbart* för medkontrahenten, kan rättshandlingen i vissa fall ogiltigförklaras om förutsättningarna senare skulle visa sig *felaktiga*. Antingen på grund av att de från början varit oriktiga, eller de till följd av oförutsedda omständigheter brustit. Det krävs dock vidare att *riskan* för felaktigheten snarare befinnes få bäras av medkontrahenten än av förutsättningskontrahenten själv, vilket ju annars är brukligt.⁹⁸ Den närmare bedömningen av denna riskplacering är visserligen något omdiskuterad i litteraturen, där både parternas subjektiva inställning vid avtalsstillfället, liksom mer objektiva rättviseöverväganden har framförts böra bli avgörande.⁹⁹ Sammantaget har emellertid bedömningen generellt ansetts påverkas av vem av parterna som bäst har kunnat överblicka riskerna med förutsättningen; huruvida någon har lämnat oriktiga uppgifter vid avtalslutet eller i övrigt agerat vårdslöst eller klandervärt i samband därmed eller därefter (*culpa in contrahendo* respektive *culpa in contractu*).¹⁰⁰ Både den aktuella avtalstypen, förutsättningens närmare innehåll, och det faktum att medkontrahenten har varit i ond tro kan vidare spela stor roll vid fördelningen av risken, och möjligheten att tillämpa förutsättningsläran.¹⁰¹

4.2.4 Förhållandet mellan 36 § AvtL och förutsättningsläran – tillämplighet och rättsföljder

Den formellt mest iögonfallande skillnaden mellan tillämpningen av 36 § AvtL och förutsättningsläran, är att den förra inte fokuserar på subjektivt felaktiga förutsättningar som sådana, utan på oskäligheten av ett visst avtalsvillkor.¹⁰² Även om olikheten här kan tyckas vara av något teoretisk karaktär – ett isolerat avtalsvillkor kanske inte förefaller oskäligt, men kan ju lätt bli det i ljuset av en rubbad avtalsbalans i övrigt – där somliga menar att förutsättningsläran har blivit i det närmaste ovidkommande i och med införandet av 36 § AvtL,¹⁰³ förefaller denna skillnad trots allt betydelsefull i modern svensk rättspraxis.

I NJA 1989 s. 614 diskuterade exempelvis Högsta Domstolen tillämpningen av 36 § AvtL respektive förutsättningsläran, på frågan om en part kunde åläggas att teckna en efterlevandepension till sin f.d. hustru som en del i ett tidigare ingånget avtal om underhåll, efter det att de initiala

⁹⁸ Hellner, 2011, s. 61 f.; Adlercreutz, 2002, s. 281.

⁹⁹ Se Lehrberg, 2009, s. 223 ff. Jfr. även Lehrbergs egen riskfördelningsmetod, där ledning istället hämtas ifrån hur konkurrerande intressen i liknande situationer vägs emot varandra i lagstiftning och rättspraxis, och först om något resultat inte kan nås den vägen bör man falla tillbaka på mer objektiva hänsyn, se a.a. 224 f.

¹⁰⁰ Jfr. Hellner, 2011, s. 61 f.

¹⁰¹ Jfr. Adlercreutz, 2002, s. 282 f.

¹⁰² Lehrberg, 2009, s. 245. Se även Munukka, 2007, s. 448.

¹⁰³ Jfr. Ramberg, 2010, s. 198.

avtalsförutsättningarna visat sig oriktiga. HD konstaterade inledningsvis att förutsättningsläran varken kan användas för att modifiera avtalsförpliktelser i skärpande riktning, eller för att utdöma ett skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset, och att man i sådana fall får använda 36 § AvtL. Denna befanns dock inte heller vara tillämplig, eftersom HD fann att det saknades ett mer specifikt avtalsvillkor att bedöma såsom oskäligt.

Vidare utgör rättsföljderna en annan, troligen än viktigare, skiljelinje mellan reglerna. Trots att varken modifiering i förpliktelsemildrande riktning eller skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset direkt uteslöts som rättsföljder enligt förutsättningsläran i fallet ovan, torde denna snarast tillämpas för att nå ogiltighet.¹⁰⁴ I NJA 1996 s. 410 uttalades exempelvis att förutsättningsläran bör ses som ett komplement till framför allt avtalstolkning och 3 kap. AvtL, att använda när ogiltighet yrkas till följd av felaktiga förutsättningar och det saknas relevanta avtalsbestämmelser eller lagregler som reglerar situationen. I sådana lägen förefaller förutsättningsläran dock till och med ges företräde framför 36 § AvtL, och HD har i ett annat rättsfall, NJA 1985 s. 178, konstaterat: ”När det, som i förevarande fall, görs gällande att avtalet som sådant är ogiltigt på grund av felaktiga förutsättningar vid avtalets ingående, ligger det närmast till hands att först pröva om ogiltighet föreligger enligt förutsättningsläran”.

Om det däremot är en justering av avtalsvillkoren som yrkas, eller förutsättningsläran i övrigt inte anses vara tillämplig, står alltså istället generalklausulen i 36 § AvtL till buds.¹⁰⁵ Härigenom kan jämkning av både ett enskilt avtalsvillkor och av avtalsinnehållet i dess helhet ske, i skärpande såväl som mildrande riktning. Och om detta inte skulle ge ett tillfredsställande resultat kan paragrafen i sista hand medföra att avtalsvillkoret eller till och med avtalet i sin helhet, lämnas helt utan avseende.

Sammanfattningsvis kan med Norléns ord sägas, att tillämpningsområdena för 36 § AvtL och förutsättningsläran möts på de bristande förutsättningarnas område.¹⁰⁶ Även om svensk modern doktrin – med undantag främst för Lehrberg – i allmänhet förespråkar en förhållandevis restriktiv och försiktig tillämpning av förutsättningsläran,¹⁰⁷ och en hel del tyngd försvann från dess axlar i och med införandet av 36 § AvtL, har den onekligen fortfarande en inte obetydlig roll att spela. Trots att den ”*närmast till hands liggande möjligheten att komma till rätta med problem föranledda av ändrade förhållanden är att åberopa 36 § AvtL*”,¹⁰⁸ anger både motiven till generalklausulen och aktuell rättspraxis att förutsättningsläran alljämt är

¹⁰⁴ Prop. 1975/76:81 s. 128; Ramberg, 2010, s. 199; Adlercreutz, 2002, s. 297.

¹⁰⁵ Jfr. Norlén, 2004, s. 399.

¹⁰⁶ Norlén, 2004, s. 398.

¹⁰⁷ Se Grönfors & Dotevall, Avtalslagen (2 december 2012, Zeteo), kommentaren till 33 § under 7. Förhållandet till förutsättningsläran.

¹⁰⁸ Adlercreutz, 2002, s. 298.

relevant vid sidan om avtalslagens tredje kapitel; i fall då fullständig ogiltighet yrkas för en rättshandling till följd av felaktiga förutsättningar.

4.3 Oskäligt avtalsinnehåll enligt 36 § AvtL

Utöver senare inträffade förhållanden, utgör avtalsinnehållet, omständigheterna vid avtalets tillkomst och omständigheterna i övrigt grunder för oskälighet enligt 36 § AvtL. Även om paragrafen är ”klausulinriktad”,¹⁰⁹ bygger dess tillämpning på en helhetsbedömning av samtliga omständigheter. Efter att man därvid hittat ett avtalsvillkor vars innehåll förefaller vara i riskzonen för oskälighet, öppnas portarna till 36 §:s verktygslåda, med jämkning av det specifika avtalsvillkoret, justering av andra avtalsbestämmelser, eller åsidosättande av avtalet i sin helhet bland de potentiella följderna om man kommer fram till att oskälighet, med hänsyn till samtliga omständigheter, faktiskt är för handen.

Innehållet i ett avtalsvillkor kan således i sig självt, eller i kombination med något otillbörligt förfarande vid avtalets tillkomst, medföra att klausulen åsidosätts, trots att båda parter förutsättningar aldrig konstateras felaktiga. Någon närmare redogörelse för förhållanden vid avtalets ingående som kan påverka dess giltighet kommer inte att göras här, då dessa framför allt kompletterar 28-33 §§ AvtL, och således faller utanför det direkta problemområdet i denna uppsats. Icke att förglömma är dock att det alltid ska vägas in i bedömningen vad som har skett när avtal träffades.¹¹⁰ Ohederligt förfarande eller bristande lojalitet från den ena parten – i synnerhet om denne är starkare med hänsyn till resurser, erfarenhet och ställning på marknaden – kan i kombination med ett obalanserat avtalsinnehåll och/eller senare inträffade förhållanden fungera som droppen som får ”oskälighetsbägaren” att rinna över.¹¹¹

Beträffande det närmare innehållet, är det svårt att generellt säga vad som är att bedöma som oskäligt, och någon ingående exemplifiering finns inte i förarbetena. Restriktivitet i tillämpningen ska dock råda enligt lagmotiven, och 36 § AvtL har inte ämnats fungera som en allmän rättviseutjämnare mellan avtalsparter; framför allt inte i affärsförhållanden.¹¹² En god affär ska fortfarande få vara en god affär, men om balansen mellan parternas prestationer rubbats på ett extraordinärt sätt, ska jämkning kunna aktualiseras.¹¹³

¹⁰⁹ Adlercreutz, 2002, s. 301.

¹¹⁰ Jfr. 36 § AvtL.

¹¹¹ Jfr. prop 1975/76:81 s 69.

¹¹² Prop. 1975/76:81 s. 119.

¹¹³ Adlercreutz, 2002, s. 304; Grönfors, 1995, s. 246.

I ljuset härav har HD ogärna velat utpeka några specifika avtalsvillkor såsom oskäligen i och för sig, utan ofta låtit även andra faktorer vägas in i beräkningen.¹¹⁴ Vissa riktlinjer kan dock skönjas i praxis, och ledning kan även tas i den grå lista som återges i avtalsvillkorsdirektivet beträffande avtalsvillkor som ofta bedöms vara oskäligen i konsumentförhållanden.¹¹⁵ Synnerligen omfattande friskrivningsklausuler vid kontraktsbrott, ensambestämmanderättsklausuler avseende viktiga avtalsförpliktelser och annars en särskilt kraftig ekvivalensbrist mellan parternas prestationer bedöms i regel som oskäligen om kompensation inte står att finna någon annanstans i avtalet.¹¹⁶ Speciellt gäller detta om den missgynnade parten är betydligt svagare ifråga om erfarenhet och resurser än den andre.¹¹⁷ Omständigheterna vid avtalets tillkomst får därtill, som sagt, inte sällan stor betydelse för tillämpningen av 36 § AvtL, och de i svensk avtalsrätt grundläggande principerna om lojalitet och vigilans vägs ofta mot varandra i bedömningen om oskäligheten av ett avtalsvillkor.¹¹⁸

4.4 Frånträdande med stöd i obligationsrättsliga regler

4.4.1 Hävning i förhållande till ogiltighet

Utöver sin ofta viktiga funktion som påtryckningsmedel i avtalsrelationer, erbjuder hävning en möjlighet för en part att frigöra sig från ett ofördelaktigt avtal till följd av någon felaktighet i motpartens prestation.¹¹⁹

Hävning av ett avtal påminner i praktiken mycket om ogiltighet, i det att prestationsförpliktelserna i båda fallen stoppas, och som huvudregel ska återgå i den mån de redan har utförts.¹²⁰ En, åtminstone teoretiskt, viktig skillnad föreligger dock mellan dessa två. Medan ogiltighet medför att en rättshandling bedöms som redan från början ha varit behäftad med ett sådant fel att den inte kan göras gällande till sitt innehåll, innebär hävning en *påföljd* i en från början felfri avtalsrelation på grund av ett kontraktsbrott eller liknande från motpartens sida.¹²¹ Inte sällan står visserligen både hävning och ogiltighet till buds för en part som vill åstadkomma nämnda effekt, men teoretiskt sett vilar respektive företeelse på olika pelare, där

¹¹⁴ Se till exempel NJA 1997 s. 524, NJA 1989 s. 346.

¹¹⁵ 93/13/EG (Avtalsvillkorsdirektivet).

¹¹⁶ Se Adlercreutz, 2002, s. 301; Ramberg, 2010, s. 179-181. Jfr även tex. NJA 1979 s. 666, NJA 1983 s. 332 och NJA 1982 s. 230.

¹¹⁷ Jfr 36 § AvtL, 2 men.

¹¹⁸ Jfr Munukka, 2007, s. 448.

¹¹⁹ Hellner, 2011, s. 184.

¹²⁰ Hellner, 2011, s. 181 f.; Adlercreutz 1, s. 229.

¹²¹ Jfr. Bengtsson, 1967, s. 1, 4 f.

hävning alltså till skillnad från ogiltighet utgör en konsekvens av bristande prestationer.

Vissa skillnader kan vidare skönjas mellan hävning av momentana respektive mer varaktiga avtal, där de senare är något mer komplicerade och påverkas av om fullgörelse har inletts, och hur stor del av prestationerna som i sådana fall har utförts.¹²² Eftersom det ofta bedöms som svårt att återbära vad som presterats under långvariga avtal – inkluderande alltifrån distributörsavtal till kommissionsavtal, och inte minst licensavtal – tillåts som utgångspunkt endast hävning av dessa med verkan för framtiden.¹²³ Kommande förpliktelser faller således bort, och beträffande brister under den avtalstid som redan passerat har en drabbad part att istället för hävning kräva prisavdrag och eventuellt även skadestånd.¹²⁴

4.4.2 Rekvisit för hävning – Väsentlighet och synbarhet¹²⁵

I svensk rätt saknas en generell övergripande kontraktsbrottslära, och lika lite som övriga felansvarsregler återfinns i AvtL, anges inga bestämmelser om förutsättningarna för hävning däri.¹²⁶ Istället regleras hävning i en mängd olika särbestämmelser,¹²⁷ varigenom dess grundläggande rekvisit om att kontraktsbrottet ska vara *väsentligt* sedan relativt långt tillbaka är att betrakta som en allmän avtalsrättslig princip inom svensk rätt.¹²⁸ Ofta krävs dessutom att väsentligheten har varit *synbar* för den kontraktsbrytande parten för att hävning ska få ske, men då detta krav inte är fullständigt konsekvent på alla områden,¹²⁹ är det osäkert huruvida tillämpning av synbarhetskravet ska ses som en grundläggande princip att tillämpa även ifråga om icke-lagreglerade avtalstyper.¹³⁰

I art. 25 i den internationella köplagen (CISG) anges att ett avtalsbrott är väsentligt först om *”it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.”* Väsentligheten ska där alltså bedömas utifrån den drabbade partens

¹²² Hellner, 2011, s. 190.

¹²³ Hellner, 2011, s. 190 ff.; Bengtsson, 1967, s. 5.

¹²⁴ Ramberg, 2010, s. 227.

¹²⁵ Kraven på reklamation och hävningsförklaring är inte aktuella för utredningen i denna uppsats, och kommer därför att lämnas därhän.

¹²⁶ Jfr. Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 691.

¹²⁷ Se tex. 39 § KöpL, 4:12 JB, 13 § KöpL, 21 § KtjL, 11 § SjöL, 35 § KomL, 26 § HagL, art. 25 CISG.

¹²⁸ Bengtsson, 1967, s. 104; Jfr även tex. 39 § KöpL, art. 25 CISG, art 7.3.1 UNIDROIT Principles.

¹²⁹ Jfr tex. 29 § 1 st 1 men. KtjL och 4 kap 12 § JB.

¹³⁰ Ramberg, 2010, s. 228; Se även Hellner, 2011, s. 188.

perspektiv; vad denne hade rätt att förvänta under kontraktet. Med tanke på synbarhetsrekvisitet blir det emellertid ofta avgörande vad avtalsparter i samma position objektivt torde finna väsentligt,¹³¹ en bedömning som även förespråkas i förarbetena till motsvarande hävningsbestämmelse i köplagen.¹³² Christina Ramberg, som bekant gärna tar ledning i de internationella kodifikationerna när närmare svensk reglering saknas, räknar bland annat upp följande faktorer som betydelsefulla för om ett fel eller dröjsmål är väsentligt. Att den drabbade parten kan kompenseras genom andra påföljder – avhjälpande, omleverans eller prisavdrag – eller den kontraktsbrytande parten skulle drabbas orimligt hårt av en hävning, talar emot att väsentlighetskravet skulle vara uppfyllt. Att det däremot rör sig om brott mot en central avtalsförpliktelse, den drabbade parten på ett eller annat sätt har klargjort för motparten vikten av att prestationen utförs korrekt, eller att den kontraktsbrytande parten agerat klandervärdt – med uppsåt eller culpa – och således den drabbades förtroende för motparten har undergrävts, talar alla för att ett väsentligt kontraktsbrott är för handen.¹³³

I något äldre litteratur har vidare Bengtsson diskuterat möjligheten att i hävningsssammanhang tillämpa en liknande väsentlighetsbedömning som den som sker enligt förutsättningsläran.¹³⁴ Ett sådant hypotetiskt prov – där man försöker avgöra om den drabbade parten alls hade ingått avtalet på aktuella premisser om han känt till kontraktsbrottet – menar Bengtsson torde vara förenligt med svensk obligationsrätt, och återfinns troligen bakom en rad mer vaga väsentlighetsformuleringar i rättsfall rörande hävning.¹³⁵ Taxell har därtill gjort gällande att man vid väsentlighetsprövningen bör göra en intresseavvägning mellan de båda parternas intresse av att avtalet består efter kontraktsbrottet.¹³⁶ Denna avvägning – som till skillnad från Bengtssons hänvisning till förutsättningsläran snarare påminner om den nu gällande bedömningen enligt 36 § AvtL – skulle höja väsentlighetskravet om en hävning bedöms drabba den kontraktsbrytande parten oproportionerligt hårt, men likväl torde ett sänkt krav gälla om kontraktsbrytaren stod tämligen opåverkad medan den förfördelade parten led stor skada av att stå fast vid avtalet.¹³⁷

En linjär och definitiv precisering av vad som utgör ett väsentligt avtalsbrott har emellertid varken ansetts möjligt eller fruktsamt att försöka sig på.¹³⁸ I somliga fall – på grund av hävningens karaktär av synnerligen ingripande påföljd – har exempelvis inte ens brott mot centrala och väsentliga

¹³¹ Hellner, 2011, s. 187.

¹³² NU 1984:5, s. 278.

¹³³ Ramberg, SvJT 2011, s. 54. Se även Ramberg, 2010, s. 228 f.

¹³⁴ Bengtsson, 1967, s. 110 ff.

¹³⁵ Bengtsson, 1967, s. 130 ff.

¹³⁶ Taxell, 1966, s. 501 ff.

¹³⁷ Taxell, 1966, s. 501 ff. Taxells diskussion kommenteras även av Bengtsson, se Bengtsson, 1967, s. 109 f.

¹³⁸ Se Hellner, 2011, s. 186.

förpliktelser bedömts nå upp till kravet för hävning,¹³⁹ och i slutändan blir bedömningen onekligen avhängig de specifika omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁴⁰

¹³⁹ Se NJA 1999 s. 71; Se även Munukkas kommentar härtill i Munukka, 2008, s. 146.

¹⁴⁰ Se Munukka, Jori, Karnov Internet, Köplag (1990:931), 39 §, not 154, den 19 december 2012.

5 Det immaterialrättsliga området – möjligheter att frånträda licensavtalsförpliktelser

5.1 Allmänt

Efter redogörelsen ovan, har så utredningen kommit till uppsatsens existensberättigande; vad som gäller beträffande immaterialrättsliga upplåtelseavtal. I det följande görs ett försök att analysera hur den allmänna avtals- och obligationsrätten förhåller sig till immateriella upplåtelser; i vad mån reglerna som återfinns där i stort kan appliceras även ifråga om licensavtal, och hur den närmare tillämpningen i sådana fall bör gå till.

Som inledningsvis konstaterats, saknas på det immaterialrättsliga området i stort sett specifika lagar som reglerar parternas avtalsbundenhet, inklusive regler för ogiltighet och modifiering av avtal. Genom att tvister härom dessutom ofta hanteras genom skiljeförfaranden, är domstolspraxis vidare begränsad. Den genomgående synen i litteraturen synes mot denna bakgrund vara att man, åtminstone som utgångspunkt, istället har att ta avstamp i allmänna avtalsrättsliga regler när man har att bedöma tvister rörande licensavtal.¹⁴¹ Även om det har påståtts att den speciella lagreglerade kontraktsrätten mer och mer hamnar i bakgrunden till fördel för en bredare tillämpning av allmänna avtals- och obligationsrättsliga regler för samtliga avtalstyper,¹⁴² är detta synsätt inte helt oproblemiskt. Sådana generella regler är normalt utvecklade med ett särskilt fokus på mer sedvanliga varuhandelsavtal, och att försöka dra slutsatser utifrån ett regelkomplex som handlar om försäljning av ”Griseknoen” – för att använda Christina Rambergs lätt raljerande uttryckssätt – när en klient vill veta vad som gäller beträffande ogiltighet eller uppsägning av avancerade licensavtal, kan ofta visa sig svårt.¹⁴³

För att utröna hur tillämpningen ska ske är det först nyttigt att reflektera över vad som egentligen särskiljer immaterialrättsliga upplåtelseavtal från bland annat avtal om handel med fysiska varor, och på vilket sätt dessa skillnader kan tänkas inverka på de allmänna reglerna. Nedan kommer först att redogöras för 36 § AvtL och förutsättningslärans tillämpning ifråga om licensavtal, med diskussion kring relevant rättspraxis och doktrin. Därefter följer ett försök till klargörande av felansvarssituationen, och vilka bestämmelser som reglerar hävning av licensavtal, liksom vad det allmänna väsentlighetskravet egentligen bör bestå i beträffande dessa avtalsrelationer.

¹⁴¹ Jfr. Levin, 2011, s. 502; Ramberg, 2010, s. 21-22.

¹⁴² Ramberg, 2010, s. 22.

¹⁴³ Ramberg, 2011, s. 32.

5.2 36 § AvtL och förutsättningslärans tillämplighet på licensavtalens område

5.2.1 Ingripanden med stöd i 36 § AvtL

I förarbetena till 36 § AvtL framhålls att generalklausulen är avsedd att vara tillämplig inom hela förmögenhetsrätten, på alla typer av förmögenhetsrättsliga avtal, och att den på så vis inte ska skilja sig från övriga delar av 3 kap. AvtL.¹⁴⁴ Att paragrafen skulle vara tillämplig även på immaterialrättsliga upplåtelseavtal i stort råder det således knappast något tvivel om. Däremot förefaller det något mer osäkert hur dess öppna lydelse närmare bör appliceras på de relativt särpräglade licensavtalen. I litteraturen har på sina håll hävdats att avtal rörande immateriella överlåtelser är så speciella att de närmast är att se som avtal *sui generis*,¹⁴⁵ en helt egen avtalstyp, något som i sådana fall rimligtvis borde få konsekvenser även för generalklausulens tillämpning inom detta område.

Som tidigare berörts skiljer framför allt två egenskaper licensavtal från sedvanliga avtal om sådana relativt utbytbara varor som lagstiftaren främst haft för ögonen när svensk avtals- och obligationsrätt utformats; dels licensavtalens i regel långa varaktighet, dels den osäkerhet som föreligger kring avtalsobjektets omfattning (och giltighet).¹⁴⁶

För det första har i litteraturen hävdats att den i oskälighetsbedömningen enligt 36 § AvtL så viktiga lojalitetsplikten, förstärks i långvariga avtalsförhållanden.¹⁴⁷ Parternas intressen är då ofta inte motstridiga på samma sätt som vid momentana avtal, utan de har inte sällan ett mer ömsesidigt ändamål att bidra till en samfällt lönsam avtalsutveckling.¹⁴⁸ I synnerhet i relationer av licensavtalskaraktär torde detta vara framträdande; licensgivarens intäkter är ju ofta på ett eller annat sätt knutna till hur väl det går för licenstagaren, om inte omedelbart så åtminstone indirekt. Den förstärkta plikten att ta hänsyn till motpartens intressen – vars utvidgade lojalitet inte är helt olik den i ett bolagsavtal – torde i sin tur föreskriva ett betydligt lägre krav av ekvivalensbrist för att jämkning ska aktualiseras, eftersom det snabbare vore att anse som oskäligt att den ena samarbetsparten gör stora vinster medan den andra drabbas av betydande förluster.¹⁴⁹ Redan på tolkningsstadiet vore det enligt detta resonemang inte alltför avlägset att, då uttrycklig reglering saknas, potentiellt fylla ut avtalet med en underförstådd bestämmelse om omförhandling eller modifiering av

¹⁴⁴ Prop. 1975/76:81 s. 135 f.

¹⁴⁵ Jfr. Domeij, 2010, s. 17 f.

¹⁴⁶ Se kapitel 2.

¹⁴⁷ Jfr. Grönfors, 1997, s. 11 f.; Lindskog, 2001, s. 80; Dotevall, 2002, s. 454 f. Jfr. även Munukka, 2007, s. 461 ff. för en allmän analys över lojalitetspliktens ökade betydelse i svensk avtalsrätt.

¹⁴⁸ Dotevall, 2002, s. 445.

¹⁴⁹ Dotevall, 2002, s. 445 f.

avtalsvillkoren vid ändrade förhållanden, i ljuset av 36 § AvtL.¹⁵⁰

Vidare beträffande avtalsobjektets karaktär, skulle oklarheterna kring dess definitiva innehåll ytterligare kunna påverka bedömningen. Vad det egentligen är man avtalar om är ju som bekant i viss mån oklart fram till att en domstol definitivt prövat frågan, och det förefaller inte helt avlägset att till och med påstå att en part beträffande rättigheter som ännu inte utmanats av tredje man, endast licensierar en *presumption* för den immateriella ensamrätten, snarare än en *definitiv* sådan ensamrätt.¹⁵¹

Särskilt vid långvariga avtal kan alltså ändrade förhållanden medföra att ett villkor får verkningar på ett sätt som parterna inte hade kunnat räkna med när avtalet ingicks, och en tillämpning av 36 § AvtL kan då vara på sin plats.¹⁵² Speciellt påtaglig torde kombinationen bli av såväl ett varaktigt avtal, som ett i sig självt svårbestämt avtalsobjekt, varigenom en något aktivare tillämpning av generalklausulen än vanligt skulle vara påkallad, med ett mindre strängt krav på såväl ekvivalensbrist som riskansvar för de egna förutsättningarna.

Å andra sidan kan hävdas att framför allt det osäkra avtalsobjektet borde göra parterna särskilt uppmärksamma på riskerna för ändrade förhållanden, och medföra ett ansvar att kalkylera för dessa vid avtalets ingående. Enligt detta resonemang skulle en senare missgynnad part kunna anses ha *bort räkna med* att avtalsobjektet kunde komma att förändras till hans nackdel, varför ett ingripande med stöd av 36 § AvtL faller enligt tredje rekvisitet i den tidigare beskrivna formeln (se avsnitt 4.2.2). Svensk rättspraxis på detta område är väldigt sparsam, och det finns utöver ovan refererade fall rörande arrende, mycket knapp ledning att hämta ifrån HD:s arkiv.

Emellertid är ett avgörande från hovrätten för västra Sverige värt att nämna i sammanhanget.¹⁵³ Fallet rörde skäligheten av en ersättningsbestämmelse i ett mellan en kommun och ett bolag träffat renhållningsavtal som löpte över fem år. Renhållningsbolagets ersättning skulle bestå i att tillgodogöra sig en viss del av uppburna renhållningsavgifter, men till följd av oväntade prisökningar gjorde bolaget stora förluster, varför ersättningsklausulen bedömdes som oskälig och jämkades. Parterna hade visserligen genom att ta in en indexklausul knuten till konsumentprisindex i avtalet, räknat med att kostnadsökningar kunde komma att ske. Dock visade de därmed åtminstone ett försök att kalkylera för prisökningarna, och även om valet av klausul ansågs som ett affärsmässigt misstag från bolagets sida (som det normalt fått

¹⁵⁰ Lehrberg argumenterar för en användning av förutsättningsläran på detta sätt, se Lehrberg, 2009, s. 242 ff. Med hänsyn till den tidigare i uppsatsen beskrivna motviljan mot avtalsjustering med stöd av förutsättningsläran, framstår 36 § AvtL ligga närmare till hands här, även om det så här långt endast handlar om utfyllning i ljuset av dispositiv rätt.

¹⁵¹ Jfr. Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 695 f.

¹⁵² Prop. 1975/76:81 s. 29.

¹⁵³ RH 1980:14.

stå för själv), fann domstolen att det var ”oskäligt att bolaget ensamt [skulle] bära bördan av den oförutsett stora kostnadsökning som blivit en följd av förhållanden varöver parterna inte kunnat råda”.¹⁵⁴

I avsaknad av vidare relevant svensk praxis, tjänar en blick på en i Norge avkunnad skiljedom mellan British Petroleum (BP) och Statoil som exempel på tillämpningen av 36 § AvtL i händelse av felaktiga förutsättningar.¹⁵⁵ Parterna hade där avtalat om att Statoil skulle bygga pipelines och transportera olja från BP:s oljefält under dess hela ekonomiska livslängd, i utbyte mot dels en fast kontinuerlig avgift, dels en rörlig löpande avgift för varje transporterat fat olja. Den totala storleken på oljefyndigheten visade sig dock senare mer än dubbelt så stor som parterna räknat med vid avtalets ingående, vilket gjorde att Statoil kunde tillgodogöra sig en betydligt större del av vinsten än avtalets initiala fördelningsmodell medgav. Skiljenämnden valde dock att inte bifalla BP:s yrkande om jämkning av avgiften, med hänvisning till att den oväntade obalansen inte inneburit att BP drabbats av några förluster. Tvärtom hade BP också gynnats av de ändrade förhållandena, om än i avsevärt mindre grad. I ett sådant läge ansågs det inte motiverat att låta 36 § avtalsloven (motsvarande 36 § AvtL) inkräkta på parternas tidigare framförhandlade riskfördelning.

Även om nämnda fall varken direkt rör licensavtal eller härrör från Sveriges Högsta Domstol, synes ändå lärdomar kunna dras av däri förda resonemang. Det norska avgörandet sträckte sig både över lång tid och innefattade ett avtalsföremål vars omfattning framstod som relativt svårbestämbar vid avtalets ingående. I linje med rekvisitet att avtalsbalansen ska ha rubbats i sådan väsentlig grad att ”offersgränsen” har passerats,¹⁵⁶ förefaller det avlägset att angripa den initiala överenskommelsen om de förändrade förhållandena endast leder till en oproportionerligt mycket godare utveckling för den ena parten, utan att den andre lider några större förluster. Visar det sig exempelvis efter en domstolsprövning att en upplåten immateriell rättighet är påtagligt *mer* omfattande och därmed har ett högre realvärde än vad licensgivaren trott när royaltyn förhandlades fram, varigenom denne således gjort en tämligen dålig affär, torde avtalsvillkoren icke desto mindre få ligga fast. Men för det fall att den licensierade rättigheten skulle visa sig ha ett avsevärt mindre skyddsomfång och väsentligt lägre realvärde än parterna räknat med vid avtalets ingående, förefaller ett ingrepp i avtalet enligt hovrättens resonemang i RH 1980:14 onekligen kunna vara påkallat, i synnerhet om de då relativt höga royaltyavgifterna innebär att licenstagaren gör inte obetydliga förluster. Om vidare den immateriella rättigheten till och med skulle visa sig ogiltig, synes

¹⁵⁴ RH 1980:14.

¹⁵⁵ Se NDS 1990 s. 204. Avgörandet är tämligen flitigt omnämnt i litteraturen, av allt att döma på grund av den brist på konventionella domstolsavgöranden som föreligger i Skandinavien i stort på detta område. Se exempelvis Ramberg, 2002, s. 189, Dotevall, 2002, s. 455 f.

¹⁵⁶ Jfr Dotevall, 2002, s. 455 f.

än mer tala för en tillämpning av 36 § AvtL; då om någonsin bör ju grundvalarna för avtalet anses omkullkastade.¹⁵⁷

Den omständigheten att en missgynnad part skulle vara resursmässigt svagare än motparten, torde dessutom placera 36 § AvtL ännu något närmare till hands. Även om båda parter i hovrättsfallet ovan var att jämställa med näringsidkare, och renhållningsbolaget konstaterades inte vara så underlägset att det saknade möjlighet att effektivt påverka den omstridda avtalsklausulen, ansågs ändå bolagets relativa resurssvaghet och beroende av kontraktet med kommunen som betydelsefulla omständigheter i oskälighetsbedömningen.¹⁵⁸

På samma sätt kan i många licensavtal balansen mellan parternas styrka skilja sig avsevärt. I vertikala avtalsrelationer upplåter ofta stora och mäktiga licensgivare rättigheter till flera (större eller mindre) licenstagare runt om i världen, istället för att själva exploatera de aktuella immateriella rättigheterna direkt.¹⁵⁹ I andra fall är det stora producenter som genom omfattande upplåtelser från i regel mindre licensgivare, licensierar immateriella utvecklingsprodukter för tillverkning.¹⁶⁰ I 36 § andra stycket AvtL anges specifikt att hänsyn i bedömningen ska tas till behovet av skydd för svagare parter, något som bör få betydelse även om den svagare är en kommersiell aktör.¹⁶¹ I motiven till kommissionslagen – som till stora delar anses spegla allmänna avtalsrättsliga principer¹⁶² – anges att det vid varaktiga avtal finns ett särskilt behov att skydda en underlägsen part, vilken under lång tid binder sig i förhållande till motparten och planerar sin rörelse utifrån avtalet dem emellan.¹⁶³

Även Domeij berör generalklausulens utökade tillämpningsmöjligheter i förhållande till underlägsna parter. Han pekar visserligen på att jämkning eller åsidosättande förefaller ovanligt på patentlicensområdet eftersom det då ofta rör sig om relativt stora kommersiella aktörer. Istället menar han, bör 36 § AvtL ligga betydligt närmare till hands ifråga om upphovsrättsliga licenser, där ena parten inte sällan utgörs av en enskild författare eller musiker som är i större skyddsbehov. I fall då en patentlicens emellertid skulle ha slutits mellan en avsevärt starkare aktör och till exempel en enskild uppfinnare, torde det finnas stort argumentationsutrymme kring 36 § AvtL.¹⁶⁴

Genom den Robin Hood-karaktär som uttryckligen givits generalklausulen – att ta från den starkare och ge till den svagare, bland annat i händelse av

¹⁵⁷ Jfr. Levin, 2011, s. 516 f.

¹⁵⁸ RH 1980:14.

¹⁵⁹ Ett exempel härpå är datorprocessorföretaget Intel Corp., se Gölstam, 2007, s. 109.

¹⁶⁰ Ericsson är ett exempel på detta, se Gölstam, 2007, s. 109.

¹⁶¹ Jfr. prop. 2008/09:88, s. 33.

¹⁶² Se Ramberg, 2011, s. 32.

¹⁶³ Se prop. 2008/09:88, s.2.

¹⁶⁴ Domeij, 2010, s. 376 ff.

ändrade förhållanden – synes möjligheterna att jämka eller ogiltigförklara ett licensavtal till följd av förändringar i avtalsobjektet följaktligen långt ifrån försumbara. Särskilt med hänsyn till de implikationer som långvariga licensavtal kan medföra för en mindre avtalsparts ställning och faktiska överlevnad, borde paragrafen alltid finnas i åtanke hos eftertänksamma licensavtalsparter.

5.2.2 Avtalsingripanden med stöd i förutsättningsläran

Som konstaterats ovan, är en modifiering av gällande villkor den huvudsakligen avsedda rättsföljden vid tillämpning av 36 § AvtL, snarare än ett åsidosättande av avtalet i sin helhet. För de fall omfattningen av en upplåten immateriell rättighet senare visar sig vara väsentligen inskränkt, men det ändå kvarstår ett skyddsomfång som inte gör licensen helt onyttig för licenstagaren, förefaller jämkning med stöd av generalklausulen ligga närmast till hands för en förfördelad part. Men, om det istället visar sig att rättigheten antingen är ogiltig och inte ger licenstagaren någon ensamrätt till avtalsobjektet överhuvudtaget, eller till och med i giltigt tillstånd visar sig tillkomma någon annan och helt förhindrar licenstagaren från att utnyttja densamma, torde licenstagarens främsta intresse vara att helt komma ifrån upplåtelseavtalet, då detta fullständigt skulle sakna värde för honom.

I ett sådant läge skulle det i enlighet med HD:s resonemang i NJA 1985 s. 178 kunna vara aktuellt att i första hand försöka tillämpa förutsättningsläran för att helt åsidosätta avtalet. Licensavtalsobjektets ibland svårbestämda karaktär i kombination med en avsaknad av avtalsbestämmelser som reglerar framtida förändringar i rättigheten skulle kunna tala för en tillämpning av förutsättningsläran som en utfyllande rättsregel liknande det sätt som Lehrberg argumenterat för.¹⁶⁵ Avtalet skulle då kunna fyllas ut med en underförstådd bestämmelse om rätt till frånträde i händelse av exempelvis särskilt kraftiga inskränkningar i den upplåtna rättigheten.

Visserligen kan det hävdas att en sådan syn på förutsättningsläran vore alltför långtgående ifråga om att skriva avtalsparter på näsan. Att det vore att inte respektera det faktum att en överenskommelse inte lämnar något utrymme för att frånta den ena partens goda affär till följd av ändrade omständigheter. Alla känner ju till att förhållanden kan ändras, och har inte täckning gjorts för det i avtalet, skulle utgångspunkten kunna vara att avtalet ska stå fast. Även Lehrberg förespråkar dock en förhållandevis restriktiv tillämpning, och lärans väsentlighetsrekvisit kvarstår ju onekligen. Med hänsyn till att den ”rena” avtalsautonomin i stort inskränks på fler och fler områden,¹⁶⁶ framstår Lehrbergs ståndpunkt möjligen inte helt oförnuftig,

¹⁶⁵ Lehrberg, 2009, s. 221 f. Se även avsnitt 5.2.1 ovan och not 147.

¹⁶⁶ Jfr Schovsbo, s. 14 f.

utan skulle snarare kunna ses som ett uttryck för den utökade lojalitetsplikten i licensavtalssammanhang. Följaktligen skulle man kunna utgå ifrån att betydande felaktigheter i en parts förutsättningar *kan* tillåta denne att frånträda avtalet, om ingenting har avtalats som talar däremot.

Emot förutsättningslärans lämplighet i dessa fall, står samtidigt problematiken med den subjektivitet utefter vilken de felaktiga förutsättningarna ska bedömas. Framför allt om bedömningen sker relativt långt efter det att avtalet ingåtts, såsom torde vara fallet med flertalet varaktiga licensavtal, kan det ofta vara svårt att avgöra vilka exakta förutsättningar som parterna faktiskt har utgått ifrån. Dotevall påpekar exempelvis att det i sådana lägen kan framstå som mer förutsebart att låta 36 § AvtL få förtur, med dess mer objektiva ekvivalens- och riskbedömning.¹⁶⁷

Endast det faktum att licensavtal i regel sträcker sig över en längre tid torde dock inte medföra att förutsättningsläran helt kan ignoreras som angreppsinstrument. För även om det säkert är svårt att mer exakt bevisa vad man förutsatte att en viss licensierad rättighet skulle bestå i när avtalet ingicks, liksom motpartens insikter därom, borde de tämligen självklara antagandena att (1) någon form av rättighet faktiskt existerar (oavsett omfattning), och (2) att någon annans rätt inte hindrar det egna utnyttjandet,¹⁶⁸ utan större problem kunna fastslås. I linje med intresset av en enhetlig systematik för de civilrättsliga ogiltighetsreglerna,¹⁶⁹ bör därför rimligen förutsättningsläran åtminstone finnas med som en joker av flera potentiellt spelbara kort för en missnöjd avtalspart att ta till. Om rättigheten *de facto* existerar i någon utsträckning och inte tillkommer annan, kan det möjligen vara svårt att på ett tillförlitligt sätt fylla dess rekvisit om avtalsslutet ligger långt tillbaka i tiden. Men om en part å andra sidan har goda bevis för vad som förutsattes vid avtalets ingående, och riskfördelningen talar till dennes fördel (se avsnitt 4.2.3), borde en ogiltighetsförklaring med stöd i förutsättningsläran inte alls framstå som speciellt häpnadsväckande.¹⁷⁰

Såväl Rambergs hårdföra kritik, som Lehrbergs ivriga förespråkande, kan rimligen ifrågasättas när det gäller förutsättningslärans tillämpning på licensavtalens område.¹⁷¹ I väntan på närmare praxis förblir dock lärans mer exakta relevans höljd i dunkel. Ett dunkel som dock erbjuder ett stort argumentationsutrymme kring påvisbara förutsättningar som visar sig felaktiga.

¹⁶⁷ Dotevall, 2002, s. 449 f.

¹⁶⁸ Jfr. 41 § KöpL avseende rättsliga fel. Det framgår indirekt av paragrafen att köparen alltid har en befogad förväntan att köpeobjektet är fritt från tredjemansanspråk.

¹⁶⁹ Jfr. Bengtsson, 1991, s. 30 ff.

¹⁷⁰ Jfr. NJA 1985 s. 178.

¹⁷¹ Lehrberg, 2009, s. 221 f.

5.3 Licensavtalsrättsliga fel som grund för hävning

5.3.1 Övergripande bedömningsgrund

Fel i immateriella upplåtelseavtal kan inledningsvis delas upp i två kategorier. Dels potentiella fel till följd av att en licens inte tekniskt eller ekonomiskt motsvarar vad en licenstagare förväntat sig, dels eventuella inskränkningar i licenstagarens möjlighet att utnyttja licensen så som avtalats på grund av att rättigheten inte består i sin förväntade form eller begränsas av tredje mans rätt. Då de förra i allmänhet inte anses kunna utgöra grund för hävning utan att uttryckliga utfästelser eller andra garantiåtaganden gjorts från licensgivarens sida, ska de lämnas åt sidan i det följande.¹⁷² I centrum för utredningen står däremot de så kallade immaterialrättsliga felen, det vill säga brister i en upplåten rättighet som sådan, dess skyddsomfång och licenstagarens ensamrätt därtill.

De immaterialrättsliga felen delas av Levin i sin tur upp i huvudsakligen tre potentiella felsituationer, i det följande angivna i stigande allvarlighetsgrad.¹⁷³ För det första kan det efter avtalsslutet visa sig att någon annan än den exklusive licenstagaren har *viss* tillgång till den immateriella rättigheten – genom till exempel för användarrätt till ett patent eller en annan licens – så att licenstagarens förväntade monopolsituation uteblir. Därutöver kan den upplåtna rättigheten förklaras helt eller delvis ogiltig, varpå vem som helst har rätt att utnyttja den. Slutligen kan det även visa sig att rättigheten, eller en del av den, exklusivt tillkommer tredje man och att avtalsobjektet därför inte alls får utnyttjas av ”licenstagaren”.

I lägen då tredje mans rätt inkräktar på den licensierade rättigheten, är det formellt fråga om ett *rättsligt* fel i den upplåtna immaterialrätten, till skillnad från fel i själva avtalsobjektet som föreligger i övriga situationer – närmast att likställa med *faktiska* fel i fysiska varor.¹⁷⁴ Visserligen kan denna skillnad vara värd att ha i åtanke med hänsyn till den olika behandling dessa fel ges enligt köplagen. Samtidigt konstateras emellertid i förarbetena till samma lag att bestämmelsen om rättsliga fel i 41 § ”*inte [är] avsedd att tillämpas med avseende på tredje mans immaterialrätt*”, utan att ”*allmänna regler*” i sådana fall får användas.¹⁷⁵ Noteras bör även att bestämmelsen om immaterialrättsliga fel i artikel 42 CISG inte heller torde ge vägledning i dessa fall. För det första rör bestämmelsen endast immaterialrättsliga fel i *fysiska* varor, och överlåtelser eller upplåtelse av immateriella rättigheter som sådana faller således utanför dess tillämpningsområde. Därtill

¹⁷² Levin, 2011, s. 514 f.

¹⁷³ Levin, 2011, s. 515 f.

¹⁷⁴ Jfr. Hultmark, JT 1994/95, s. 694 f.

¹⁷⁵ Prop. 1988/89:76 s. 141 f.

avvisades uttryckligen en motsvarande bestämmelse i köplagen, med hänvisning till att lydelsen i art. 42 CISG ansågs alltför onyanserad.¹⁷⁶

Vad nämnda ”allmänna regler” emellertid består i, liksom vad som gäller för de faktiska felen i immateriella rättigheter är dock något oklart. Som konstaterats finns det ingen generell kontraktsbrottslära inom svensk rätt, och då såväl specifika regler som relevant rättspraxis saknas, har i doktrinen något olika förhållningssätt presenterats för hur immaterialrättsliga fel bör regleras. Somliga hävdar där att köplagens felregler – vilka formellt är tillämpliga på *köp* av immateriella rättigheter¹⁷⁷ – bör tillämpas analogt på licenser.¹⁷⁸ Samtidigt framhåller andra istället immaterialrätternas speciella karaktär, och att (i vart fall) handelsbruk eller liknande sedvana torde ställa köplagens bestämmelser i skuggan, till fördel för ett situationsbaserat regelkomplex som är anpassat till immaterialrätternas speciella behov i det enskilda fallet.¹⁷⁹

Christina Ramberg tillhör kategorin av köplagens starka förespråkare och menar att dess ”mjuka kanter” och flexibilitet gör den väl lämpad att reglera de särskilda situationer som kan uppstå vid såväl immateriella överlåtelser som upplåtelser.¹⁸⁰ Säreigna karaktärsdrag, menar hon, återfinns i alla typer av avtal, men det finns icke desto mindre gott om gemensamma nämnare som förenar majoriteten av dem. För att undvika betydande gränsdragningsproblem gentemot den övriga civilrättens felansvarsregler anser Ramberg därför att köplagsreglerna bör kunna fungera analogt på licensavtalens område.¹⁸¹ Med hänsyn till lagens uttryck för allmänna avtalsrättsliga principer och analoga inflytande på en rad andra oreglerade avtalsområden, nås på så sätt stora fördelar i form av civilrättslig enhetlighet och förutsebarhet.¹⁸²

Levin däremot menar att köplagen endast torde kunna ge begränsad vägledning, och att man snarare får vända sig till allmänna obligationsrättsliga principer om förpliktelser och kontraktsbrott för att avgöra rättsföljderna av ett fel i en överlåten eller upplåten immaterialrätt.¹⁸³ Det hävdas att det vore att gå alltför långt att ålägga överlåtare ett ovillkorat ansvar för fel som han inte kan gardera sig emot, och att en konkret värdering av de specifika omständigheterna bör bli avgörande i varje enskilt fall, snarare än en strikt bedömning enligt köplagen.¹⁸⁴ Även Runesson ställer sig tveksam till köplagsreglernas tillämplighet, med hänvisning till att lagstiftaren aktivt valde att inte reglera immaterialrättsliga

¹⁷⁶ NU 1984:5 s. 189; Se även Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 693.

¹⁷⁷ Jfr. 1 § KöpL.

¹⁷⁸ Jfr. Ramberg, 2005, s. 272.

¹⁷⁹ Jfr. Levin, 2011, s. 513 f.; Runesson, 1999, s. 625.

¹⁸⁰ Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 687 ff.

¹⁸¹ Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 687.

¹⁸² Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 688 ff.

¹⁸³ Levin, 2011, s. 513.

¹⁸⁴ Levin, 2011, s. 515 ff.

fel i lagen. Istället anser han att det vore rimligare att göra felansvaret avhängigt någon form av vårdslöshet från överlåtarens – eller licensgivarens – sida, möjligen genom en analogi till 9 § 2 st skuldebrevslagen.¹⁸⁵

I och för sig torde de olika ståndpunkterna onekligen få betydelse när det gäller kontraktsbrytarens skadeståndsskyldighet, med ett ”strikt” kontrollansvar enligt köplagen och ett ansvar baserat på någon form av oaktsamhet enligt mer allmänna överväganden. Däremot kan det beträffande hävningsmöjligheterna ifrågasättas vilken praktisk skillnad som de olika lägren egentligen argumenterar för. Enligt en köplagsanalogi skulle en rätt att häva ett avtal föreligga, om licensen avviker från vad licenstagaren med fog kunnat förutsätta vid avtalets ingående, avvikelsen varit av *väsentlig* betydelse för licenstagaren, och licensgivaren åtminstone *borde* ha insett betydelsen därav.¹⁸⁶ Utöver Ramberg stämmer även Domeij in i nyttan av en sådan analogi.¹⁸⁷ Och trots Levins allmänna köplagsskepsis, förefaller hon inte ha någon invändning mot just att hävningsrätten blir avhängig felets väsentlighetsgrad, på vad det verkar samma sätt som enligt köplagen.¹⁸⁸ Samma linje synes vidare stödjas av Rosén, som i en diskussion kring hävningsmöjligheterna för upphovsrättsliga förlagsavtal, anser att även om den enda uttryckliga hävningsregeln i 34 § upphovsrättslagen – vid förläggares försummelse att utge ett verk – över huvud taget inte anknyter till den allmänna obligationsrättsliga väsentlighetsregeln, synes det inte motiverat att vid andra typer av kontraktsbrott göra avsteg från en sådan allmänt vedertagen hävningsbestämmelse.¹⁸⁹

Trots meningsskiljaktigheterna rörande den exakta rättsliga källan, torde det således inte finnas någonting som talar emot att det föreligger en rätt att häva ett licensavtal vid väsentligt avtalsbrott från motpartens sida, oavsett vilket inflytande köplagen i övrigt bör ges. Denna slutsats till trots återstår emellertid den långt ifrån enkla frågan att avgöra *vad* som i praktiken kan anses motsvara ett sådant väsentligt immaterialrättsligt fel.

5.3.2 Väsentligt immaterialrättsligt fel

I förarbetena till köplagen sägs inledningsvis att ett fel generellt torde vara att bedöma som väsentligt ”om det berövar [köparen] den huvudsakliga nyttan av vad han hade anledning att vänta sig av avtalet”.¹⁹⁰ Ett stadgande som i stort torde stämma överens med den ovan refererade lydelsen i art. 25

¹⁸⁵ Runesson, 1999, s. 627.

¹⁸⁶ Jfr. 17, 39 §§ KöpL.

¹⁸⁷ Domeij, 2010, s. 216-218. Domeij berör visserligen endast patentlicenser, men resonemanget förefaller likväl applicerbart även på andra immaterialrättsliga avtalstyper.

¹⁸⁸ Jfr. Levin, 2011, s. 516.

¹⁸⁹ Rosén, 2006, s. 221.

¹⁹⁰ Prop. 1988/89:76 s. 134. Noteras kan dock att Jan Ramberg öppnar för en något strängare väsentlighetsbedömning enligt svensk rätt, se Ramberg, 1995, s. 424 f.

CISG (se avsnitt 4.4.2). Vidare anges i kommentaren till hävningsbestämmelsen i 39 § KöpL att väsentligheten generellt inte går ”att precisera utan måste bedömas från fall till fall och med hänsyn till vad som för den enskilda köparen framstår som ett väsentligt avtalsbrott”.¹⁹¹

Den exakta tillämpningen av väsentlighetskravets öppna utformning måste följaktligen avgöras utifrån de aktuella omständigheterna i varje enskilt fall. Med hänsyn till licensavtalens speciella karakteristika ska ändå några närmare riktlinjer försöka utrönas därom.

Christina Ramberg har som tidigare angetts, ställt upp ett antal allmänna riktlinjer för väsentlighetsbedömningen vid fel (se avsnitt 4.5.2). Med beaktande av hävningens ingripande implikationer, torde det för det första vara klart att det fordras ett betydande fel i en central avtalsförpliktelse och att licenstagaren inte kan gottgöras på annat sätt, för att hävningsrätt ska föreligga. Rör det sig exempelvis om en smärre inskränkning i en inte helt central upplåten rättighet – exempelvis i ett avtal innefattande flera immaterialrätter – som licenstagaren skulle kunna kompenseras ekonomiskt för genom ett avdrag i licensavgiften, lär knappast hävning aktualiseras.¹⁹² Skulle det däremot vara fråga om en inte obetydlig inskränkning i huvudrättigheten – i detta fall eventuellt avtalets enda innefattade rättighet – ligger väsentligheten troligen betydligt närmare till hands. Begränsningar i immaterialrätter kan ju svårligen avhjälpas eller omlevereras, och prisavdrag kanske inte räcker för att åter göra upplåtelsen nyttig för licenstagaren.

Vidare ger Domeij i en diskussion om väsentliga avtalsbrott i patentlicensavtal, stöd till den av Bengtsson förespråkade modellen enligt förutsättningsläran ovan.¹⁹³ Det hypotetiska väsentlighetsprov som där ställs upp (se avsnitt 4.2.3), menar Domeij dock lämpligen bör kompenseras av hävningsreglerna i lagen om handelsagentur respektive kommissionslagen.¹⁹⁴ Enligt dessa ligger fokus framför allt på väsentligheten av avtalsbrottets *ekonomiska* verkningar, snarare än prestationsbristen som sådan. För hävning av ett licensavtal krävs därigenom, enligt Domeijs sammantagna resonemang, att det immaterialrättsliga felet är av så allvarlig ekonomisk karaktär, att det uteslutit varje form av realistisk licensiering om det varit känt vid avtalets ingående.¹⁹⁵ För det fall avtalsobjektet i sin helhet ogiltigförklaras, och därmed blir tillgängligt för allmänheten, torde väsentlighetskravet med säkerhet vara uppfyllt, och än mer så om rättigheten skulle tillkomma tredje man och helt hindra licenstagarens användning. Inte heller torde synbarheten för licensgivaren vara någon tvistefråga i dessa fall. Visserligen

¹⁹¹ Ramberg, 1995, 425.

¹⁹² Jfr. 43 § KöpL om partiella fel.

¹⁹³ Se Domeij, 2010, s. 216 f.

¹⁹⁴ Noteras bör att dessa lagar reglerar avtal med vissa likheter till licensavtal, framför allt ifråga om varaktighet och utökad lojalitet.

¹⁹⁵ Domeij, 2010, s. 216 ff.

skulle licensgivaren teoretiskt sett kunna avhjälpa ett sådant *rättsligt* fel genom att förvärva den aktuella rättigheten från dess innehavare, men med hänsyn till den höga kostnad det normalt borde medföra, förefaller det vara ett mindre realistiskt alternativ.¹⁹⁶

Snarare lär det vara i situationer där den immateriella rättigheten omdefinieras i mindre utsträckning, eller en tredje man exempelvis visar sig ha en begränsad icke-exklusiv rätt till licensobjektet, som bedömningen blir svårare. Även om avvägningen i slutändan onekligen måste göras i varje specifikt fall, bör ändå licensavtalens speciella egenskaper – precis som i ogiltighetsbedömningen med stöd i 36 § AvtL och förutsättningsläran ovan – kunna ges viss inverkan här. Som tidigare konstaterats kan en missnöjd part ofta välja mellan att hävda ogiltighet och hävning, trots att dessa formellt bygger på olika grunder. Enligt samma skäl som talat för licensavtalens något utökade känslighet för framför allt ändrade förhållanden i ogiltighetsområde, torde en ökad känslighet även kunna skönjas för immaterialrättsliga fel som visar sig efter avtalets ingående. Kombinationen av den utökade lojalitetsplikt som följer av avtalens varaktighet med inte sällan sammanlänkade gemensamma ändamål parterna emellan, och det faktum att felaktigheter i avtalsobjektet svårligen varken kan avhjälpas eller gottgöras genom omleverans, borde göra vägen till hävning något kortare än annars. I och för sig kan det diskuteras vilka befogade förutsättningar en licenstagare haft om den immateriella rättigheten med beaktande av dess svårbestämbara exakta innehåll (jfr 5.2.1). På samma sätt som anförts beträffande tillämpningen av 36 § AvtL faller svårbestämbarheten emellertid tillbaka på båda parter. Den utökade lojalitetsplikten skulle därtill kunna anses drabba en licensgivare som, i exempelvis avtalet, inte tillräckligt noggrant upplyst licenstagaren om rättighetens närmare innehåll. En sådan ansvarsfördelning torde vidare vara mest effektiv ur både transaktionskostnadssynpunkt och med hänsyn till dynamiken i relationen mellan licensgivare och licenstagare. En licensgivare bör ju inte sällan ha den bästa inblicken i den egna immateriella rättighetens egenskaper och omfattning,¹⁹⁷ varför ett åläggande för *varje* potentiell licenstagare att företa en kostsam undersökning därav framstår som ett slöseri med resurser. Bär istället licensgivaren en utökad upplysningsskyldighet, måste denne friskriva sig ifrån eventuella inskränkningar i den upplåtta rättigheten för att försäkra sig mot hävning i ett senare skede. En sådan friskrivning torde göra licenstagaren uppmärksam på osäkerheter i avtalsobjektet, vilket ökar möjligheterna för parterna att ta höjd och kalkylera för alla tänkbara omständigheter i sitt inbördes avtal.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Jfr. 34 § KöpL. Avhjälpan kan i köprättsområde som bekant endast krävas om det kan ske *”utan oskälig kostnad eller olägenhet för säljaren”*.

¹⁹⁷ En patentinnehavare har ju exempelvis ofta gjort en omfattande undersökning före sin patentansökan, mönsterskydds innehavaren likaså för ett registrerat mönster, och varumärkesinnehavaren borde vara väl insatt med avseende på sina eventuella konkurrenter och deras varumärken.

¹⁹⁸ Jfr. Hultmark (Ramberg), JT 1994/95, s. 696 f.

I avsaknad av sådana friskrivningar talar licensavtalens säregna drag – med långa avtalstider och utvidgade lojalitetsplikt, liksom licensobjektens ofta komplicerade och svårbedömda innehåll samt oavhjälpliga och outbytbara karaktär – för att väsentlighetsrekvisitet lättare torde kunna uppfyllas än i andra fall, och hävning därmed ske. Att varaktiga avtal dessutom i regel endast tillåts hävas med verkan för framtiden torde ytterligare tala i denna riktning, då konsekvenserna för motparten därigenom inte blir lika allvarliga. Vidare ifråga om synbarhetsrekvisitets vara eller icke vara, synes ett sådant krav visserligen vara motiverat,¹⁹⁹ men eftersom syftet med licensiering i regel är just att få en konkurrensmässig fördel jämfört med sina konkurrenter, framstår det väl otroligt för en licensgivare att hävda att han inte bort inse betydelsen av att rättigheten bestod i sin avtalade form, eller att inga utomstående parter har rättigheter däri.

Sammantaget torde det finnas ett tämligen gott argumentationsutrymme för att häva ett licensavtal där den immateriella rättigheten bedöms som felaktig. Levin nämner att enstaka, begränsade för användarrätter i patent, knappast bör utgöra grund för att upplösa ett avtalsförhållande.²⁰⁰ Det förefaller rimligt, precis som andra relativt obetydliga inskränkningar knappast heller bör anses uppfylla väsentlighetskravet. Men så fort det rör sig om inskränkningar av något mer betydande slag, kan man fråga sig om licenstagaren *alls* hade haft ett intresse av att ingå avtalet, om förhållandena varit kända från början. Om man därtill kommer fram till att de ekonomiska utsikterna av licensieringen blivit betydligt sämre än annars hade varit fallet, torde hävning av ett licensavtal inte vara alltför fjärran.

¹⁹⁹ Jfr. 39 § KöpL, 26 § HagL, 35 § KomL. Hävningsrätt utan synbarhetsrekvisit gäller främst i konsumentförhållanden, jfr 29 § KKL, 21 § KtjL.

²⁰⁰ Levin, 2011, s. 516.

6 Sammanfattande kommentarer

6.1 Slutsatser

Partsautonomins status på licensavtalens område i allmänhet och bundenheten till oförmånliga sådana avtal i synnerhet, är i viss utsträckning höljd i dunkel. I föreliggande arbete har ett försök gjorts att, efter en granskning av de grundläggande egenskaperna hos dessa avtal, med stöd i avtals- och obligationsrättens allmänna regler, sprida ljus över en missgynnad parts möjligheter att få principen om *pacta sunt servanda* att ge vika, för det fall att förutsättningarna för avtalet visar sig felaktiga.

Från flera håll har de immateriella rättigheternas säregna slag anförts som grund för att en direkt tillämpning av allmänna civilrättsliga regler inte bör komma ifråga beträffande licensavtal. Vid en närmare granskning förefaller ändå den allmänna avtals- och obligationsrätten bilda den palett från vilken samtliga färger tas när den aktuella tavlan över rättsläget för de immaterialrättsliga upplåtelseavtalen ska målas.

Såväl avtalslagens ogiltighetsgrunder som allmänna obligationsrättsliga regler om rätt till hävning till följd av ett väsentligt fel synes uppenbarligen stå en missnöjd licensavtalspart till buds, på samma sätt som vid flertalet andra typer av avtal. Även om restriktivitet i regel är påkallad för dessa frånträdesregler torde licensavtalens särskilda egenskaper kunna anstränga partsautonomins bestånd i något högre utsträckning än sedvanligt. Den utökade lojalitetsplikt som denna typ av varaktiga och samarbetsbetonade avtal ofta medför, i kombination med den osäkerhet som ligger inbunden i immateriella rättigheter som avtalsobjekt, är faktorer som kan göra licensavtalen mer mottagliga för ingripanden än normalt är fallet. Framför allt när den missgynnade parten till följd av de felaktiga förutsättningarna gör kännbara förluster torde ett argumentationsutrymme finnas för ogiltighet enligt såväl förutsättningsläran som 36 § AvtL, där den senare givetvis även kan användas för att uppnå andra justeringar av avtalsförpliktelseerna. Detta inte minst om en betydande skillnad i styrkeförhållandet mellan parterna kan skönjas till den missgynnade partens nackdel.

Vidare synes svensk doktrin vara relativt enhällig om rätten att häva ett licensavtal vid väsentliga fel i avtalsobjektet, varigenom en missgynnad part har en parallell frånträdesmöjlighet vid sidan om ogiltighetsreglerna. Med beaktande av licensavtalens själva syfte – att genom förvärv av en fullständig eller partiell ensamrätt få ett *försteg* gentemot konkurrenterna på marknaden – torde inskränkningar i upplåtna immateriella rättigheter relativt

tidigt vara att bedöma som allvarliga, som riskerar avtalets grundläggande ändamål. Tillsammans med svårigheten, för att inte säga omöjligheten, att gottgöra sådana felaktigheter genom avhjälpan eller omleverans, förefaller det vara något lättare än eljest att nå upp till väsentlighetskravet vid fel och således åstadkomma hävning; om än så endast sker med verkan för framtiden.

6.2 Avslutande kommentarer från avtalsfrihetens horisont

Från ett perspektiv där avtalsfrihet och principen om *pacta sunt servanda* utgör grundbultarna i den inomobligatoriska regleringen, framstår obestriddligen ovanstående slutsatser som relativt ingripande. Som inledningsvis konstaterats är det emellertid förhållandevis länge sedan avtalsfriheten härskade fritt och en kontraktsrättslig diskussion utan vidare kunde ta sin utgångspunkt däri. Tvingande skyddsregleringar på konsumentområdet, allt fler dispositiva ”rådgivande” lagar som anses ge uttryck för allmänna rättspolitiska hänsynstaganden, och inte minst införandet av den allomfattande generalklausulen i 36 § AvtL, har alla bidragit till att reducera avtalets centrala ställning för fastställandet av parternas inbördes rättsförhållanden.²⁰¹ Schovsbo har beskrivit det som en allmän förskjutning ”*fra kontrakt til status*”, det vill säga från ett fokus på partsautonomin, till ett avgörande inflytande av samhällsrelaterade hänsyn.²⁰²

Denna trend har vidare förstärkts av framväxten av diverse offentlighetsrättsliga regleringar som sätter tämligen skarpa gränser för det fria avtalsområdet; inte minst konkurrensrätten. Även om en viss liberalisering skett på senare tid genom förbudsundantagen i TeknikF, blir den konkurrensrättsliga tillåtelsen av parternas inbördes reglering i slutändan avhängig framförallt samhällsekonomiska hänsyn, och optimeringen av en effektiv marknad. Om ett licensavtal inte direkt faller in under TeknikF, är det därigenom närmast upp till endera parten att visa att avtalets positiva samhällsekonomiska effekter väger upp de negativa.

Parallellt med utvecklingen mot en mer kringskuren avtalsfrihet, har som sagt även immaterialrätternas ekonomiska betydelse ökat rejält, och följaktligen även handeln med dessa. Avtalslicenser rörande patent, varumärken, mönster och upphovsrätter är idag av avgörande vikt för många företag i deras möjligheter att exploatera investeringar i utvecklingsarbete och nå konkurrensfördelar på olika marknader, antingen som licensgivare eller licenstagare. Eftersom någon särskild rättslig reglering inte föreligger

²⁰¹ Jfr. Grönfors, 1993, s. 28 f.; Schovsbo, 2001, s. 14.

²⁰² Schovsbo, 2001, s. 27 ff.

och talar däremot, är det inte förvånande att även dessa avtalstyper följer den allmänna orienteringen mot en något nedtonad partsautonomi. Den allt större betydelsen av lojalitetsplikten på avtalsrättens område sätter naturligen även sin prägel på bedömningen av licensavtalen, och benägenheten att ingripa i dessa; främst när behovet av skydd för en svagare part gör sig påmint, eller då avtalsförhållandets karaktär förutsätter ett närmare samarbete mellan parterna. Tillsammans med den inneboende komplexitet som ligger i immateriella rättigheter som avtalsföremål, torde således möjligheterna till inskränkningar i avtalsfriheten till och med kunna gå längre än vad som normalt är fallet. Parternas rättsförhållande skulle därigenom i något större utsträckning än annars påverkas av faktorer som ligger utanför deras initiala inbördes avtalsfördelning, utifrån mer externa och objektivt samhällsfrämjande avväganden.

Denna slutsats ligger vidare i linje med det allmänna intresset av förutsebarhet och minimerandet av splittring på det civilrättsliga området.²⁰³ I brist på en tydlig lagreglering skulle det knappast vara önskvärt att helt avskärma licensavtalen från de ogiltighets- och modifieringsregler som föreligger enligt den allmänna avtals- och obligationsrätten. Utgångspunkten bör således tas däri, medan slutbedömningen onekligen måste ta höjd för de specifika egenskaper som präglar licensavtal i allmänhet, vilket alltså torde leda till en ökad känslighet för ingripanden till följd av påtagligt felaktiga förutsättningar.

Visserligen ligger det tveklöst i omsättningens intresse att kunna lita på att ingångna avtal ska gälla. I propositionen till generalklausulen anförs exempelvis att *"allmänna avtalsvillkor som är omsorgsfullt utformade med beaktande av båda parternas intressen och med en strävan att ge tydligt uttryck åt båda parternas rättigheter och skyldigheter bör säkerligen respekteras i alla normala fall."*²⁰⁴ Detta måste tveklöst vara utgångspunkten.

Dras emellertid denna huvudregel alltför långt, skulle det kunna få motsatt samhällsekonomisk effekt och snarare avskräcka från att ingå avtal, eller i vart fall kraftigt öka de därmed förknippade transaktionskostnaderna. Av rädsla att inte under några omständigheter kunna frånträda den initiala överenskommelsen, skulle behovet av ingående utredningar avseende avtalsobjektet och av omfattande friskrivningar från båda parternas sidor, i sådana fall kunna hämma licensavtalens funktion som effektivt instrument för att utnyttja immateriella rättigheter.

Med beaktande av den brist på lagreglering och praxis som föreligger synes något klart och definitivt facit dessvärre inte stå att finna för uppsatsens problemställning. I väntan på ett klagörande prejudikat om partsautonomins ställning på licensavtalens område, i synnerhet alltså ifråga om möjligheterna att angripa ett licensavtal efter att avtalsförutsättningarna visat

²⁰³ Jfr. Bengtsson, 1991, s. 30 ff.

²⁰⁴ Prop. 1975/76:81 s. 39.

sig felaktiga, förefaller emellertid antaganden enligt anförda argumentation vara det som närmast står till buds.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Adlercreutz, Axel (2002). *Avtalsrätt. 1. 12.*, [rev.] uppl. Lund: Juristförl.

Bengtsson, Bertil (1967). *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott.* Stockholm: Norstedt.

Bengtsson, Bertil (1991). Om civilrättens splittring, ur *Festskrift till Kurt Grönfors*. Stockholm: Norstedt. s. 29-46.

Bernitz, Ulf (2008). *Standardavtalsrätt. 7.*, [omarb.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Bernitz, Ulf (2011). *Svensk och europeisk marknadsrätt. 1, Konkurrensrätten och marknadsekonomin rättsliga grundvalar. 3.* uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson, Lars; Sandgren, Claes (2011). *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens: [upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]. 12.*, omarb. uppl. Stockholm: Jure.

Domeij, Bengt (2010). *Patentavtalsrätt: licenser, överlåtelse och samägande av patent. 2.*, [uppdaterade och rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Dotevall, Rolf, *Ekvivalensprincipen och jämkning av långvariga avtal*, SvJT 2002 s. 441 ff.

Grönfors, Kurt (1993). *Avtalsgrundande rättsfakta*. Stockholm: Nerenius & Santéus.

Grönfors, Kurt (1995). *Avtalslagen. 3.*, [rev.] uppl. Stockholm: Fritze.

Grönfors, Kurt (1995b). *Avtal och omförhandling*. Stockholm: Nerenius & Santéus.

Grönfors, Kurt (1997). *Avtal och association*. Stockholm: Nerenius & Santéus.

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf (2010). *Avtalslagen [Elektronisk resurs] : en kommentar. 4.* uppl. Stockholm: Norstedts Juridik.

Gölstam, Carl Martin (2007). *Licensavtalet och konkurrensrätten*. Diss. Uppsala : Uppsala universitet, 2007.

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H. (2011). *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt. H. 2, Allmänna ämnen. 5.*, [rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Hultmark (Ramberg), Christina, *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, Juridisk Tidskrift 1994/95, s. 687-701.

Korah, Valentine (2006). *Intellectual property rights and the EC competition rules*. Oxford: Hart.

Lehrberg, Bert (1989). *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter = [The doctrine of assumptions] : [general conditions for avoidance on the grounds of unassumed circumstances]*. Diss. Uppsala : Univ.

Lehrberg, Bert (2009). *Avtalstolkning: tolkning av avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. 5. uppl.* Uppsala: Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA).

Levin, Marianne (2011). *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt. 10.*, [uppdaterade] uppl. Stockholm: Norstedts juridik

Lindskog, Stefan (2001). *Lagen om handelsbolag och enkla bolag: en kommentar. 1. uppl.* Stockholm: Norstedts juridik.

Maunsbach, Ulf & Wennersten, Ulrika (2011). *Grundläggande immaterialrätt. 2. uppl.* Malmö: Gleerup.

Munukka, Jori (2007). *Kontraktuell lojalitetsplikt*. Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2007.

Munukka, Jori (2008). Rättsmissbruk [Elektronisk resurs] : En rättsfigur under framväxt. *Stockholm centre for commercial law årsbok*. s. 135-164. Tillgänglig på Internet: <http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:314068/FULLTEXT01>

Munukka, Jori, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, SvJT 2010 s. 837-848.

Munukka, Jori, Karnov Internet, *Köplag (1990:931)*, 39 §, not 154, den 19 december 2012.

Norlén, Andreas (2004). *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Diss. Linköping : Linköpings Universitet, 2004.

Ramberg, Jan & Herre, Johnny (1995), *Köplagen*. 1 uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Ramberg, Christina (2005). *Kontraktstyper*. 1. uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina (2010). *Allmän avtalsrätt*. 8., [rev.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Ramberg, Christina, *En ny avtalslag*, SvJT 2011, s. 32-56.

Rosén, Jan (2006). *Upphovsrättens avtal: regler för upphovsmäns, artisters, fonogram-, film- och databasproducenters, radio- och TV-bolags samt fotografers avtal*. 3., [omarb.] uppl. Stockholm: Norstedts juridik.

Runesson, Eric M. (1996). *Rekonstruktion av ofullständiga avtal: särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader*. Diss. Stockholm : Handelshögsk.

Runesson, Eric M. (1999). Immaterialrättsliga fel vid köp, ur *Festskrift till Gunnar Karnell / [redaktionskommitté: Lars Gorton ...]*. s. 625-656.

Sandgren, Claes (1974). *Patentlicenser: studier i licensavtal angående patent, patentansökningar och know-how med särskild hänsyn till amerikansk och tysk rätt = [Patent licences : a study of licensing agreements concerning patents, patent applications and know-how with particular regard to the law of the United States and the Federal republic of Germany]*. Diss. Stockholm : Univ.

Schovsbo, Jens (2001). *Immaterialretsaftaler: fra kontrakt til status i kontraktsretten*. Diss. København : Univ.

Skogh, Göran (1982). *Marknadens villkor: normer, köprätt, konsumenträtt samt etablerings- och produktkontroll i samhällsvetenskaplig belysning*. Stockholm: Timbro.

Taxell, Lars-Erik (1966). Avtalsbrott och påföljd, ur *Festskrift till Håkan Nial: studier i civilrätt och internationell rätt*. Stockholm: [Norstedt] s. 493-503.

Offentligt tryck

NU 1984:5

Prop. 1975/76:81

Prop. 1990/91:63

Prop. 2003/04:80

Prop. 2007/08:135

Prop. 2008/09:88

Rättsfallsförteckning

Nytt juridiskt arkiv, avdelning 1

NJA 1979 s. 666

NJA 1979 s. 731

NJA 1982 s. 230.

NJA 1983 s. 332

NJA 1983 s. 383

NJA 1983 s. 385

NJA 1985 s. 178

NJA 1989 s. 346

NJA 1989 s. 614

NJA 1994 s. 359

NJA 1996 s. 410

NJA 1997 s. 5

NJA 1997 s. 524

NJA 1999 s. 71

NJA 1999 s. 408

NJA 1999 s. 793

NJA 2004 s. 962

Rättsfall från hovrätterna

RH 1980:14

RH 1983:8

RH 1988:130

Marknadsdomstolen

MD 2004:22

MD 2009:35

Nordiske Domme i Sjøfartsanliggender

NDS 1990 s. 204

Europeiska Unionens Domstol

Mål C-24/67 Parke Davis and Co. v Probel, Reese, Beintema-Interpharm and Centrafarm [1968].

Mål 27/76 United Brands Company och United Brands Continentaal BV mot Kommissionen, REG 1978.