

Ikke-angrebsforpligtelser i patentlicensaftaler

af EVA BANG-OLSEN

Afhandlingen omhandler gyldigheden og retsvirkningerne i dansk ret af en forpligtelse for en patentlicensaftales parter til ikke at anfægte et patents gyldighed ved de almindelige domstole eller ved Patent- og Varemærkestyrelsen. Til belysning heraf analyseres teori og retspraksis fra de øvrige nordiske lande, hvis patentretstradition hviler på samme grundlag som den danske, samt praksis fra forskellige fælles-europæiske instanser.

Det undersøges indledningsvist, hvorvidt ikke-angrebsforpligtelser er i strid med ordlyden og formålet med patentlovens bestemmelser om anfægtelsesret for enhver. Herefter vurderes gyldigheden af udtrykkeligt aftalte ikke-angrebsklausuler og eksistensen af stiltiende ikke-angrebsklausuler ud fra en afvejning mellem almene samfundsmæssige hensyn og partsrelaterede hensyn. Denne vurdering foretages i civilretlig, procesretlig og konkurrenceretlig henseende.

Afhandlingen tager herudover stilling til en række mere specielle problemstillinger vedrørende ikke-angrebsforpligtelser, herunder den retlige betydning af en parts brug af stråmænd til at anfægte patentets gyldighed, den retlige betydning af en parts anerkendelse af gyldigheden af patentet (en indirekte ikke-angrebsklausul), og en ikke-angrebsforpligtelses betydning for muligheden for forlængelse af visse patenters gyldighed. Afhandlingen indeholder afslutningsvist en analyse af de civilretlige retsvirkninger af misligholdelse af ikke-angrebsforpligtelser.

Det konkluderes, at ikke-angrebsforpligtelser i vidt omfang må anerkendes i civilretlig henseende – for så vidt angår en stiltiende ikke-angrebsforpligtelse dog som udgangspunkt kun i forhold til licensgiver. I processuel henseende anses ikke-angrebsforpligtelser bindende for domstolene, hvorfor en anlagt sag skal afvises præjudicielt, hvorimod Patent- og Varemærkestyrelsen som en del af den offentlige forvaltning altid skal tage stilling til en anfægtelse af et patents gyldighed. Konkurrenceretligt er bedømmelsen af udtrykkelige ikke-angrebsklausuler i praksis lempet over årene, og det vurderes på baggrund heraf, at en ikke-angrebsklausul er konkurrenceretligt gyldig, medmindre der er særlige holdepunkter for det modsatte. Det konkluderes endeligt, at de civilretlige retsvirkninger af en misligholdelse, uanset om patentet erklæres for ugyldigt eller ej, udgør en ophævelsesret og et krav på en skønsmæssigt fastsat erstatning.

Indholdsfortegnelse

1	Indledning	3
1.1	<i>Introduktion.....</i>	3
1.2	<i>Problemformulering.....</i>	4
1.3	<i>Afgrænsning af afhandlingen.....</i>	4
1.4	<i>Struktur</i>	5
2	Patentlovens bestemmelser om angrebsret ...	6
3	Overordnede hensyn for og imod ikke-angrebsforpligtelser	7
4	Udtrykkeligt aftalte ikke-angrebsklausuler	9
4.1	<i>Den civilretlige gyldighed.....</i>	9
4.1.1	<i>Gyldigheden under licensaftalen.....</i>	9
4.1.2	<i>Gyldigheden efter patentlicensaftalens ophør.....</i>	11
4.2	<i>Den processuelle gyldighed</i>	12
4.2.1	<i>Indledning</i>	12
4.2.2	<i>Den processuelle gyldighed for patentmyndighederne.....</i>	12
4.2.3	<i>Den processuelle gyldighed for domstolene</i>	14
4.3	<i>Den konkurrenceretlige gyldighed.....</i>	17
4.3.1	<i>Indledning</i>	17
4.3.2	<i>Konkurrenceretens forhold til patentretten og ikke-angrebsklausuler</i>	18
4.3.3	<i>Den konkurrenceretlige bedømmelse af ikke-angrebsklausuler i praksis</i>	19
4.3.4	<i>Den konkurrenceretlige gyldighed i dansk ret på baggrund af praksis</i>	21
5	Stiltiende ikke-angrebsklausuler.....	23
5.1	<i>Generelt om den almindelige loyalitetspligt mellem patentlicensaftalens parter.....</i>	23
5.2	<i>Stiltiende ikke-angrebsklausuler med civilretlig virkning</i>	23
5.2.1	<i>Indledning</i>	23
5.2.2	<i>Udgangspunktet for loyalitetspligten.....</i>	24
5.2.3	<i>Stiltiende ikke-angrebsklausuler i forhold til licenstagere</i>	25
5.2.4	<i>Stiltiende ikke-angrebsklausuler i forhold til licensgiver</i>	28
5.3	<i>Stiltiende ikke-angrebsklausuler med processuel virkning.....</i>	29
5.3.1	<i>Den processuelle virkning for patentmyndighederne</i>	29
5.3.2	<i>Den processuelle virkning for domstolene</i>	29
6	Klausuler om anerkendelse af patenters gyldighed	31

7	Brug af stråmænd.....	32
8	Ikke-angrebsklausulers betydning for forlængelse af et patents gyldighed.....	33
9	Civilretlige retsvirkninger af ikke- angrebsforpligtelser	35
9.1	<i>Retsvirkninger ved misligholdelse af licensaftalen i øvrigt.....</i>	35
9.2	<i>Retsvirkninger af licenstagers angreb i strid med en ikke- angrebsforpligtelse</i>	35
9.3	<i>Retsvirkninger af licensgivers angreb i strid med en ikke- angrebsforpligtelse</i>	38
10	Konklusion	38
11	Litteraturfortegnelse.....	39
12	Domsregister	41

1 Indledning

1.1 Introduktion

I praksis aftaler parterne i en patentlicensaftale ofte, at *licenstagere* ikke må udnytte sin ret efter patentloven til at anfægte gyldigheden af det overtagne patent – en ikke-angrebsklausul. Klausulen har til formål at forhindre licenstageren i at komme fri af kontrakten ved at fjerne selve grundlaget for denne og dermed slippe for at betale den løbende licensafgift. Efter at patentet er erklæret ugyldigt, vil licenstageren således, ligesom alle andre, kunne benytte opfindelsen vederlagsfrit. Licenstagere har særligt en interesse i at anfægte patentet, hvis patentets gyldighed viser sig at være tvivlsom eller åbenbar for omverdenen, idet risikoen for tredjemands angreb herved forøges. Licensgiver har særligt en interesse i at forpligte licenstagere ved en ikke-angrebsklausul, når han overfører informationer til licenstagere, som kan bruges til at anfægte patentet.

En ikke-angrebsklausul kan ligeledes forpligte *licensgiver* til ikke at angribe det overtagne patent. I det omfang patentet erklæres ugyldigt i overensstemmelse med licensgivers påstand, vil licensgiver imidlertid ikke længere have en eneretsposition i forhold til konkurrenterne på markedet. Ligeledes vil licensgiver i den situation misligholde patentlicensaftalen, idet hans hovedforpligtelse til at levere et gyldigt patent ikke længere kan opfyldes. På denne baggrund er det kun under særlige omstændigheder, at licensgiver må antages at have en interesse i at angribe sit eget patent. Dette kan dog være tilfældet, hvor licensgiver udvikler en ny opfindelse, som licenstagere påstår,

krænker det licenserede patent. I det omfang den nye opfindelse er så værdifuld, at det kan betale sig for licensgiver at misligholde licensaftalen og herved eventuelt ifalde et erstatningsansvar, kan licensgiver således have en interesse i at anfægte det licenserede patent under en af licenstagere anlagt krænkelsessag. Endvidere kan licensgiver have en interesse heri, hvis denne har overladt en eksklusiv brugsret til et patent, som viser sig at have et meget bredt beskyttelsesområde, og som derfor inddrænger licensgivers egen virksomhed betydeligt.

1.2 Problemformulering

Det er sigtet med denne afhandling at undersøge, i hvilket omfang parterne i en patentlicensaftale på grundlag af en udtrykkeligt aftalt ikke-angrebsforpligtelse eller den mellem parterne almindeligt gældende loyalitetspligt, er afskåret fra at anfægte gyldigheden af det licenserede patent for domstolene og Patent- og Varemærkestyrelsen.

Hovedspørgsmålet i den forbindelse er, om hensynet til almenhedens interesse i, at patenter ikke skal bestå i strid med patentloven, samt hensynet til den forpligtede part, fører til, at et patent altid kan angribes af patentlicensaftalens parter. Patenter er formuerettigheder stiftet ved Patent- og Varemærkestyrelsens registrering, og kan som enhver anden formuerettighed overdrages til andre ved aftale, herunder licensaftale. Afgørende er, om grundsætningen om aftalers bindende kraft, samt de obligationsretlige principper, der kan udledes heraf, i lige så høj grad gælder for ikke-angrebsklausuler vedrørende patenter som for aftaler vedrørende andre formuerettigheder.

Afhandlingen involverer en tværfaglig retsdogmatisk vurdering af ikke-angrebsforpligtelser, idet praksis og patentretlige, obligationsretlige, og konkurrenceretlige regler og principper inddrages.

1.3 Afgrænsning af afhandlingen

Ikke-angrebsforpligtelser er ikke specifikt knyttet til patentlicensaftaler, men kan også forekomme i licensaftaler vedrørende andre enerettigheder. Forpligtelsen er dog mest naturligt knyttet til registrerede enerettigheder såsom patenter, da det typisk er de registrerede rettigheder, der overdrages ved licensaftaler, og da kun sådanne rettigheder kan anfægtes ved en ugyldighedssag.¹ Afhandlingen er begrænset til en vurdering af ikke-angrebsforpligtelser mellem en patentlicensaftales parter, idet diskussionen i teori og praksis i høj grad har drejet sig herom. Teori og retspraksis vedrørende ikke-angrebsforpligtelser i andre licensaftaler og salgsaftaler vil imidlertid blive inddraget i det omfang, at de kan bruges til at belyse forpligtelsens retsstilling mellem en patentlicensaftalens parter.

Specialet vil i det følgende ikke beskæftige sig med betingelserne for, at et dansk patent er gyldigt, eller i øvrigt indeholde en generel beskrivelse af indholdet af patentloven. En sådan redegørelse er ikke relevant for en nærmere bedømmelse af ikke-angrebsforpligtelsers gyldighed, eksistens og retsvirkninger, og vil endvidere være for omfattende i forhold til rammerne for afhandlingen. Derfor vil alene de

¹ Madsen: "Markedsret del 2", s. 243-244

patentretlige regler, som har relevans for en retlig vurdering af retten til at angribe patenter blive berørt.

Endeligt vil specialet alene være koncentreret om angrebsretten i dansk ret. Patenttraditionen i de øvrige nordiske lande hviler dog, ligesom i Danmark, på den fællesnordiske patentlov fra 1967, hvorfor teori og retspraksis fra de andre nordiske lande vil blive inddraget til belysning af dansk ret. Det samme er tilfældet for praksis fra Den Europæiske Patent Organisation (EPO), EU-kommissionen og EF-domstolen.

Som det fremgår af introduktionen overfor, er det kun rent undtagelsesvist, at licensgiver kan tænkes at ville angribe sit eget licenserede patent. Hvor intet andet udtrykkeligt fremgår, vil afhandlingen derfor vedrøre klausulernes forpligtende karakter i forhold til licenstagere.

1.4 Struktur

Vurderingen af ikke-angrebspligten i dansk ret må nødvendigvis tage sit udgangspunkt i patentloven for herved at fastslå, om bestemmelsernes ordlyd og formål i første omgang er til hinder for ikke-angrebsforpligtelser. En sådan vurdering foretages derfor i afsnit 2. I det omfang dette ikke er tilfældet, må bedømmelsen bero på en nærmere afvejning af hensyn til almenheden og hensyn til de enkelte kontraktparters interesser, hvilke hensyn nærmere beskrives i afsnit 3.

I afsnit 4 foretages en selvstændig vurdering af udtrykkelige ikke-angrebsklausulers gyldighed i civilretlig, procesretlig og konkurrenceretlig henseende. Ved en civilretlig gyldig klausul forstås, at denne er bindende inter partes, hvorfor et angreb udgør en misligholdelse af patentlicensaftalen. Ved en processuelt gyldig klausul forstås derimod, at denne også er bindende overfor domstolene og/eller patentmyndighederne med den virkning, at den anlagte gyldighedssag skal afvises. I afsnit 5 foretages en tilsvarende undersøgelse af eksistensen og udstrækningen af en stiltiende ikke-angrebsklausul i civilretlig og procesretlig henseende.

I afsnit 6 vurderes det, om en part, der i patentlicensaftalen har anerkendt et patents gyldighed, hermed har indgået en indirekte ikke-angrebsklausul med samme retsvirkninger som en direkte ikke-angrebsklausul. Afsnit 7 indeholder en vurdering af, hvorvidt den af en ikke-angrebsklausul forpligtede part kan bruge en stråmand til at angribe patentet for herved at undgå misligholdelse eller afvisning af sagen. Herefter rejses i afsnit 8 spørgsmålet, om en ikke-angrebsforpligtelse har til følge, at en licenstagere eller licensgiver ikke kan forhindre en forlængelse på 5 år af gyldigheden af et patent på lægemidler eller plantebeskyttelsesmidler.

En ikke-angrebsforpligtelses civilretlige retsvirkninger vurderes i afsnit 9. I den forbindelse er spørgsmålet særligt, hvilke retsvirkninger en licenstagere eller licensgivers angreb i strid med en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsklausul har. Endelig indeholder afsnit 10 afhandlingens konklusion.

2 Patentlovens bestemmelser om angrebsret

Gyldigheden af et udstedt patent kan efter patentloven anfægtes af *enhver* ved indsigelsessag, omprøvnings sag eller ugyldighedssøgsmål, jf. henholdsvis patentlovens § 21, stk. 1², § 52, stk. 3³ og § 53b, stk. 1⁴. Der kan fremsættes indsigelser mod et meddelt patent inden 9 måneder fra patentmyndighedens offentliggørelse af patentet i Dansk Patenttidende, jf. PTL § 21, stk. 1 og 2. Når fristen for fremsættelse af indsigelser er overskredet, kan gyldigheden anfægtes over for patentmyndigheden, nærmere bestemt Patent – og Varemærkestyrelsen, ved fremsættelse af anmodning om administrativ omprøvning, jf. PTL § 53b-d. Endelig kan et udstedt patent altid uden frist for anlæg af søgsmål mod patenthaveren kendes ugyldigt ved dom, jf. PTL § 52.

Et udstedt patent kan alene begæres ugyldigt ved påberåbelse af de i PTL § 52, stk.1 nævnte grunde. Herunder kan særligt nævnes påberåbelsen af, at de centrale patenterbarhedsbetingelser ikke er opfyldt, det vil sige, at opfindelsen efter sin art ikke er patenterbart, jf. PTL § 1, eller at opfindelsen på ansøgningstidspunktet savnede nyhed og/eller opfindelseshøjde, jf. PTL § 2.

Patentloven indeholder ikke særskilte bestemmelser om licenstagerens mulighed for at anfægte gyldigheden af patentet, og lovens fællesnordiske forarbejder⁵ berører heller ikke licenstagers ret hertil. Det immaterialretlige udgangspunkt må derfor være, at licenstageren, som enhver anden, kan forsøge at få et patent kendt ugyldigt ved domstolene og patentmyndighederne.⁶

Der er alene fastsat særskilte bestemmelser om patenthavers angrebsret i patentlovens § 53c, stk.1 og § 53d, stk.1 vedrørende retten til at begære patentet indskrænket ved omprøvning. Det kan ikke antages, at der skal sluttes modsætningsvis fra disse bestemmelser, således at licensgiver ikke vil kunne anfægte gyldigheden af patentet for patentmyndigheden eller domstolene. Det immaterielle udgangspunkt efter patentloven må derfor være, at også licensgiver, som enhver anden, kan angribe patentets gyldighed. Det følger imidlertid af EPO's praksis, at en indehaver af et patent ikke er omfattet af begrebet "enhver" i Den Europæiske Patentkonvention art. 99, idet en indsigelsessag kræver to parter med modsatrettede interesser.⁷ Afgørelsen omhandler imidlertid ikke den situation, hvor patenthaver har indgået en patentlicensaftale. Hvor dette er tilfældet, må en ugyldighedssag for domstolene og patentmyndighederne anses for at have to modparter med forskellige interesser, i form af licenstager og licensgiver. Licenstagers status som modpart understøttes af, at en licensaftale ofte

² Ptl § 21, stk. 1: "Enhver er berettiget til over for patentmyndigheden at fremsætte indsigelse mod et meddelt patent."

³ Ptl § 52, stk. 3: "Sag kan, bortset fra de i stk. 4 nævnte tilfælde, rejses af enhver."

⁴ Ptl. § 53b, stk. 1: " Enhver kan over for patentmyndigheden fremsætte begæring om, at et patent, der er meddelt af patentmyndigheden eller er meddelt med virkning for Danmark efter § 75, omprøves."

⁵ Nordisk Utredningsserie 1963:6

⁶ Madsen: "Markedsret del 2", s. 243

⁷ Indsigelsesafdelingens afgørelse i G 9/93 (OJ 12/1994, 891)

indeholder bestemmelse om fællesbistand i tilfælde af angreb mod patentet fra tredjemand.

Spørgsmålet er herefter, om bestemmelserne om angrebsret for enhver efter deres ordlyd og formål er til hinder for stiltiende eller udtrykkelige ikke-angrebsklausuler med civilretlig og/eller processuel virkning. Af betænkningen vedrørende den nordiske patentlovgivning⁸ fremgår, at retten for enhver til at angribe et patents gyldighed for domstolene efter patentlovens § 52, stk. 3, har til formål at undgå krav om bevis for en retlig interesse i søgsmålet. Der anføres tre hensyn, som taler imod et krav om retlig interesse for at kunne angribe et patents gyldighed; 1) en retlig interesse kan altid konstrueres, og kan derfor omgås; 2) der kan ikke blive tale om egentligt misbrug af angrebsretten overfor ugyldige patenter, idet disse efter retsordenen består i strid med patentloven; 3) procesretlige og erstatningsretlige sanktioner kan anvendes overfor søgsmål, som savner åbenbar holdbar grund. Derimod anføres det ikke i betænkningen, at udtrykket ”enhver” er indføjet for at afskære ikke-angrebsforpligtelser.

I overensstemmelse hermed gør *Koktvedgaard*⁹ gældende, at det forekommer ham særdeles klart, at PTL § 52, stk. 3 ikke er noget argument imod en ikke-angrebsklausuls civilretlige gyldighed i dansk ret, idet ordet ”enhver” alene betyder, at der ikke kan stilles krav om godtgørelse af en særlig interesse. *Plesner*¹⁰ og *Madsen*¹¹ anfører ligeledes, at patentlovens § 52, stk. 3 er en ren processuel regel, der fastslår at retlig interesse ikke kræves, og derfor ikke er til hinder for ikke-angrebsklausuler med civilretlig virkning. *Rissanen*¹² antager, at den finske patentlovs § 52 er så vagt udformet, at den ikke er til hinder for, at licensaftalens parter aftaler ikke-angrebsklausuler med både civilretlig og processuel virkning.

Det kan tiltrædes, at bestemmelserne på grund af deres vage ordlyd og klare formål ikke er til hinder for udtrykkelige eller stiltiende ikke-angrebsforpligtelser med civilretlig eller processuel virkning. Som nævnt skal det imidlertid nedenfor vurderes, om de bag patentlovens § 21, stk.1, § 52, stk. 3 og § 53b, stk.1 hvilende konkurrence- og patentretlige hensyn er til hinder for stiltiende og udtrykkelige ikke-angrebsklausuler.

3 Overordnede hensyn for og imod ikke-angrebsforpligtelser

En *kontraktorienteret vurdering* af ikke-angrebsklausuler tager udgangspunkt i partsrelationen, dvs. hensynet til den enkelte aftaleparts interesser, hensigter og forudsætninger.¹³ Denne vurdering taler på den ene side for, at patentlicensaftalen og dens enkelte klausuler som

⁸ Nordisk Utredningsserie 1963:6, s. 319

⁹ Koktvedgaard i NIR 1975, s. 86

¹⁰ Plesner i NIR 1975, s. 72

¹¹ Madsen: ”Markedsret del 2”, s. 243 note 25

¹² Rissanen i NIR 1975, s. 79

¹³ Schovsbo: ”Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 125

en bindende aftale skal holdes. Det samme gør den i dansk ret almindelige ulovbestemte loyalitetspligt mellem kontraktforbundne parter. På den anden side kan den kontraktorienterede vurdering også tale imod en ikke-angrebsforpligtelses eksistens og gyldighed, idet vurderingen også må tage hensyn til den forpligtede parts interesser.

Særligt for licenstagere kan en ikke-angrebsforpligtelse være meget indgribende, hvis patentets gyldighed er tvivlsom eller åbenbar for omverdenen. Dette skyldes, at licenstagere for at efterleve kontrakten skal leve med truslen om angreb fra tredjemands side, samtidig med at han ofte vil være nødsaget til at foretage betydelige investeringer i udvikling, produktion, salg og markedsføring af produktet. I det omfang patentet angribes af tredjemand og erklæres ugyldigt, mister disse investeringer deres værdi for licenstagere. Hensynet til licenstagernes økonomiske interesser tilsiger derfor, at denne skal kunne anfægte gyldigheden af patentet for på denne måde at få afklaret, om licensgiver misligholder sin hovedforpligtelse efter licensaftalen ved ikke at levere et gyldigt patent. Dette vil være i overensstemmelse med retsstillingen i alle andre kontraktforhold, hvor eksempelvis en løseørekøber eller en lejer ikke kan afskæres fra at komme med mangelsindsigelser via kontraheringen.

En *statusorienteret vurdering* er standardiseret og objektiv, idet der ikke lægges vægt på parternes snævre private interesser, men derimod på de almene hensyn, som er tilknyttet patentlicensaftalen. Disse almene samfundsmæssige hensyn er af forskellig karakter, og kan både tale for og imod en anerkendelse af ikke-angrebsforpligtelser.¹⁴ I den forbindelse skal her særligt fremhæves det kombinerede konkurrence- og patentretlige hensyn mod, at patenter, der ikke opfylder patentlovens gyldighedskrav, består og dermed tilkendes eneretsbeskyttelse. Om man lægger vægt på dette hensyn, må for det første i høj grad afhænge af, hvorvidt man antager, at betydeligt antal af de patenter, der meddeles, er ugyldige på trods af Patentmyndighedernes forundersøgelse. Endvidere må det afhænge af, hvorvidt man anser licensaftaler som udspringende af en konflikt, det vil sige, at licensaftaler er resultatet af indsigt i usikkerhedsfaktorerne, eller hvorvidt licensaftalen er udtryk for en fællesinteresse i udnyttelsen af den monopollignende stilling, som patentet giver.¹⁵

Det fremgår af den nordiske betænkning, at retten for enhver til at angribe et patent for patentmyndighederne og domstolene, er begrundet i dette almene hensyn, idet et patent retter sig mod alle og enhver, og sætter retlige grænser for deres handlefrihed.¹⁶ Dette skyldes, at patenter hindrer andre adgangen til det pågældende marked, og derfor medfører, at der skal betales en højere pris på markedet for det eneretsbeskyttede produkt, samt en licensafgift for enhver udnyttelse. Eneretsbeskyttelse til opfindelser, som ikke opfylder lovens krav, medfører således samfundsmæssige udgifter i form af eneretsbelønning, uden at samfundet får noget igen i form af innovation.

¹⁴ Schovsbo ”Immateriellaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 124-125

¹⁵ Plesner i NIR 1975, s. 70

¹⁶ Nordisk Utredningsserie 1963:6, s. 319

Det kombinerede konkurrence- og patentretlige hensyn er også kommet til udtryk i indførelsen af reglerne om administrativ omprøvelse,¹⁷ som er et mindre omkostningsfuldt og tidskrævende alternativ til domstolsprøvelsen. Før lovændringen var ugyldighedsspørgsmålet oftest kun prøvet for domstolene i forbindelse med alvorlige krænkelsesser,¹⁸ hvorfor lovændringen således i overensstemmelse med den almene interesse, har medført en øget adgang for offentligheden til at få erklæret et patent ugyldigt.

En statusorienteret vurdering kan imidlertid også tale for ikke-angrebsforpligtelsers bindende virkning, idet vægten kan ligges på hensynet til de samfundsøkonomiske besparelser ved, at færre ugyldighedssager anlægges. Ligeledes vil borgerne herved opnå en tidsmæssig fordel, da sagerne for domstolene og patentmyndighederne vil blive behandlet hurtigere. Ikke blot parterne, men også samfundet har dermed generelt en interesse i, at aftaler holdes.¹⁹

4 Udtrykkeligt aftalte ikke-angrebsklausuler

4.1 Den civilretlige gyldighed

4.1.1 Gyldigheden under licensaftalen

I den nordiske teori er der en generel tendens til at anerkende udtrykkelige ikke-angrebsklausulers civilretlige gyldighed, når disse gælder under licensaftalens løbetid.²⁰ Dette sker først og fremmest under henvisning til princippet om kontraktens bindende kraft, det vil sige, at der anlægges en kontraktorienteret vurdering. *Koktvedgaard*²¹ og *Plesner*²² antager således, at ikke-angrebsklausuler er og bør være kontraktretligt bindende, idet bestemte holdepunkter for det modsatte ikke findes. Hensynet til almenhedens interesse anses ikke at være bærekraftigt, idet almenheden ikke bør kunne intervenere i et bestående kontraktforhold.

*Schovsbo*²³ vil ligeledes anerkende ikke-angrebsklausulers civilretlige gyldighed i gældende ret og de lege ferenda, men denne accept bygger ikke på princippet om aftalers bindende virkning. Derimod skyldes accepten udbygning af de patentretlige regler om almenhedens adgang til at angribe patenter, da det hermed har mindre betydning, om licenstagere afskæres fra at angribe. Der anlægges således en statusorienteret vurdering med vægt på det almene patentretlige hensyn.

Anerkendelsen af ikke-angrebsklausuler inter partes har støtte i en afgørelse fra Svea hovrätt.²⁴ Dommen viser, at aftaler, der indirekte

¹⁷ L 1057/23,12,1992 (FTT 1992-1993A, s. 243)

¹⁸ Koktvedgaard, "Lærebog i Immaterialret", s. 288

¹⁹ Sandgren i NIR 1974, s. 265f

²⁰ Herved også Madsen: "Markedsret del 2", s. 243, note 25 og Domeij: "Patentavtalsret", s. 115-116.

²¹ Koktvedgaard i NIR 1975, s. 86

²² Plesner i NIR 1975, s. 69ff.

²³ Schovsbo: "Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 142

²⁴ RH 1993:132

vedrører enerettighedens gyldighed eller ugyldighed med bindende civilretlig virkning kan aftales.

Parterne til sagen havde indgået en aftale dels om, i hvilke lande hver part havde ret til at søge varemærkeregistreringer, dels om at eventuelt eksisterende registreringer i modpartens lande skulle tilbagekaldes. Den ene aftalende part vægrede sig efterfølgende ved at tilbagekalde visse registreringer, idet det gjordes gældende, at aftalen var ugyldig, eftersom tilbagekaldelse var det samme som at acceptere registreringens ugyldighed, hvilket alene var et spørgsmål, der skulle afgøres efter de pågældende landes lovgivning. Stockholms tingsrätt og Svea hovrätt fandt imidlertid, at aftalen var gyldig, idet der blev sondret mellem bindende aftaleforpligtelser og nationale ugyldighedsregler. Således kunne der tilkendes erstatning for misligholdelse.

I modsætning til de ovenfor nævnte standpunkter i teorien, er *Sandgren*²⁵ af den opfattelse, at ikke-angrebsklausuler i gældende ret er civilretligt ugyldige, da de er processuelt ugyldige som værende i strid med det almene patentretlige hensyn, jf. nedenfor i punkt 4.2. Ligeledes er *Sandgren* af den opfattelse, at ikke-angrebsklausuler ikke bør accepteres, idet licenstagere på grund af de civilretlige følger må antages i videre omfang at afholde sig fra angreb, hvis denne er i tvivl om gyldigheden, hvilket er til skade for almenheden. I stedet for at anerkende udtrykkelige ikke-angrebsklausuler anføres det, at man alene bør give licensgiver en adgang til at ophæve patentlicensaftalen ved licenstagernes angreb uanset, om angrebet fører til patentets bortfald. Licensgiver kan herefter forhindre licenstagernes fortsatte udnyttelse af patentet via den almindelige patentret, det vil sige ved anlæggelse af krænkelssag.^{26 27}

Efter min vurdering findes der ikke i *gældende dansk ret* nogen regel om, at processuelt ugyldige aftaler ligeledes er civilretlige ugyldige. Derimod medfører den ovenfor refererede afgørelse fra svensk retspraksis, at ikke-angrebsklausuler som udgangspunkt er civilretligt gyldige i gældende ret, hvorfor de er forpligtende for både licenstagere og licensgiver. Således *bør* retstillingen ligeledes være, idet grundsætningen om aftalers overholdelse bør have større vægt end det almene patentretlige hensyn og hensynet til den forpligtede part, når der foreligger en udtrykkelig aftale om ikke-angreb. Almenhedens interesse tilgodeses tilstrækkeligt ved, at tredjemand fortsat uhindret kan angribe patentet. Endvidere varetages dette hensyn ved, at erstatningen for misligholdelse af en ikke-angrebsklausul fastsættes skønsmæssigt, jf. nedenfor i afsnit 9.2, hvorfor truslen om erstatningsansvar ikke bør afskrække licenstagere fra at angribe. For den forpligtede part er der heller ikke kun knyttet ulemper til en anerkendelse af udtrykkeligt aftalte ikke-angrebsklausuler. Som led i forhandlingerne kan en påtagelse af en ikke-angrebsforpligtelse have medført fordele for den forpligtede på andre områder af aftalen. Således kan en licenstagere eksempelvis have forhandlet sig frem til en lavere licensafgift mod at påtage sig klausulen, eller licensgiver kan have forhandlet sig frem til en højere

²⁵ Sandgren i NIR 1974, s. 257.

²⁶ Sandgren i NIR 1974, s. 271-272

²⁷ "Alternativet" er anerkendt konkurrenceretligt i gruppefritagelsesforordningen for teknologioverførelse, jf. dennes art. 5, stk. 1, litra c.

licensafgift mod at påtage sig den. Hvis klausulen tilsidesættes vil det i en sådan situation medføre, at grundlaget for aftalens øvrige rettigheder og forpligtelser bliver skævt.

Ud fra almindelige aftaleretlige principper, bør udgangspunktet imidlertid fraviges, hvor det ud fra en konkret vurdering af aftalens indhold og forudsætninger vil være urimeligt, at gøre ikke-angrebsklausulen gældende. Dette vil for det første være tilfældet, hvor den, der vil gøre klausulen gældende, er i ond tro om patentets gyldighed ved aftalens indgåelse, jf. aftalelovens § 30. For det andet vil det være tilfældet, hvor licensgiver, som den der vil gøre klausulen gældende, har givet en garanti for patentets gyldighed ved aftaleindgåelsen.²⁸ Endeligt må en ikke-angrebsklausul som en indgribende forpligtelse for både den forpligtede part og samfundet anses for ugyldig, hvor den omfatter andre patenter end det konkrete licenserede patent.²⁹ Derimod bør det ikke have betydning for en udtrykkelig aftalt klausuls gyldighed, at der efter aftalens indgåelse fremkommer sådanne oplysninger om patentet, at det vil være åbenbart, at patentet er ugyldigt, og når som helst kan blive erklæret ugyldigt gennem tredjemands indsigelse.³⁰ Risikoen herfor må den forpligtede part have kalkuleret med ved påtagelsen af ikke-angrebsklausulen.

4.1.2 Gyldigheden efter patentlicensaftalens ophør

Når en aftale falder bort, opsiges eller ophæves, vil de hovedforpligtelser, der udspringer af aftalen, almindeligvis ophøre. Dette vil gælde for licenstagernes forpligtelse til at betale licensafgift, og det samme vil gælde for licensgivers forpligtelse til at påtale krænkelse eller forpligtelse til at tillade, at licenstagere påtaler sådanne krænkelse. For visse biforpligtelser vil én eller begge parter imidlertid ikke være interesserede i et fuldstændigt ophør, hvorfor det aftales, at forpligtelsen skal gælde ud over hovedforpligtelsens ophør.³¹ Et eksempel på sådanne forpligtelser er typisk konkurrenceklausuler, men kan ligeledes være ikke-angrebsklausuler. Licensgiver har nemlig en interesse i, at licenstagere ikke udnytter informationen om patentets ugyldighed, som han har erfaret under licensaftalens forløb til at føre ugyldighedssag efter aftalens udløb.

Principperne i aftalelovens § 38, stk. 2 vedrørende konkurrenceklausulers gyldighed må kunne anvendes ved vurderingen af gyldigheden af en udtrykkelig ikke-angrebsklausul, der skal gælde efter patentlicensaftalens ophør. Gyldigheden heraf må derfor i høj grad afhænge af årsagen til ophøret af patentlicensaftalen. I det omfang licensgiver ophæver licensaftalen på grund af licenstagernes misligholdelse, bør licenstagere ikke belønnes herfor i form af, at ikke-angrebsklausulen ligeledes ophører. Det samme må gælde, hvor licenstagere selv opsiger aftalen uden at det skyldes licensgivers misligholdelse. Beror licensaftalens ophør i stedet på licensgivers mislighol-

²⁸ Således også Plesner i NIR 1975, s. 73

²⁹ Domeij: "Patentavtalsrett", s. 116.

³⁰ Heroverfor Plesner i NIR 1975, s. 73.

³¹ Bryde Andersen: "Praktisk aftaleret", s. 354f.

delse eller licensgivers opsigelse i utide, kan licensgiver sandsynligvis ikke støtte ret på ikke-angrebsklausulen.³²

4.2 Den processuelle gyldighed

4.2.1 Indledning

Som nævnt i punkt 1.3 er spørgsmålet i denne forbindelse, om parterne kan disponere over den i patentloven hjemlede anfægtelsesret med den retsvirkning, at domstolene og patentmyndigheden ikke kan prøve gyldigheden af patentet.³³

Forskellige principper præger behandlingen af ugyldighedssager for henholdsvis domstolene og patentmyndighederne. Domstolene arbejder efter forhandlingsprincippet, hvilket indebærer, at sagerne udelukkende afgøres på grundlag af de oplysninger, som parterne selv bringer ind i sagen gennem bevisførelsen. Endvidere er hensynet til at finde en løsning af de konkrete tvister mellem sagernes parter i højsædet for domstolene. På denne baggrund kan der argumenteres for, at domstolene bør anlægge en kontraktororienteret bedømmelse af gyldighedsspørgsmålet. Patentmyndighederne er at anse for forvaltningsmyndigheder, og som konsekvens heraf hersker officialprincippet, hvilket indebærer, at ansvaret for, at de nødvendige undersøgelser foretages, som hovedregel påhviler forvaltningen. Princippet sikrer i højere grad end forhandlingsprincippet, at patentmyndigheden når til det materielle rigtige resultat. I overensstemmelse med dette princip er patentmyndighedernes primære opgave at medvirke til, at kun gyldige patenter består, og derimod ikke et løse tvister mellem stridende parter.

På denne baggrund skal det i de to følgende punkter vurderes om, den processuelle gyldighed af ikke-angrebsklausuler afhænger af, om sagen bliver anlagt i det ene eller det andet regi.

4.2.2 Den processuelle gyldighed for patentmyndighederne

Før et patent meddeles påser patentmyndigheden ex officio, at patenterbarhedsbetingelserne er opfyldt ved en forundersøgelse, jf. patentlovens §§19-20. Derimod har patentmyndigheden ikke hjemmel til af egen drift at omprøve et meddelt patents gyldighed. På denne baggrund er det fundet relevant at skelne mellem ikke-angrebsklausuler i patentlicensaftaler vedrørende ansøgte og meddelte patenter.

Det skal i denne forbindelse først vurderes, hvorvidt en ikke-angrebsklausul i en licensaftale, der vedrører et ansøgt men endnu ikke meddelt patent, har processuel gyldighed. I bekræftende fald skal patentmyndighederne se bort fra en sådan indvending og eventuelle beviser, og fortsætte ansøgningens behandling på sagens øvrige grundlag. Det skal dog bemærkes, at en indsigelse om, at et ansøgt patent ikke opfylder patenterbarhedsbetingelser, formelt ikke kan gøres gældende førend, at patentet er meddelt, jf. patentlovens § 21. I det

³² Domeij: "Patentavtalätt", s. 116-117 hvor opfattelsen dog ikke støttes på principperne i aftalelovens § 38, stk. 2 eller lignende bestemmelser i svensk ret.

³³ Det må dog altid bero på en konkret fortolkning af klausulen, om parterne overhovedet har tilsigtet at give klausulen denne processuelle retsvirkning, eller om de alene har tilsigtet at give klausulen misligholdelsesvirkning.

omfang licenstager alligevel gør en indvending herom gældende, taler hensynet til at nå en materielt rigtig afgørelse for, at indvendingen sammen med eventuelle beviser herfor, skal betragtes som en del af sagens dokumenter, hvorpå den endelige afgørelse af, hvorvidt patentet skal udstedes, hviler. Når loven direkte forpligter patentmyndigheden til ex officio at prøve patenterbarhedsbetingelserne, må hensynet til at nå en materielt rigtig afgørelse tillægges så stor vægt, at heller ikke tilstedeværelsen af en ikke-angrebsklausul ændrer ved dette resultat.³⁴

Herefter skal det vurderes, om ikke-angrebsklausuler vedrørende et allerede meddelt patent har processuel gyldighed for patentmyndighederne. Den nordiske teori har ikke i særlig høj grad beskæftiget sig med dette spørgsmål, hvilket nok skal ses som et udtryk for, at man generelt ikke er af den opfattelse, at ikke-angrebsklausuler har processuel virkning for patentmyndighederne. *Schovsbo*³⁵ anfører til støtte for dette synspunkt for det første, at den generelle udvikling af anfægtelsesmulighederne i patentloven med indførelsen af omprøvelsesinstituttet, gør det nærliggende at antage, at en udtrykkelig ikke-angrebsklausul ikke skal kunne afskære hverken licenstagers eller licensgivers angrebsret for patentmyndighederne (og domstolene). Lovgiver har nemlig ved udvidelsen af anfægtelsesmulighederne vist sin intention om, at angrebsretten skal tillægges særlig vægt. *Domeij*³⁶ gør tilsvarende gældende, at adgangen for licenstager i den svenske patentlov til at gøre indsigelse mod et meddelt patent for patentmyndighederne ikke kan afskæres ved en aftale, idet forholdet mellem sagens parter på grund af officialprincippet ikke i denne henseende er dispositivt for patentmyndighederne.

Der er imidlertid ikke fuldstændig enig om den processuelle gyldighed for patentmyndighederne i den nordiske teori, idet *Borggård*³⁷ gør gældende, at patentmyndighederne skal respektere en mellem parterne gældende ikke-angrebsklausul, i det omfang klausulen ved dom er kendt civilretligt gyldig. Borggård skelner derfor ikke mellem civilretlig gyldighed og processuel gyldighed. Praksis fra EPO viser imidlertid klart, at man uanset den civilretlige gyldighed af ikke-angrebsklausuler ikke i dette regi finder dem processuelt gyldige.

*”Invoking a no-challenge obligation is incompatible with the object and the purpose of the centralized European opposition procedure, and in most cases does not lead to what is otherwise an admissible opposition being declared inadmissible.”*³⁸

*“Even where the opponent’s contractual relations with the proprietor are so strong that it is a no-challenge obligation (...), this has no effect on the admissibility of an opposition filed by it with the EPO (...).”*³⁹

³⁴ Borggård i NIR 1975, s. 90, samt Domeij: ”Patentavtalsrätt”, s. 117-118,

³⁵ Schovsbo: ”Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 136-137

³⁶ Domeij: ”Patentavtalsrätt”, s. 117-118

³⁷ Borggård i NIR 1975, s. 90f

³⁸ Indsigelsesafdelingens afgørelse i V 0007/92 af 13.05.1992, hovednote 1

³⁹ Indsigelsesafdelingens afgørelse i T 1204/97 – 3.3.5 af 11.04.2003, punkt 1.2

Endvidere er der flere indikationer på, at det har været lovgivers intention at give patentmyndigheden en vid adgang til at prøve gyldigheden af patenter på trods af, at der ikke er ex officio hjemmel her til. For det første kan nævnes patentlovens § 53b, stk. 3, hvorefter patentmyndigheden har hjemmel til at fortsætte den administrative behandling, hvis en anmodning om ugyldighed trækkes tilbage. For det andet kan nævnes fremkomsten af reglerne om administrativ omprøvelse af patentets gyldighed.

På baggrund af den refererede praksis fra EPO, samt indikationerne for lovgivers intention, synes det klart, at ikke-angrebsklausuler i *gældende dansk ret* ikke vil blive tillagt processuel virkning af patentmyndighederne på grund af hensynet til almenheden. Således *bør* retsstillingen også være, da hensynet bag den administrative omprøvelse ikke er knyttet til partsrelationen, men derimod båret af almene hensyn til, at ugyldige patenter ikke skal bestå.

4.2.3 Den processuelle gyldighed for domstolene

Diskussion i teorien har i højere grad vedrørt spørgsmålet om, hvorvidt parternes aftale kan afskære domstolenes adgang til at prøve realiteten i et ugyldighedsspørgsmål.

Det skal i denne forbindelse først vurderes, om der i dansk procesret gælder en almindelig regel om, at en part ikke kan disponere over sin ret til at anlægge en retssag, når der er knyttet almene interesser til et sådant søgsmål. *Sandgren*⁴⁰ anfører således, at ikke-angrebsklausuler er processuelle ugyldige, idet de strider mod den i svensk ret gældende grundsætning om, at aftaler om processuelle rettigheder er ugyldige, med mindre der foreligger udtrykkelig hjemmel herfor. At en sådan regel skulle være gældende i svensk ret betvivles dog af *Borggård*⁴¹, som derimod finder, at en sådan aftale kan være ugyldig ud fra sædvanlige aftaleretlige principper om utilbørlighed.

I dansk procesret gælder der alene en grundsætning om, at aftaler, der fraviger processuelle regler vedrørende retssagers tilrettelæggelse, kun er gyldige uden lovhjemmel, hvis intet væsentligt hensyn til det offentlige eller tredjemand taler imod fravigelsen, og aftalerne ikke giver en part væsentligt ringere beskyttelse end lovens almindelige regel.⁴² Ved afgørelsen af om sådanne aftaler skal respekteres af domstolene, skal der endvidere tages hensyn til, hvilke interesser de fravegne processuelle regler og aftalerne tjener og til parternes mulighed for ved aftalernes indgåelse at overskue deres følger.⁴³ Da ikke-angrebsklausuler ikke fraviger processuelle regler vedrørende en retssags tilrettelæggelse, men derimod vedrører retten til at gøre en søgsmålsgrund gældende, kan den nævnte grundsætning ikke antages at finde anvendelse. Da grundsætningen således ikke er afgørende for ikke-angrebsklausulers processuelle gyldighed, må forholdet anses for

⁴⁰ Sandgren i NIR 1974, s. 257

⁴¹ Borggård i NIR 1975, s. 90

⁴² Lindencrone og Werlauff: "Dansk Retspleje" s. 293f.

⁴³ Gomard: "Civilprocessen", s. 544

at være dispositivt, medmindre de bag patentloven hvilende almene hensyn skal tillægges afgørende vægt af domstolene.

Diskussionen i teorien har da også hovedsagligt vedrørt spørgsmålet om afvejningen mellem de almene hensyn og de kontraktorienteret hensyn til den passive part, typisk licensgiver. Flertallet i den nordiske teori antager, at ikke-angrebsklausuler ikke i gældende ret har processuelle gyldighed for domstolene på grund af de almene patentretlige hensyn. *Sandgren*⁴⁴ fastslår således, at hensynet til denne almene interesse medfører, at en ikke-angrebsklausul ikke kan afskære licenstagere angrebsret i gældende svensk ret. *Stenvik*⁴⁵ gør tilsvarende gældende, at et ugyldighedssøgsmål anlagt af licenstagere i strid med en udtrykkelig ikke-angrebsklausul, ikke kan afvises af domstolene. *Schovsbo* er som nævnt i afsnit 4.2.2 af samme opfattelse. En afgørelse fra Stockholms tingsrätt⁴⁶ støtter disses synspunkt:

I sagen havde kærende, Medart, anlagt kæremål med påstand om, at indstævnte LBK's patent var ugyldigt. LBK gjorde heroverfor gældende, at kæremålet burde afvises, idet Medart var bundet af en ikke-angrebsklausul. Der var mellem parterne tvist om, hvorvidt der overhovedet var aftalt en ikke-angrebsklausul. Tingsretten fandt, at det var underordnet, om det pågældende aftalevilkår udgjorde en ikke-angrebsklausul, idet en sådan aftale ikke havde nogen bindende procesretlig virkning.

Den processuelle ugyldighed synes efter disse forfatteres opfattelse at være absolut. Således findes end ikke parternes onde tro om gyldigheden ved indgåelse af licensaftalen at kunne føre til, at domstolene, ved et angreb fra licenstagere side, finder klausulen processuel gyldig. Begge parter eller licensgivers onde tro herom findes blot at være endnu et argument for, at klausulen ikke skal have processuel virkning. Heller ikke licenstagere onde tro skal medføre, at klausulen får processuel virkning, idet den almene interesse ikke bør tilsidesættes blot fordi en enkelt person, licensgiver, er blevet ført bag lyset.⁴⁷

Heroverfor gøres fra andre dele af teorien gældende, at ikke-angrebsklausuler, som af domstolene er kendt civilretligt gyldige, tillige er eller bør være processuelt gyldige. Efter denne opfattelse skal en ikke-angrebsklausul således hovedsagligt anses som en materielretlig klausul, som både har civilretlig og processuel bindende retsvirkning efter sit indhold. *Domeij*⁴⁸ støtter synspunktet på, at domstolene alene skal afgøre tvister mellem de konkrete parter, og derfor ikke som patentmyndighederne skal tage hensyn til, at ugyldige patenter skal fjernes fra systemet. *Borggård* er som det også er nævnt i punkt 4.2.2 af samme opfattelse af gældende ret. *Rissanen*⁴⁹ finder den processuelle gyldighed mere tvivlsom i gældende ret, men det gøres dog gældende, at klausulen bør have processuel gyldighed, hvis den har civilretlig gyldighed. Til støtte herfor anføres, at den ikke-angribende

⁴⁴ Sandgren i NIR 1974, s. 252ff.

⁴⁵ Stenvik: "Patentrett", s. 464, note 925

⁴⁶ Stockholms tr. 7 avd. beslut 20.2.1973 i sagen Medart Production AB mod LBK Produkter AB (sag nr. T 281/72). Afgørelsen er refereret i NIR 1974, s. 253ff.

⁴⁷ Sandgren i NIR 1974, s. 257

⁴⁸ Domeij: "Patentavtalsrätt", s. 117-118

⁴⁹ Rissanen i NIR 1975, s. 77ff

parts og almenhedens interesse kan være sammenfaldende, idet en anerkendelse af klausulens bindende virkning er tids- og omkostningsbesparende for det offentlige, idet færre retssager anlægges. Til støtte for denne opfattelse i teorien kan henvises til en norsk byretsdom og lagmannsretsdom i samme sag⁵⁰, hvor begge instanser tillagde ikke-angrebsklausulen processuel gyldighed, og dermed forudsatte, at licenstagere kan disponere over sin søgsmålsret.

Forholdet i sagen var det, at en schweizisk indehaver af en patenteret båd licenserede sine patentrettigheder til et svensk værft samt et italiensk værft. Der blev i den forbindelse aftalt en ikke-angrebsklausul med det italienske værft. En båd bygget i henhold til licensaftalen blev solgt af det italienske værft til et italiensk rederi, som solgte den videre til et norsk rederi. Patenthaveren krævede et gebyr af det norske rederi, som afviste kravet, hvorfor krænkelssag blev anlagt. Krænkelssagen blev imidlertid standset, idet både det italienske og det norske rederi begge anlagde ugyldighedssøgsmål mod patenthaveren. Både byretten og lagmannsretten tog stilling til ikke-angrebsklausulens processuelle virkning. Byretten fandt, at der forelå selskabsretlig identitet mellem det italienske rederi og det italienske værft, hvorfor det italienske rederis søgsmål blev afvist på grund af ikke-angrebsklausulen. Patentet blev imidlertid kendt ugyldigt i søgsmålet fra det norske rederi. Lagmannsretten fandt, at det italienske rederi ikke var at identificere med det italienske værft, hvorfor det italienske rederi ikke var bundet af licenstagernes ikke-angrebsklausul. Ugyldighedspåstanden kunne derfor ikke afvises præjudicielt.

I dommene havde det italienske rederi, sagsøger, ikke nedlagt påstand om, at ikke-angrebsklausulen var civilretlig gyldig. På grundlag af forhandlingsprincippet må begge retter derfor have lagt den civilretlige gyldighed til grund for sin afgørelse af den processuelle gyldighed.

Endelig er det i teorien blevet gjort gældende, at domstolene i visse tilfælde i gældende ret vil anerkende ikke-angrebsklausulers processuelle gyldighed. *Bergwitz-Larsen*⁵¹ anfører således forsigtigt, at en ikke-angrebsklausul i gældende svensk ret som udgangspunkt er processuelt ugyldig. Domstolenes behov for at lade en licenstagere i en sådan situation prøve gyldigheden varierer imidlertid, hvorfor de antages at ville anlægge en konkret vurdering af, hvorvidt det vil være uacceptabelt at afskære prøvelsen af gyldigheden af patentet på grund af parternes aftale. Efter denne opfattelse vil der for det første ikke være et påtrængende behov for at give licenstagere søgsmålsret, hvor der er flere sagsøgere, der bestrider gyldigheden, idet domstolene blot kan behandle ugyldighedsspørgsmålet på grundlag af en af de øvrige påstand. Herved opnås både en respekt for kontraktsretten og for det patentretlige system. For det andet kan domstolene afvise sagen, hvor ugyldighedsindsigelser tidligere er gjort gældende for retten. Endelig kan sagen for det tredje afvises, hvor en eller begge parter er i ond tro ved aftaleindgåelsen. De ovenfor refererede by- og lagmannsretsdomme kan også siges at tale for denne opfattelse, idet de næppe udgør et entydigt præjudikat.⁵² I sagen havde andre ligeledes bestridt

⁵⁰ Oslo byrets dom af d. 3. nov. 1972 og Eidsivating Lagmannsret dom af 24. maj 1974

⁵¹ Bergwitz-Larsen i NIR 1975, s. 80ff

⁵² Bergwitz-Larsen i NIR 1975, s. 82

gyldigheden, og det var derfor ikke tvingende nødvendigt for retten at behandle licenstagernes ugyldighedspåstand for at nå frem til, at patent var ugyldigt. Ligeledes havde parterne ikke rejst et direkte spørgsmål om muligheden for at råde over søgsmålsretten. Disse forhold kan antageligt have påvirket dommens vurdering af den processuelle gyldighed.

De to refererede domme om processuel gyldighed peger således i hver deres retning, og der findes ingen danske afgørelser om spørgsmålet. Generelt må gælde, at hensynet til almene interesser ikke kan tillægges samme vægt for domstolene som for patentmyndighederne, idet domstolene som nævnt skal afgøre konkrete tvister og er styret af forhandlingsmaksimen. Lovgiver har endvidere hverken givet domstolene hjemmel til *ex officio* i krænkelsessager at vurdere spørgsmålet om patentets gyldighed, eller givet domstolene hjemmel til at prøve gyldigheden, hvis en part frafalder sin påstand. Dette må tilsammen medføre, at domstolene *er og bør* være bundet af parternes civilretlige gyldige aftale, og derfor skal afvise sagen præjudicielt. De patentretlige almene hensyn må anses for tilstrækkeligt varetaget ved, at den mellem parterne gældende aftale ikke forhindrer tredjemand i at anfægte gyldigheden.

4.3 Den konkurrenceretlige gyldighed

4.3.1 Indledning

Patentlicensaftaler fremmer normalt den økonomiske effektivitet og skærper konkurrencen mellem licensgiver og licenstag eller tredje-parter, idet de kan forhindre dobbeltarbejde inden for forskning og udvikling, styrke incitamentet til at iværksætte indledende forskning og udvikling, fremme trinvis innovation, lette spredningen af teknologi og skabe konkurrence på produktmarkederne.⁵³ Således bryder patentlicensaftaler det ved eneretten tildelte ”monopol”, samt den eksklusive viden, der er indeholdt i den tilknyttede knowhow, til gavn for konkurrencen på markedet. På den anden side kan de i patentlicensaftalen ofte indeholdte klausuler indeholde en begrænsning af konkurrencen.

Således opstår spørgsmålet, om ikke-angrebsklausuler i patentlicensaftaler er i strid med forbuddet mod konkurrencebegrænsende aftaler i henholdsvis EF-traktatens art. 81 stk. 1 og KRL § 6. I den forbindelse skal for det første under punkt 4.3.2 vurderes, om konkurrence-loven overhovedet finder anvendelse på ikke-angrebsklausuler, eller om disse er omfattet af patentretten. Bedømmelsen af ikke-angrebsklausuler efter de konkurrenceretlige regler i EU og Danmark foretages herefter under punkt 4.3.3 og 4.3.4.

Derimod opstår der ikke et spørgsmål om, hvorvidt EF-traktatens art. 28 ff. er til hinder for ikke-angrebsklausuler, idet disse regler vedrører anvendelsen af national lovgivning, der forhindrer den fri bevægelighed af varer, og ikke gyldigheden af aftaler mellem virksomheder.⁵⁴

⁵³ Forordning 772/2004 af 7.4.2004, s. 1

⁵⁴ Bayer/Süllhöfer, sag 65/86, præ. afg. af 27.9.1988

4.3.2 Konkurrencerettens forhold til patentretten og ikke-angrebsklausuler

Konkurrencerettens *formål* er at fremme den teknologiske udvikling og herved opnå et velfungerende effektivt marked. Immaterialretten har det langsigtede formål at fremme innovationen i samfundet, idet tildeling af enerettigheder tvinger til nytænkning i stedet for efterligning af eksisterende opfindelser mv. Immaterialretten sigter derfor ligeledes på at øge den teknologiske udvikling og produktion i samfundet. For både immaterialretten og konkurrenceretten gælder således, at et marked præget af innovation og effektiv ressourceallokering er målet.⁵⁵

Den grundlæggende konflikt mellem immaterialretten og konkurrenceretten opstår først, når man ser på brugen af de konkrete *virkemidler*. Hvor konkurrencerettens virkemiddel er den "fri konkurrence", er immaterialrettens virkemiddel tildeling af en enerettighed, en eksklusivstilling, der sætter rettighedshaveren i stand til at forhindre andre virksomheder i at bevæge sig ind på det pågældende marked.⁵⁶ Den immaterialretlige konkurrencebegrænsning er dog specifik, i modsætning til almindelige konkurrencebegrænsninger i form af aftaler, idet den alene angår de beskyttede enerettigheder, og ikke markedsområdet som helhed.⁵⁷

Det er i denne konflikt mellem immaterialretten og konkurrenceretten, at immaterialretten finder sin drivkraft og eksistensberettigelse. Eneretskonstruktionen giver således kun mening på et marked med fri konkurrence, idet der i modsat fald ikke ville være behov for eneretsbeskyttelse.⁵⁸ Konkurrenceretten forudsætter imidlertid også immaterialretten, idet udbuddet ville mindskes til skade for konkurrencen på et marked, hvor der ikke blev tildelt nyskabelser eneretsbeskyttelse.

Det er utvivlsomt, at konflikten mellem immaterialretten og konkurrenceretten normalt skal løses til fordel for førstnævnte. Dette er den lovbestemte løsning, og udtrykkes som princippet om immaterialrettens primat. Det må imidlertid i den forbindelse holdes for øje, at udgangspunktet i dansk ret er fri konkurrence, og eneretspositioner derfor kun accepteres, hvis de har udtrykkelig lovhjemmel. Fastlæggelsen af lovbestemte enerettigheders grænser har derfor betydning for, om ikke-angrebsklausuler kan antastes af konkurrencelovgivningen.⁵⁹

Grundopfattelsen i EU vedrørende enerettigheders grænser bygger på en teori, der sonderer mellem patentretligt virkende licenstagerbegrænsninger, som er konkurrenceretten uvedkommende, og aftaleretligt virkende licenstagerbegrænsninger, som er underlagt konkurrencereglerne.⁶⁰ Tilsidesætter licenstager en patentretligt virkende be-

⁵⁵ Schovsbo mfl.: "Konkurrenceretten i EU", s. 390

⁵⁶ Schovsbo "Immaterialrets aftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 60

⁵⁷ Koktvedgaard: "Lærebog i Konkurrenceret", s. 235

⁵⁸ Schovsbo: "Grænsefaldespørgsmål", s. 10

⁵⁹ Schovsbo: "Grænsefaldespørgsmål", s. 10f.

⁶⁰ Dette fremgår af den af Kommissionen i d. 24.12.1962 udsendte meddelelse vedrørende patentlicensaftaler, det såkaldte "Julebudskab" (ABL 2922). Heri var angivet en række ofte forekommende klausuler i patentlicensaftaler, som ikke

grænsning, gør han sig skyldig i en patentkrænkelse, som kan forfølges med de patentretlige sanktioner som eksempelvis erstatning, forbud og straf. Herudover foreligger der også et aftalebrud, som har almindelig misligholdelsesvirkning. Tilsidesættes en aftaleretlig begrænsning har det alene misligholdelsesvirkning.⁶¹

Teorien om de i patentet indeholdte begrænsninger er nært beslægtet med teorien om ”det mindre i det mere”, hvorefter en patenthaver som det mindre må kunne fastsætte særlige vilkår i patentlicensaftalen uden at de berøres af konkurrenceretten, når han som det mere i henhold til patentretten suverænt kan bestemme, om patentet overhovedet skal udnyttes gennem licensering.⁶² Baggrunden for teorierne må nok søges i, at patentrettens begrænsninger på længere sigt virker konkurrencefremmende, og derfor ud fra bredere samfundsmæssige hensyn må accepteres.⁶³

Teorien om de i patentet indeholdte begrænsninger er ofte blevet kritiseret, særligt på grund af den omstændighed, at sondringen mellem de begrænsninger, der anses for dækkede af patentets indhold og dem, der ikke er, synes vilkårlig. Herudover synes det vilkårligt, at konkurrencebegrænsende vilkår pålagt licensgiver ikke omfattes af teorien, ligesom den kun dækker begrænsninger, der optræder i rene licensaftaler.⁶⁴ Uanset disse kritikpunkter har Kommissionen og Domstolen, som det fremgår nedenfor i punkt 4.3.3, flere gange i sin praksis henvist til teorien som begrundelse for ikke-angrebsklausulers ugyldighed. På baggrund af denne praksis er det klart, at ikke-angrebsklausuler ikke i gældende ret er omfattet af patentets indhold, og derfor kan være i strid med konkurrencelovgivningen. Under hvilke omstændigheder de strider herimod, skal vurderes nedenfor i punkterne 4.3.3 og 4.3.4.

4.3.3 Den konkurrenceretlige bedømmelse af ikke-angrebsklausuler i praksis

Den konkurrenceretlige bedømmelse af ikke-angrebsklausuler på EU-retligt plan har varieret voldsomt over tid. Så vidt ses findes der ikke afgørelser fra de danske konkurrencemyndigheder eller domstole, der tager stilling til ikke-angrebsklausulers konkurrenceretlige gyldighed efter KRL § 6. Disse må imidlertid forventes at følge den i EU-praksis fastsatte linje.

Kommissionen anlagde tidligere en streng konkurrenceretlig bedømmelse af ikke-angrebsklausuler. I Davidson-Rubber-sagen⁶⁵ fandt Kommissionen således, at den pågældende ikke-angrebsklausul var konkurrenceretlig ugyldig på grund af hensynet til licenstagernes kon-

blev anset for stridende mod EFT art 81, stk.1. Begrundelsen herfor var, at klausulerne var dækket af ”patentets indhold”, og derfor alene medførte forpligtelser, der opretholdt patenthaverens forbudsbeføjelser over for licenstageren. Ikke-angrebsklausuler var ikke blandt de opregnede klausuler.

⁶¹ Fejøl: ”Monopol og Marked”, s. 582

⁶² Iversen m.fl.: ”Konkurrenceretlige emner”, s. 199

⁶³ Fejøl: ”Monopol og Marked”, s. 584-585

⁶⁴ Fejøl: ”Monopol og Marked”, s. 587

⁶⁵ Besl. 72/237 EØF: Davidson Rubber Co.

kurrencefrihed. I Raymond-Nagoya-sagen⁶⁶ fandtes den af licenstagere påtagne ikke-angrebsklausul at være i strid med TEF art 81, stk.1 med tydelig adresse til teorien om ”patents indhold”. Der blev endvidere henvist til både licenstagere og offentlighedens interesse i den konkurrenceretlige ugyldighed. Gennem ikke-angrebsklausulen blev licenstagere frataget muligheden for via angreb at få nedsat licensafgiften og få ophævet begrænsninger, hvorved hans konkurrencemæssige stilling på markedet som konkurrent ellers ville blive styrket. Stillingen for andre virksomheder, som ville være interesserede i at producere de licenserede produkter, samt for forbrugerne ville ligeledes blive forbedret.

Der var også pålagt licenstagere en ikke-angrebsklausuler i AIOP/Beyard-sagen⁶⁷, Vaessen/Moris-sagen⁶⁸ Windsurfing International-sagen⁶⁹ og Royon/Meilland-sagen⁷⁰ over for hvilke Kommissionen skred ind med henvisning til den almene interesse i at fejlagtige udstedte patenter annulleres. Under hensyn hertil fandt Kommissionen, at licenstagere kunne angribe patentets gyldighed, uanset licenstagere ville være bedst i stand hertil på grundlag af de oplysninger, som licensgiver under forholdets beståen måtte have forsynet ham med. Kontraktbaserede loyalitetsmæssige hensyn til licensgiver tillagde Kommissionen derfor ingen betydning overfor hensynet til almenhedens interesse. I AIOP/Beyard-sagen henviste Kommissionen endvidere udtrykkeligt til teorien om patentets indhold.

Det kan generelt siges om Kommissionens daværende praksis, at klausulerne ofte under direkte eller indirekte henvisning til teorien om patentets indhold samt hensynet til licenstagere eller almenheden blev anset som stridende mod EFT art 81, stk.1 uden stillingtagen til den enkelte sags konkrete omstændigheder. Kommissionen var af den opfattelse, at licenstagere og i særdeleshed den almene interesse i, at den frie konkurrence bestod, var vigtigere end hensynet til parternes interne kontraktretlige forpligtelser.⁷¹ Denne holdning skyldtes nok, at Kommissionen ikke havde en formodning for patentets gyldighed uanset patentmyndighedernes forundersøgelser.

Domstolens holdning til ikke-angrebsklausuler i Windsurfing-sagen faldt helt i tråd med Kommissionens strenge praksis. Således udtalte Domstolen, at;

*”...en sådan klausul åbenbart ikke hører ind under patentets særlige genstand, der ikke kan fortolkes således, at det også sikrer beskyttelse mod søgsmål, hvorunder gyldigheden af et patent anfægtes, idet det er i den offentlige interesse at fjerne enhver hindring for den økonomiske aktivitet, der kan opstå, når der med urette meddeles et patent”.*⁷²

⁶⁶ Besl. af 9.6.1972: Raymond-Nagoya

⁶⁷ Besl. 76/29 EØF: Association des Ouvriers en Instruments de Précision mod Beyard, EFT 1976 L 6/8

⁶⁸ Besl. 79/86 EØF, Vaessen mod Morris, dato???

⁶⁹ Besl. 83/400 EØF Windsurfing International, 11.7.1983

⁷⁰ Besl. 85/561 EØF: René Royon mod Alain Meilland, 13.12.1985

⁷¹ Besl. 85/561 EØF: René Royon mod Alain Meilland, punkt 23

⁷² Pkt. 92 i sag 193/83: Windsurfing International, 25.2.1986

Domstolens holdning til ikke-angrebsklausuler ændredes imidlertid i Bayer/Süllhöfer-sagen⁷³, hvor den udtalte følgende:

”En ikke-angrebsklausul i en patentlicensaftale kan, alt efter den retlige og økonomiske sammenhæng, indebære en konkurrencebegrænsning i Traktatens artikel 85, stk. 1’s [nu art. 81, stk. 1]forstand. En sådan klausul udgør imidlertid ikke en konkurrencebegrænsning, hvis den forekommer i forbindelse med en vederlagsfrit meddelt licens, og licenstagernes konkurrencemæssige stilling derfor ikke forringes som følge af licensbetaling, eller hvis licensen er meddelt mod vederlag, men vedrører en teknisk forældet produktionsmetode, som den virksomhed, der har påtaget sig ikke-angrebsforpligtelsen, ikke påtænker at anvende.”

På den baggrund fandtes der ikke at være tale om en konkurrencebegrænsning, og den konkrete klausul blev derfor anset for konkurrenceretlig gyldig. Dommen indebar dermed en ændring af metoden ved bedømmelsen af ikke-angrebsklausuler. Således blev der anlagt en helhedsvurdering i stedet for en kategorisk afvisning af klausulen uden stillingtagen til sagens konkrete omstændigheder. Metodeændringen indebar en lempelse af den konkurrenceretlige vurdering af ikke-angrebsklausuler, som fortsat gælder i dag.⁷⁴ Dommen viser samtidig, at der skal lægges afgørende vægt på hensynet til den enkelte licenstagernes konkurrencefrihed, og ikke som førhen antaget af Kommissionen og Domstolen hensynet til den almene interesse i konkurrencefrihed. På denne baggrund kan dommen anføres til støtte for, at en kontraktorienteret vurdering af ikke-angrebsklausuler har vundet indpas.⁷⁵

4.3.4 Den konkurrenceretlige gyldighed i dansk ret på baggrund af praksis

Med hjemmel i EFT art. 81, stk. 3 har Kommissionen tidligere udstedt den første *gruppefritagelsesforordning vedrørende teknologioverførsel*, Kfo 2349/84 om patentlicensaftaler. Som udtryk for Kommissionens og Domstolens daværende praksis og erfaringer, var en ikke-angrebsklausul optaget på den sorte liste, hvilket indebar, at en ikke-angrebsklausul altid blev betragtet som værende i strid med forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler. Metodeændringen i domstolspraksis førte i Kfo 240/96 og den nugældende teknologioverførselsforordning⁷⁶ til et mere liberalt syn på ikke-angrebsklausuler. Efter den nugældende teknologioverførselsforordning kan ikke-angrebsklausuler indgået mellem konkurrenter eller ikke-konkurrenter ikke opnå fritagelse efter forordningen, jf. forordningens art. 5, stk. 1,

⁷³ Sag 65/86: Bayer mod Süllhöfer, præ. afg. af 27.9.1988

⁷⁴ Lidgaard: ”Licensavtal i EU”, s. 259f

⁷⁵ Således også Koktvedgaard i U2001B471. Derimod synes Schovsbo i ”Immaterielrets aftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 142 af den opfattelse, at den konkurrenceretlige accept af ikke-angrebsklausuler er udtryk for en standardiseret vurdering af de almene interesser, der er knyttet til aftaletypen.

⁷⁶ Kfo 772/2004. Gennemført i dansk ret i medfør af KRL § 10 ved bkg. nr. 622 af 16.6.2004 for kategorier af teknologioverførselsaftaler som ændret ved bkg. nr. 486 af 16.6.2005

litra c, men kan derimod opnå individuel fritagelse. Det følger af artikel 5, at gruppefritagelsen kan bringes i anvendelse på resten af licensaftalen, selvom den indeholder en ikke-angrebsklausul.⁷⁷

*Gruppefritagelsesforordningen for aftaler om forskning og udvikling*⁷⁸ gælder for aftaler mellem to eller flere virksomheder om fælles forskning og udvikling af produkter eller produktionsmetoder og/eller fælles udnyttelse af forsknings- og udviklingsresultater. Ikke-angrebsklausuler falder uden for fritagelsen, og medfører tillige at hele licensaftalen udelukkes fra fritagelsen, jf. art 5, stk.1 litra b.

Idet ikke-angrebsklausuler således falder udenfor begge gruppefritagelsesforordninger, er det nødvendigt at foretage en individuel vurdering i henhold til EFT art. 81, stk. 3 og KRL § 8, stk. 1 af ikke-angrebsklausulers konkurrencebegrænsende og konkurrencefremmende virkninger. Dette gælder for ikke-angrebsklausuler pålagt såvel licenstagere som licensgiver. I denne forbindelse skal der i *gældende dansk ret* i overensstemmelse med praksis i EU anlægges en helhedsvurdering af ikke-angrebsklausulens konkurrenceretlige virkninger set i lyset af den konkrete retlige og økonomiske sammenhæng.⁷⁹ Generelt har en række faktorer betydning for, om klausulen kommer i strid med konkurrenceretten, herunder aftaleparternes markedsandele, efterspørgslen efter slutproduktet, hvorvidt der er tale om en horisontal eller vertikal aftale, hvorvidt aftalen som helhed har konkurrencefremmende formål, sandsynligheden for at der foreligger en ugyldighedsgrund osv.⁸⁰ En ikke-angrebsklausul er i denne forbindelse ikke uden videre konkurrenceretlig gyldig blot fordi, at den er vedtaget som led i et forlig vedrørende et patents gyldighed.⁸¹

En sådan helhedsvurdering *bør* som udgangspunkt føre til, at ikke-angrebsklausuler er konkurrenceretligt gyldige.⁸² Det patentretlige hensyn må anses for tilstrækkeligt tilgodeset ved den i dansk ret eksisterende brede adgang til administrativ omprøvning, idet det må antages, at konkurrenterne til licensaftalens parter vil anfægte et patent, der muligvis er ugyldigt. Undtagelse må for det første gøres, i det omfang en aftale udgør et forsøg på at cementere et ugyldigt meddelt patent således, at aftalens egentlige formål er at afskære licenstagere fra at anfægte patentet – et såkaldt collusionstilfælde.⁸³ I så fald bør en ikke-angrebsklausul ikke accepteres, idet parterne i forhold til konkurrenterne og forbrugerne søger at drage fordel af et ugyldigt patent. Det er en første forudsætning for, at et sådant collusionstilfælde består, at begge parter eller blot den ikke-forpligtede part er i ond tro om pa-

⁷⁷ Kommissionens retningslinjer for anvendelse af EF-traktatens art 81 på teknologioverførelsesaftaler; 2004/C 101/02, punkt 107.

⁷⁸ Kfo 2659/2000. Gennemført i dansk ret i medfør af KRL § 10 ved bkg. nr. 1212 af 18.12.2000 for kategorier af forsknings- og udviklingsaftaler som ændret ved bkg. nr. 487 af 15.6.2005.

⁷⁹ Madsen: "Markedsret del 2", s. 243 note 26

⁸⁰ Stenvik: "Patentrett", s. 464

⁸¹ Jf. EF-domstolens bemærkninger i punkt 14 og 15 i Bayer/Süßhøfer-sagen

⁸² Schovsbo: "Immaterialretsftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 137f., Iversen m.fl.: "Konkurrenceretlige emner", s. 231

⁸³ Schovsbo: "Immaterialretsftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 137f, Iversen m.fl.: "Konkurrenceretlige emner", s. 231

tentets gyldighed ved aftalens indgåelse, og at parterne har en stærk position på markedet for de pågældende produkter.

For det andet bør en ikke-angrebsklausul nok heller ikke accepteres konkurrenceretligt, hvor den efter sit indhold skal gælde efter licensaftalens ophør, idet dette er en for vidtgående indskrænkning af licenstagernes konkurrencemæssige stilling.⁸⁴ Endelig for det tredje bør undtagelse gøres, hvis den overførte teknologi er meget værdifuld, og derfor forringer konkurrenceevnen for virksomheder, der forhindres i at benytte teknologien eller kun må benytte den mod betaling af royalties.⁸⁵

5 Stiltiende ikke-angrebsklausuler

5.1 Generelt om den almindelige loyalitetspligt mellem patentlicensaftalens parter

Ethvert kontraktforhold, herunder patentlicensaftaler, omfatter foruden de hovedforpligtelser, der påhviler parterne, i almindelighed nogle biforpligtelser. Disse kan være uomtalt i kontrakten, hvilket gælder den almindelige forpligtelse til at udvise loyalitet i kontraktforholdet under rimelig hensyntagen til den anden parts interesser.

Loyalitetsforpligtelsen er naturligvis størst under et kontraktforholds beståen, hvor forpligtelsen i øvrigt varierer efter det konkrete retsforholds art. Langvarige og komplekse patentlicensaftaler medfører således en mere vidtgående loyalitetsforpligtelse end kortvarige og simple aftaler. Også efter et kontraktforhold ophør kan parterne være forpligtet til en øget loyal optræden over for hinanden.⁸⁶

Loyalitetsforpligtelsen gælder rent kontraktretligt, og misligholdelse kan derfor få civilretlige retsfølger. Herudover gælder den også konkurrenceretligt, som en pligt til at tage særlige konkurrencemæssige hensyn, hvorfor en overtrædelse af loyalitetspligten vil være i strid med god markedsføringsetik, jf. markedsføringslovens § 1. Loyalitetsforpligtelser omtales undertiden også som ”naturlige konkurrenceklausuler”, der uden udtrykkelig aftale herom indlægges i kontrakten, og uden at beskyttelsesobjektet er erhvervshemmeligheder eller lignende.⁸⁷

5.2 Stiltiende ikke-angrebsklausuler med civilretlig virkning

5.2.1 Indledning

Indledningsvis skal det anføres, at stiltiende ikke-angrebsklausuler ikke kan anses for afskaffet på grund af konkurrencelovens § 8, der indeholder krav om anmeldelse, og dermed forudsætter, at vilkåret er

⁸⁴ Domeij: ”Patentavtalsrätt”, s. 116

⁸⁵ Kommissionens retningslinjer for anvendelsen af EF-traktatens artikel 81 på teknologioverførelsesaftaler”, EU-Tidende nr. C 101 af 27/04/2004, s. 0002-0042, punkt 112.

⁸⁶ Madsen: ”Markedsret del 2”, s. 260 og 271

⁸⁷ Madsen: ”Markedsret del 2”, s. 257-259

gjort eksplicit.⁸⁸ Dette skyldes, at ikke-angrebsklausuler som nævnt i afsnit 4.3. ikke altid skal anmeldes, og slet ikke, hvis forholdet er omfattet af bagatelreglen i konkurrencelovens § 7.⁸⁹

Vurderingen af eksistensen og udstrækningen af en stiltiende ikke-angrebsklausul beror derfor på en afvejning af forskellige hensyn overfor hinanden. Nedenfor i afsnit 5.2.2 diskuteres det almene patentretlige hensyn nærmere, mens hensynene til licenstagere og licensgiver som forpligtede parter diskuteres i henholdsvis afsnit 5.2.3 og afsnit 5.2.4.

5.2.2 Udgangspunktet for loyalitetspligten

Den almindelige loyalitetspligt tager sit udgangspunkt i partsrelationen: ”Man bør være mod andre, som man forventer, at de skal være mod en selv”.⁹⁰ Det må imidlertid afgøres, om den mellem patentlicensaftalens parter gældende loyalitetspligt også skal tage udgangspunkt heri, eller om den skal tage sit udgangspunkt i de bag patentloven liggende almene interesser.

I teorien har opfattelserne været delt i to. På den ene side gør Plesner⁹¹ gældende, at licensaftalen må betragtes som en form for fælleseje eller et selskabslignende forhold, hvoraf følger en gensidig loyalitetspligt til gennemførelse af det fælles hovedformål: opfindelsens bedst mulige udnyttelse. Heraf fremgår, at Plesner er af den opfattelse, at loyalitetspligten mellem licensgiver og licenstagere skal tage udgangspunkt i partsrelationen. På dette grundlag antages der at eksistere en stiltiende ikke-angrebsklausul mellem aftalens parter.

På den anden side er Schovsbo⁹² kritisk overfor denne holdning, idet der henvises til, at udviklingen i konkurrenceretten går mod en bredere accept af ikke-angrebsklausuler, samt at fremkomsten af reglerne om administrativ omprøvning viser, at loyalitetsforpligtelsen i stedet bør tage udgangspunkt i den samfundsmæssige interesse i et effektivt og velfungerende patentsystem bestående af gyldige patenter. Schovsbo finder det blandt andet på grundlag heraf tvivlsomt, om der obligationsretligt eksisterer en stiltiende ikke-angrebsforpligtelse mellem patentlicensaftalens parter.

Som det fremgår ovenfor i punkt 4.3.3 er det min opfattelse, at Bayer/Süllhöfer-sagen medfører, at hensynet til almenheden er trængt i baggrunden i forhold til hensynet til licenstagere og til hensynet til kontraktens overholdelse. Udviklingen i konkurrenceretten i retningen mod en øget accept af udtrykkelige ikke-angrebsklausuler kan derfor bruges som et argument for, at loyalitetspligten skal tage udgangspunkt i partsrelationen. Da patentlicensaftaler endvidere i deres natur er obligationsretlige aftaler, er det naturligt, at loyalitetsforpligtelsen også i patentlicensaftaler har dette udgangspunkt. Dette understøttes

⁸⁸ Schovsbo: ”Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 141

⁸⁹ Madsen: ”Markedsret del 2”, s. 244

⁹⁰ Bryde Andersen: ”Grundlæggende aftaleret”, s. 472

⁹¹ Plesner i Juristen 1955, s. 222

⁹² Schovsbo: ”Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten”, s. 140-141

af, at grundlaget for de til en patentlicensaftale knyttede aftaler, såsom knowhowlicensaftaler og krydslicensaftaler, vil blive forrykket, hvis et angreb af hensyn til tredjemand tillades. Måtte loyalitetspligten afskære patentlicensaftalens parter fra at angribe patentet, vil den almenne interesse også i denne forbindelse blive tilstrækkeligt tilgodeset ved, at tredjemand fortsat kan angribe dets gyldighed.

5.2.3 Stiltiende ikke-angrebsklausuler i forhold til licenstagere

Som nævnt i afsnit 3 kan hensynet til licenstagere tale imod eksistensen af en stiltiende ikke-angrebsklausul. Dette vil da også være i overensstemmelse med almindelige aftaleretlige principper om, at indgribende vilkår kræver udtrykkelig klarhed for at blive anset for vedtaget. Dette gælder især for tyngende vilkår i standardkontrakter, som licensaftaler ofte udgør.⁹³

Heroverfor står imidlertid en række obligationsretlige principper, som kan udledes af princippet om aftalers bindende virkning. For det første skal nævnes den almindelige formodning imod, at parterne til en aftale har tilsigtet at etablere et ensidigt retsforhold, det vil sige en retsstilling, hvor kun den ene part er forpligtet. Formodningen imod et haltende retsforhold kan alene afkræftes, hvor det er klart, at aftaleparterne har tilstræbt den pågældende situation.⁹⁴ For det andet taler den almindelige undersøgelsespligt for kontrahenter også imod en angrebsret for licenstagere, idet denne bør undersøge mulighederne for at anfægte patentet inden, der kontraheres herom, og ikke efterfølgende.⁹⁵ For det tredje vil en fortolkning af patentlicensaftalen, hvor den indeholder de ofte forekommende bestemmelser om fælles bistand i tilfælde af tredjemands angreb på patentet, samt bestemmelser om fælles aktion mod patentkrænkelser, ligeledes tale imod en angrebsret.⁹⁶ Endelig kan det for det fjerde gøres gældende, at et angreb vil stride mod loyalitetsforpligtelsen, hvis licenstagere udnytter den særlige viden om patent, som licensgiver har givet ham, til at angribe patentet, jf. nærmere nedenfor.⁹⁷

Retspraksis har i U.1921.268H taget stilling til eksistensen af en stiltiende ikke-angrebsforpligtelse for licenstagere uden dog at komme ind på de enkelte kontraktretlige principper.

I U.1921.268H havde licenstagere anlagt sag mod licensgiver om tilbagebetaling af allerede erlagte licensafgifter under henvisning til, at det licenserede patent var ugyldigt. Der var ikke i licensaftalen aftalt nogen ikke-angrebsklausul. Retten fandt ikke anledning til at komme ind på spørgsmålet om, hvorvidt det danske patent var ugyldigt eller ej, eftersom licenstagere uden hensyn hertil havde været forpligtet til at betale de omhandlede licensafgifter. Licenstagere havde opnået de fordele, som licensaftalen tilsigtede at give, idet patentet ikke var blevet krænket eller anfægtet fra tredjemands side under licensaftalen. Licensgiver blev således frifundet, idet tilbagebetaling af

⁹³ Bernitz i NIR 1975, s. 88.

⁹⁴ Bryde Andersen: "Grundlæggende aftaleret", s. 479.

⁹⁵ Plesner i Juristen 1955, s. 210

⁹⁶ Plesner i Juristen 1955, s. 210

⁹⁷ Sandgren i NIR 1974, s. 264f og Schovsbo: "Immaterielretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 123

afgifterne ville give licenstagere endnu en fordel, som licensaftalen ikke berettigede til.

*Blok*⁹⁸ antager uden forbehold med henvisning til U.1921.268 H, at licensaftalen forpligter licenstagere til ikke at anfægte gyldigheden af patentet, uanset aftalen ikke indeholder en udtrykkelig klausul herom, idet denne forpligtelse følger af dansk rets almindelige regel om loyalitetspligt. *Madsen*⁹⁹ antager at en vis loyalitetspligt utvivlsomt eksisterer, men at Blok går for vidt med sin ovenfor refererede holdning, som ikke findes at have støtte i dommen. *Plesner*¹⁰⁰ gør med henvisning til dommen gældende, at det som et klart udgangspunkt alene er udenforstående tredjemænd, som kan fremsætte indsigelser mod det licenserede patent, idet licenstagere har opnået de ved kontrakten tilsluttede fordele, så længe tredjemand ikke har rejst indsigelser mod patentet. Licenstagernes angrebsret anerkendes imidlertid af forfatteren, hvis licensgiver har indgået licensaftalen i ond tro om patentets gyldighed, eller hvis licensgiver har garanteret for gyldigheden. Plesner støtter endvidere sit synspunkt på U.1933.527H, som imidlertid vedrører licensgivers angrebsret, og derfor først vil blive behandlet under næste punkt.

Plesners synspunkt kan tiltrædes for så vidt det indskrænkes til alene at gælde for den situation, hvor licenstagere anfægter patentet for at få sine løbende licensafgifter tilbagebetalt. Dommen vedrører således alene denne specifikke situation, og kan derfor ikke anføres til støtte for, at licenstagere i øvrigt ikke kan have en berettiget interesse i at angribe patentet. Derimod synes Bloks synspunkt, selv hvis det indskrænkes til tilbagebetalingssituationen, at være for vidtgående, når han end ikke vil anerkende en angrebsret for licenstagere, hvis licensgiver har handlet svigagtigt ved aftaleindgåelsen eller har givet en garanti. Efter min opfattelse taler almindelige aftaleretlige regler klart for at indrømme licenstagere en mulighed for at komme ud af aftalen under sådanne omstændigheder.

Tilbage står en vurdering af, hvorvidt licenstagere kan angribe patentets gyldighed, når det af denne gøres gældende, at han ikke skal betale fremtidige licensafgifter på grund af patentets manglende gyldighed.

*Bernitz*¹⁰¹ betvivler stærkt eksistensen af stiltiende ikke-angrebsklausuler i gældende nordisk ret under henvisning til deres indgribende karakter for en licenstagere. Den øvrige del af teorien synes imidlertid at lægge op til, at der skal foretages en mere konkret bedømmelse i gældende ret. *Plesner* finder som ovenfor nævnt ud fra kontraktretlige synspunkter, at udgangspunktet i gældende ret er, at li-

⁹⁸ Blok i Advokaten 1982, s. 173

⁹⁹ Madsen: "Markedsret del 2", s. 244

¹⁰⁰ Plesner i Juristen 1955, s. 210f og i NIR 1975, s. 70ff. Stenvik: "Patentrett", s. 464 tilslutter sig denne holdning, idet det under henvisning hertil anføres, at en licenstagere som følge af sin kontraktmæssige loyalitetspligt selv uden en udtrykkelig ikke-angrebsklausul *oftest* ikke kan komme fri af sine aftaleforpligtelser ved at angribe patentet.

¹⁰¹ Bernitz i NIR 1975, s. 88.

censtager ikke har en angrebsret. *Domeij*¹⁰² antager derimod, at udgangspunktet er en fri angrebsret for licenstagere, idet en stiltiende ikke-angrebsklausul har betydelige konsekvenser for licenstagere. Undtagelse hertil anføres derfor alene at må gøres i visse særskilte illoyale angrebssituationer, hvor gyldighedsspørgsmålet er det centrale i licensaftalen. Dette gælder, hvor licensen er indgået som et forlig på en ugyldighedstvist mellem parterne, og hvor licenstagere f.eks. har fået en gratislicens eller en særlig billig licens som kompensation for at afbryde eller undlade at anlægge en ugyldighedssag for domstolene eller patentmyndighederne. I sådanne situationer er det licenstagernes hovedforpligtelse ikke at angribe patentet, og derfor gælder en stiltiende ikke-angrebsklausul selv, hvor der fremkommer nye omstændigheder, som i endnu højere grad overbeviser licenstagere om patentets ugyldighed. *Koktvedgaards*¹⁰³ udgangspunkt afhænger af, om der er tale om rene patentlicensaftaler eller blandede patent- og knowhowlicensaftaler. For så vidt angår de rene og enkle patentlicensaftaler antages den almindelige regel i dansk ret at være, at licenstagere har fuld frihed til at angribe patentet, medmindre der foreligger bestemte holdepunkter for det modsatte. For så vidt angår de blandede patent- og knowhowlicensaftaler, antages det at der foreligger de fornødne holdepunkter for at anerkende eksistensen af en stiltiende ikke-angrebsklausul, idet større aftalekomplekser i højere grad er baseret på en tillidsforhold mellem parterne.

Det er min holdning, at det er for vidtgående at påstå, at der aldrig består en ikke-angrebspligt for licenstagere på grund af klausulens forpligtende karakter, da det hermed overses, at licenstagere ikke altid er en svag aftalepart, og idet licensgiver under visse omstændigheder har en loyal interesse i at forhindre licenstagernes angreb. Ligeledes er det for vidtgående at påstå, at licenstagere altid handler i strid med loyalitetspligten, når han angriber det licenserede patent. Idet en stiltiende ikke-angrebsforpligtelse i en patentlicensaftale er indgribende for en licenstagere, bør forpligtelsen som udgangspunkt kræve klarhed i kontrakten. Det skal således som *udgangspunkt* anses for loyalt af licenstagere at få afklaret usikkerheden om licensgivers misligholdelse af sin hovedforpligtelse. Dette må gælde uanset, om licenstagere angriber licensaftalen eller efter licensaftalens ophør.

Udgangspunktet skal imidlertid *for det første* fraviges, hvor licenstagere ved aftalens indgåelse var i ond tro om gyldigheden, eller i de ovenfor nævnte tilfælde hvor gyldighedsspørgsmålet har været et centralt element i licensaftalen, idet det i sådanne tilfælde må betegnes som retsmisbrug at anfægte gyldigheden.

For det andet skal undtagelse gøres, hvor patentets gyldighed alene kan anfægtes ud fra ikke alment tilgængelige oplysninger, som licenstagere sidder inde med i kraft af sin nøglestilling. I en sådan situation er patentets ugyldighed ikke tvivlsom eller åbenbar for omverdenen, hvorfor patentets værdi er som forudsat ved patentlicensaftalens indgåelse. Licenstagernes forudsætninger for indgåelsen af aftalen er således ikke svigtet, uanset at patentets gyldighed er tvivlsom ud fra

¹⁰² Domeij: "Patentavtalsrätt", s. 120f.

¹⁰³ Koktvedgaard i NIR 1975, s. 85, samt i "Patentloven med kommentarer", s. 231

de oplysninger, som alene licenstagere besidder. Licenstagere må som nævnt antages oftest at besidde en sådan nøglestilling ved blandede patent- og knowhow-licensaftaler, hvor licenstagere får adgang til den af licensgiver oparbejdede knowhow. Det kan imidlertid ikke udelukkes, at sådanne oplysninger også ved rene patentlicensaftaler kan tilflyde licenstagere. Dette gælder eksempelvis ved indgåelse af eksklusive licenser eller ved krydslicenser, hvor aftaleforholdene kan være komplekse og interessefællesskabet stort. I det omfang licenstagere får en sådan nøglestilling i en ren patentlicensaftale, må han i samme omfang være afskåret fra at angribe gyldigheden.

Såfremt licensgiver har handlet svigagtigt i forbindelse med licensaftalens indgåelse eller har garanteret det pågældende patents gyldighed, må en godtroende licenstagere imidlertid altid kunne angribe patentet, uanset om dette støttes på særlige oplysninger, som alene licenstagere i kraft af nøglestillingen besidder. Ligeledes må licenstagere efter patentlicensaftalens ophør som udgangspunkt kunne udnytte sin nøglestilling til at angribe patentets gyldighed, medmindre licensaftalens ophør skyldes licenstagernes egen misligholdelse eller opsigelse i utide, jf. princippet i aftalelovens § 38, stk. 2.

5.2.4 Stiltiende ikke-angrebsklausuler i forhold til licensgiver

Det skal endvidere undersøges, om licensgiver i forholdet til licenstagere loyalt kan anfægte patentets gyldighed. Licensgiver kan som nævnt kun antages at have en interesse i anfægte gyldigheden under særlige omstændigheder, da en afgørelse om ugyldighed vil medføre, at han er i misligholdelse af sin hovedforpligtelse efter patentlicensaftalen, som består i at levere et gyldigt patent. I overensstemmelse hermed, er det kun et enkelt ældre eksempel i dansk og nordisk retspraksis på, at licensgiver har angrebet det licenserede patent.

I U.1933.527V anlagde licenstagere sag mod licensgiver for krænkelse af det ved licensen erhvervede patenterede skær. Efter indgåelsen af licensaftalen havde licensgiver således påbegyndt fremstillingen af et lignende skær. Under krænkelsessagen gjorde licensgiver gældende, at det pågældende patent var ugyldigt. Licensaftalen indeholdt ingen udtrykkelig ikke-angrebsklausul, men parterne havde før sagens anlæggelse indgået en overenskomst, hvorefter enhver tvist parterne imellem skulle anses for afgjort, og licensgiver skulle endvidere respektere licenstagernes udnyttelsesret i enhver henseende. Retten prøvede gyldigheden, og fandt i den forbindelse det ikke godtgjort, at patentet var ugyldigt, hvorfor licenstagernes påstand blev taget til følge.

Umiddelbart kan dommen anføres til støtte for, at licensgiver loyalt kan anfægte sit patents gyldighed overfor licenstagere. Som det imidlertid fremgår af referatet tog retten på grund af indholdet af de nedlagte påstande ikke direkte stilling til, hvorvidt angrebet stred mod en stiltiende ikke-angrebsklausul i patentlicensaftalen. Dommen er således efter min opfattelse ikke et stærkt præjudikat for, at licensgiver frit kan angribe sit licenserede patent.

I overensstemmelse hermed antages det i teorien, at licensgiver er afskåret fra at anfægte gyldigheden. *Koktvedgaard*¹⁰⁴ gør således

¹⁰⁴ Koktvedgaard i NIR 1975, s. 85 samt i "Immaterialretspositioner", s. 285f.

gældende, at retsordenen formentligt ikke bør give licensgiver adgang til at angribe patentets gyldighed, idet det er åbenbart urimeligt, at licensgiver kan forrykke det grundlag, på hvilket der er kontraheret. Dette begrundes med, at licensgiver er den nærmeste til at bære risikoen for patentets ugyldighed. Ligeledes anfører Plesner¹⁰⁵ uden nærmere begrundelse, at det er en selvfølge, at licensgiveren ikke selv kan rette indsigelse mod patentet, og på den måde komme ud af licensaftalen.

Idet licensgiver har de bedste forudsætninger for at vurdere patentets gyldighed på aftaletidspunktet, kan det tiltrædes, at licensgiver som udgangspunkt er og bør være afskåret fra at anfægte patentets gyldighed. Dette må gælde uanset, om licensgiver er i god tro om patentets gyldighed på aftaletidspunktet. I det omfang licenstagere er i ond tro om gyldigheden af patentet, og dette forhold ikke er åbenbart for omverdenen, må udgangspunktet dog fraviges, idet licenstagere i så fald ikke har efterkommet sin loyale oplysningspligt.

5.3 Stiltiende ikke-angrebsklausuler med processuel virkning

5.3.1 Den processuelle virkning for patentmyndighederne

Når man i gældende ret ikke anerkender udtrykkelige ikke-angrebsklausulers processuelle gyldighed for patentmyndighederne, jf. afsnit 4.2.2, taler endnu mere for ikke at anerkende stiltiende ikke-angrebsklausulers eksistens i denne henseende. Dette fremgår da også af en afgørelse fra EPO's indsigelsesafdeling, som dog vedrørte en opfinders angrebsret i forholdet til en patenthaver:

“Finally, as regards the alleged infringement by the inventor of contractual agreements or a fiduciary duty, this matter relates to the internal relationship between the parties and as such has no bearing on the present opposition and the appeal proceedings.”¹⁰⁶

Det samme må imidlertid gøre sig gældende i forholdet mellem patentlicensaftalens parter, hvorfor en ugyldighedsindsigelse således ikke kan eller bør kunne afvises. Dette må gælde uanset, om den angribende part på aftaletidspunktet var i ond tro om den ugyldighedsgrund, som nu gøres gældende, idet patentmyndighederne skal nå til det materielle rigtige resultat.

5.3.2 Den processuelle virkning for domstolene

I teorien er der enighed om, at licenstagere angrebsret for domstolene aldrig kan afskæres, hvor intet udtrykkeligt er aftalt. Opfattelsen synes dermed at være, at det er underordnet, om licenstagere er i ond tro om gyldigheden på aftaletidspunktet. *Koktvedgaard og Østerborg*¹⁰⁷ bemærker således, at der efter patentloven intet er til hinder for, at licenstagere kan anlægge sag mod licensgiveren for at få patentet kendt

¹⁰⁵ Plesner i *Juristen* 1955, s. 211

¹⁰⁶ Indsigelsesafdelingens afgørelse i T 0003/06 – 3.4.01 af 3.05.2007, punkt 2.4

¹⁰⁷ *Koktvedgaard*: ”Patentloven med indledning og kommentarer”, s. 231, samt ”Lærebog i Immaterialret”, s. 450

ugyldigt. Ligeledes er *Plesner*¹⁰⁸ af den opfattelse, at loyalitetsforpligtelsen, som den er kommet til udtryk i dommene U1921.268H og U1933.527V, ikke er udtrykt så klart, at en licenstag af formelle, processuelle grunde er afskåret fra at anfægte patentets gyldighed. *Stenvik*¹⁰⁹ antager i overensstemmelse hermed, at et ugyldighedssøgsmål anlagt af licenstag i strid med dennes loyalitetspligt, ikke kan afvises af domstolene.

Teorien har derimod ikke i særlig høj grad diskuteret stiltiende ikke-angrebsklausuler med processuel virkning i forhold til *licensgiver*. *Domeij*¹¹⁰ antager dog, at hvor en ugyldighedsgrund gøres gældende af en licensgiver, der har været i ond tro om dette forhold på aftaletidspunktet, og som ikke har informeret licenstag herom inden aftalens indgåelse, skal domstolene afvise søgsmålet præjudicielt, idet forholdet er groft illoyalt. Retsstillingen antages imidlertid at være tvivlsom på grund af U.1933.527V. Derimod synes *Domeij* mere åben over for, at licensgiver skal kunne gøre en ugyldighedsindsigelse gældende, når denne støttes på en ugyldighedsgrund, der først efter aftalens indgåelse kommer til hans kundskab, en såkaldt "efterfølgende ugyldighedsgrund".

De to danske domme, U1921.268H og U1933.527V taler imod en anerkendelse af ikke-angrebsklausuler med processuel gyldighed. I U.1921.268H afviser retten således at gå ind i ugyldighedsprøvelse alene, fordi gyldigheden var uden betydning for den konkrete sags udfald. Hvis retten mente, at licenstag altid var afskåret fra at anfægte gyldigheden, skulle retten alene have begrundet afvisningen med, at indsigelsen var gjort gældende af en licenstag. U.1933.527V taler mere direkte for manglende processuel virkning, idet retten prøver patentets gyldighed. Retten tog i den forbindelse ikke først stilling til, om licensgiver ved licensaftalens indgåelse havde været i ond tro om de for retten fremførte ugyldighedsgrunde, hvorfor et sådan moment ikke synes at have betydning for angrebsretten.

På baggrund af denne retspraksis, er det er min opfattelse, at den mellem parterne gældende loyalitetspligt ikke i *gældende dansk ret* kan afskære domstolenes prøvelse af gyldigheden af et patent. Dette gælder uanset, om licenstag eller licensgivers angreb er støttet på en såkaldt "oprindelig" ugyldighedsgrund, det vil sige, at parternes onde tro er underordnet, jf. U1933.527V forudsætningsvist. Det er endvidere min opfattelse, at ikke-angrebsklausuler som udgangspunkt ikke *bør* kunne afskære retten til at anlægge ugyldighedssag for domstolene, idet en fravigelse af domstolenes lovhjemlede prøvelsesret må kræve udtrykkelig hjemmel i aftalen. Udgangspunktet bør imidlertid fraviges af domstolene, hvor en den angribende part er i ond tro om patentets gyldighed på tidspunktet for aftalens indgåelse, idet et så groft illoyalt forhold ikke bør anerkendes.

¹⁰⁸ Plesner i *Juristen* 1955, s. 210

¹⁰⁹ Stenvik: "Patentrett", s. 464

¹¹⁰ Domeij: "Patentavtalsrett", s.121

6 Klausuler om anerkendelse af patenters gyldighed

I stedet for en udtrykkelig ikke-angrebsklausul i patentlicensaftalen, kan parterne indsætte en bestemmelse, hvorved licenstagere anerkender patentets gyldighed. Herved kan der siges at være skabt en immaterialretsposition i forholdet inter partes.¹¹¹

En sådan bestemmelse vil ofte være en del af en forligsaftale mellem to parter, som ikke tidligere har stået i et licensforhold til hinanden, idet patenthaveren samtidig hermed forpligter sig til at frafalde en krænkelsspåstand. I denne forbindelse kan der yderligere aftales en patentlicensaftale, som bestemmelsen om gyldigheden af patentet dermed bliver en del af. Bestemmelsen er ofte forekommende, idet det er omkostningsbesparende at bilægge sådanne patenttvister. Spørgsmålet i det følgende er, om en sådan bestemmelse skal behandles på samme måde som en ikke-angrebsklausul vedrørende dens gyldighed i civilretlig, procesretlig og konkurrenceretlig henseende.

I teorien synes der at være enighed om, at de to slags bestemmelser skal behandles ens civilretligt og procesretligt. Således gør *Domeij*¹¹² gældende, at når ikke-angrebsklausuler er gyldige inter partes, bør også bestemmelser, der afgør patentets gyldighed, være det. Som nævnt ovenfor er *Domeij* af den opfattelse, at civilretligt gyldige ikke-angrebsklausuler er processuelt gyldige for domstolene, hvilket derfor også må gælde for gyldighedsklausuler. *Sandgren*¹¹³ antager derimod, at et forlig mellem parterne med hensyn til et patents gyldighed, ligesom en ikke-angrebsklausul, ikke kan afskære domstolene fra at prøve patentets gyldighed, hvor licenstagere anmoder herom. Et sådan forlig er derfor at anse for en indirekte ikke-angrebsklausul. Som det fremgår ovenfor er *Sandgren* af den holdning, at processuelt ugyldige aftaler ligeledes er civilretligt ugyldige, hvorfor klausuler om patenters gyldighed ligeledes må være uden civilretlig virkning.

Efter min opfattelse må et angreb fra en part til en licensaftale, som udtrykkeligt har anerkendt gyldigheden af patentet, antages at stride mod en sådan bestemmelses ordlyd. På denne baggrund er jeg enig med den anførte teori i, at bestemmelsen udgør en indirekte ikke-angrebsklausul, hvorfor den bør behandles på samme måde som en udtrykkelig ikke-angrebsklausul. Den i afsnit 4.1.1 refererede dom fra Svea hovrätt¹¹⁴ udtalte, at en aftale om nogle varemærkers ugyldighed var bindende inter partes. Dommen støtter således både min og *Domeij*'s holdning om, at gyldighedsklausuler, ligesom ikke-angrebsklausuler, er civilretligt gyldige med de retsvirkninger, som det medfører i civilretlig og processuel forstand.

Det fremgår af teknologioverførelsesforordningen art. 5, stk.1, litra c, at både direkte og indirekte ikke-angrebsforpligtelser falder uden for gruppefritagelsen. På denne baggrund må gyldighedsklausuler også konkurrenceretligt behandles som ikke-angrebsklausuler.

¹¹¹ Madsen: ”Markedsret del 2”, s. 244

¹¹² *Domeij*: ”Patentavtalsret”, s. 122

¹¹³ *Sandgren* i NIR1974, s. 256-257

¹¹⁴ RH 1993:132

7 Brug af stråmænd

En stråmand er et særegent eksempel på en mellemmandstype. En stråmand bruges til at indgå aftaler i eget navn men for en andens, hovedmandens, regning. Hensigten hermed er, at hovedmanden, skjult for en bestemt tredjemand eller for almenheden, skal nyde frugterne af aftalen.¹¹⁵ Denne konstruktion kan også tænkes udnyttet af den af parterne til en patentlicensaftale, som er bundet af en udtrykkelig ikke-angrebsklausul, eller hvis loyalitetspligt afskærer ham fra angreb for hermed at undgå misligholdelse og/eller afvisning af ugyldighedsindsigelsen.

Spørgsmålet er derfor for det første, om en stråmands angreb mod et patents gyldighed medfører misligholdelse af patentlicensaftalen på grund af brud på en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsklausul. I det omfang det fremgår direkte af ikke-angrebsklausulen, at en aftalepart til en patentlicensaftale hverken af egen drift eller gennem tredjemand kan angribe patentet, må det være en klar misligholdelse at gøre brug af en stråmand.¹¹⁶

Teorien har ikke i særlig høj grad beskæftiget sig med problemstillingen. *Domeij*¹¹⁷ antager dog, at licenstagere brug af stråmand strider mod en ikke-angrebsklausul. Dette følger, da også af følgende udtalelse i en afgørelse¹¹⁸ fra EPO:

"However, a person bound by a no-challenge obligation would have good reason not to infringe it by means involving a straw man. If the patent proprietor has concrete grounds for suspecting such infringement, he can bring a civil action against the other party to the agreement (...)"

Det må på denne baggrund anses for værende gældende ret, at licenstagere eller licensgivers brug af stråmand strider mod en udtrykkelig ikke-angrebsklausul, hvorfor civilretlige misligholdelsesbeføjelser kan anvendes. Endvidere må et sådan angreb anses for stridende mod den almindelige loyalitetspligt. Bevisbyrden for, at der foreligger en sådan samordning mellem aftaleparten og stråmanden, må efter almindelige principper påhvile den, som vil gøre påstanden gældende, det vil sige typisk licensgiver. Patentmyndighederne har ikke i patentloven eller i øvrigt nogen processuelle muligheder for at få stråmanden til at afsløre sin hovedmand.

Spørgsmålet er dernæst, om stråmandens ret til at angribe patentet bør afvises af domstolene eller patentmyndighederne, hvis det er fundet bevist, at angrebet strider mod patentlicensaftalen. Den ovenfor nævnte EPO-afgørelse taler ud fra en modsætningsslutning herimod. Et angreb fra en stråmand må efter min vurdering ligeledes i proces-

¹¹⁵ Madsen: "Aftaler og Mellemmænd", s. 364

¹¹⁶ En sådan ikke-angrebsklausul indeholdes i Orgalimes standardkontrakt for patentlicensaftaler.

¹¹⁷ Domeij: "Patentavtalsret", s. 117

¹¹⁸ OJ 5/1999: Punkt 3.3.2 i afgørelse fra den "Enlarged Board of Appeal" af 21.01.1999, G 3/97

suel forstand behandles, som om hovedmanden selv havde angrebet det. Således bør et angreb, der strider mod en civilretligt gyldig udtrykkelig ikke-angrebsklausul, afvises af domstolene, men ikke af patentmyndighederne, jf. ovenfor i afsnit 4.2. Et angreb der strider mod en stiltiende ikke-angrebsklausul bør derimod som udgangspunkt hverken afvises af domstolene eller patentmyndighederne, jf. ovenfor i afsnit 5.3.

8 Ikke-angrebsklausulers betydning for forlængelse af et patents gyldighed

Som det er fremgået af ovenstående, afskærer en ikke-angrebsklausul i et vist omfang licenstagere fra at angribe patentets gyldighed. Her skal det for det første afgøres, om ikke-angrebsklausuler ligeledes kan forhindre licenstagere i at modarbejde licensgivers forlængelse af beskyttelsestiden.

Et meddelt patent kan normalt opretholdes indtil 20 år fra ansøgningsdagen, jf. patentlovens § 40. I det omfang der er tale om et lægemiddelpatent eller et plantebeskyttelsesmiddelpatent, kan patenthaver imidlertid ansøge om supplerende beskyttelsescertifikat, som forlænger beskyttelsestiden med 5 år.¹¹⁹ Ansøgningen om forlængelse skal af patenthaver vedlægges en kopi af en gyldig tilladelse til markedsføring af produktet, jf. forordningernes art. 8, stk. 1, litra b).

Det er ikke afgjort i forordningerne, hvorvidt der automatisk sker en overførelse af en licensaftale fra patentet til certifikatet, hvorfor det afgørende for domstolene er en vurdering af patentlicensaftalens parter forventninger ved aftalens indgåelse. Som udgangspunkt tilsiger formålet med licensaftalen, at den også forpligter parterne i certifikatets gyldighedstid. I det omfang licensaftalen imidlertid ensidigt kan bringes til ophør af licensgiver inden patentets udløb, eller i det omfang licensaftalen udløber før patentet, taler dette for ikke at anse licensen for overført til certifikatet.¹²⁰

Det er ikke noget krav, at certifikatansøgeren også er indehaver af markedsføringstilladelsen; patenthaver kan eksempelvis have overladt det til sin licenstagere at fremskaffe tilladelsen, da det er licenstagere, der har brug for den til at markedsføre produktet.¹²¹ Licenstagere kan derfor modarbejde en forlængelse af patentets beskyttelsestid ved at nægte at udlevere markedsføringstilladelsen til patenthaver. Licenstagere har en interesse i, at forlængelse ikke sker, hvis licensaftalen vil blive overført fra patentet til certifikatet, idet licenstagere i så fald slipper for at betale licensafgift under de ekstra 5 år.

Ved vurderingen af, om licenstagere er berettiget hertil, må det for det først afgøres, om forordningerne forpligter indehaveren af en

¹¹⁹ Rfo 1768/92: Rådets forordning af 18. juni 1992 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for lægemidler; Rfo 1610/96: Europa-Parlamentet og Rådets forordning af 23. juli 1996 om indførelse af et supplerende beskyttelsescertifikat for plantebeskyttelsesmidler.

¹²⁰ Dethlefsen i NIR 1993, s. 226

¹²¹ Dethlefsen i NIR 1993, s. 221

tilladelse til at udlevere denne til brug for ansøgeren om beskyttelses-certifikat. Forordningerne forudsætter begge, at indehaveren af tilladelsen og patenthaveren er den samme, hvorfor de ikke efter deres ordlyd forholder sig til denne problemstilling. EF-domstolen har dog med sin udtalelse i sag C-181/95¹²² afgjort, at der efter forordningen ikke er noget til hinder for at nægte udlevering af tilladelse:

”Forordning nr. 1768/92 om indførelse af et supplerende beskyttelses-certifikat for lægemidler forpligter ikke indehaveren af markedsføringstilladelsen til at udlevere indehaveren af et patent – som udgør et grundpatent for det pågældende lægemiddel – en kopi af denne tilladelse.”

Det må dernæst vurderes, om forordningernes ordning kan fraviges ved en udtrykkelig klausul mellem patenthaveren og indehaveren af tilladelsen. EF-domstolen tog i den ovenfor nævnte sag ligeledes stilling hertil med følgende udtalelse¹²³:

”Derimod er forordningen ikke til hinder for, at en sådan forpligtelse antages at bestå i kraft af selve kontraktforholdet mellem patenthaver og indehaveren af markedsføringstilladelsen.”

Alene er derfor tilbage at afgøre, om en udtrykkelig ikke-angrebsklausul kan siges at indeholde en sådan forpligtelse for licenstagere. *Domeij*¹²⁴ antager, at licenstagernes nægtelse af at udlevere materialet om patentet, er det samme som at føre en ugyldighedspåstand for retten eller patentmyndighederne. På denne baggrund gøres det gældende, at licenstagere ikke kan modarbejde en licensgivers ansøgning om forlængelse af patentets levetid, når der er aftalt en ikke-angrebsklausul. Der henvises til støtte herfor til den ovenfor nævnte afgørelse fra EF-domstolen i sag C-181/95. Dommen tog imidlertid ikke stilling til, om en ikke-angrebsklausul indeholder en sådan forpligtelse for licenstagere som indehaver af tilladelsen. En ordlydsfortolkning af en ikke-angrebsklausul omfatter ikke den nævnte situation. Formålet med en ikke-angrebsklausul er imidlertid at minimere risikoen for, at patentet bortfalder, hvorfor en sådan fortolkning må siges at afskære ethvert direkte eller indirekte forsøg fra licenstagernes side på at få patentet til at ophøre. På denne baggrund er det ligeledes min opfattelse, at en forpligtelse til at udlevere tilladelsen består i kraft af en udtrykkelig ikke-angrebsklausul. Når der ikke foreligger en udtrykkelig aftalt klausul, må licenstagere ligeledes på grund af sin loyalitetspligt være forpligtet til at udlevere tilladelsen, medmindre patentets ugyldighed er tvivlsom eller åbenbar for enhver.¹²⁵

¹²² Punkt 4 i sammendraget i sagen *Biogon Inc v Smithkline Beecham Biologicals SA* af 23. januar 1997

¹²³ Punkt 4 i sammendraget

¹²⁴ *Domeij*: ”Patentavtalet” s. 122

¹²⁵ Det fremgår endvidere af domstolens præmisser, at den myndighed, der har givet markedsføringstilladelsen, i det omfang det er muligt, er forpligtet til at udlevere tilladelsen til den myndighed, der skal behandle ansøgningen om certifikat, jf. dommens punkt 45 og 47. Dette bør imidlertid ikke forhindre licenstagere i at misligholde aftalen, hvis denne modarbejder forlængelsen.

Et andet spørgsmål er, om licensgiver misligholder en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsklausul i det omfang, at han nægter at indlevere en ansøgning om beskyttelsescertifikat på trods af licenstagernes ønske herom. En licensgiver, der på grund af en eksklusiv licensaftale ikke selv må udnytte patentet under løbetiden, kan have en interesse i at undgå at forlænge patentets levetid for derved selv at komme ind på det marked, som hans eksklusive licenstagere har opdyrket. Licensgiver vil dog herved miste sine royaltyindtægter, og andre vil kunne benytte opfindelsen.

Efter forordningerne er patenthaveren den eneste, der kan indgive en sådan ansøgning, hvorfor licenstagere som udgangspunkt ikke har krav herpå. Selvom der således ud fra en fortolkning af licensaftalen vil ske en automatisk overførelse af licensaftalen fra patentet til certifikatet ved forlængelse af levetiden, er patenthaver ikke efter forordningerne forpligtet til at indgive en ansøgning. Dette udgangspunkt kan alene fraviges ved at indføje en *udtrykkelig* bestemmelse herom i licensaftalen.¹²⁶ Idet en ikke-angrebsklausul ikke udtrykkeligt fastslår en forpligtelse for licensgiver til at forlænge patentet, må det stå licensgiver frit for, om der skal ske en forlængelse.

9 Civilretlige retsvirkninger af ikke-angrebsforpligtelser

9.1 Retsvirkninger ved misligholdelse af licensaftalen i øvrigt

Licenstagere kan komme i den situation, at vedkommende ikke opnår den efter patentlicensaftalen tilsigtede retsstilling, idet der f.eks. foreligger retsmangler (vanhjemmel), formmangler eller det pågældende patent omstødes på grund af indsigelser fra tredjemandsside. I så fald kan licenstagere under visse omstændigheder påberåbe sig de almindelige misligholdelsesbeføjelser. Da en ikke-angrebsklausul alene har til formål at forhindre patentets ophør på grund af licenstagernes angreb, fratages han ikke i de nævnte tilfælde de almindelige misligholdelsesbeføjelser i kraft af en sådan klausul i patentlicensaftalen.¹²⁷ Kun hvor licenstagere ikke opnår den tilsigtede retsstilling på grund af eget angreb, afskærer ikke-angrebsklausulen licenstagere fra at gøre de almindelige misligholdelsesbeføjelser gældende.

Ligeledes kan en ikke-angrebsklausul ikke fratage en licensgiver hans misligholdelsesbeføjelser, hvor han ikke opnår den tilsigtede retsstilling på grund af licenstagernes eller tredjemands forhold. Dette gælder eksempelvis, hvor den løbende licensafgift fra licenstagere udebliver.

9.2 Retsvirkninger af licenstagernes angreb i strid med en ikke-angrebsforpligtelse

Det skal under dette punkt vurderes, hvilke misligholdelsesbeføjelser der kan gøres gældende over for den angribende part, når angrebet strider mod en civilretligt gyldig ikke-angrebsforpligtelse.

¹²⁶ Dethlefsen i NIR 1993, s. 226

¹²⁷ Madsen: "Markedsret del 2", s. 243

I teorien¹²⁸ synes der at være enighed om, at licensgiver, i det omfang licenstagere i strid med en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsforpligtelse angriber det licenserede patent, har ret til at ophæve licensaftalen og kræve erstatning efter de almindelige formueretlige regler herom. *Bergwitz-Larsen*¹²⁹ anfører som begrundelse for, at angrebet skal behandles som et almindeligt tilfælde af aftalebrud, at de offentlige interesser må anses for tilstrækkeligt beskyttede ved, at domstolenes prøvelsesadgang efter gældende norsk ret består. Enhver yderligere svækkelse af licensgivers retsstilling anføres alene at bør ske gennem klar lovgivning, idet alt andet vil være en favorisering af licenstagere og ansporer til spekulation på den loyale aftaleparts bekostning. Efter min opfattelse må et angreb imidlertid også behandles som et almindeligt aftalebrud i de tilfælde, hvor et ugyldighedssøgsmål er blevet afvist på grund af tilstedeværelsen af en ikke-angrebeklausul i patentlicensaftalen, idet der også i disse tilfælde foreligger en klar misligholdelse af aftalen.

Ophævelsesadgangen må antages at bestå uanset, om angrebet fører til patentets helt eller delvise bortfald eller fortsatte eksistens, idet der er tale om et illoyalt væsentligt kontraktbrud i forhold til patentlicensaftalen som helhed. En adgang til at ophæve et kontraktforhold er valgfri, og licensgiver kan derfor på trods af licenstagernes angreb undlade at hæve, og derimod kræve naturalopfyldelse i form af fortsat betaling af licensafgift, som om intet var hændt. I det omfang angrebet imidlertid har medført, at patentet er blevet erklæret for ugyldigt, kan licensgiver ikke længere opfylde sin hovedforpligtelse efter licensaftalen, som består i at stille et gyldigt patent til rådighed. Dette vil udgøre en væsentlig misligholdelse af aftalen fra licensgivers side, hvorfor licenstagere vil få adgang til at hæve aftalen.¹³⁰ Hvis angrebet kun fører til indskrænkninger af patentet, må det skulle vurderes konkret, om indskrænkningen udgør en så væsentlig misligholdelse af licensgivers hovedforpligtelse, at licenstagere kan hæve. I benægtende fald vil licenstagere være bundet til fortsat at betale licensafgift, som dog eventuelt må blive reduceres under hensyntagen til indskrænkningen, jf. aftalelovens § 36.

For så vidt angår den nærmere udregning af *erstatning* i de tilfælde, hvor et angreb i strid med forpligtelse fører til patentets bortfald, skal det vurderes, om licensgiver kan kræve erstatning for mistede indtægter for udnyttelsen af patentet i hele dets resterende løbetid, det vil sige positiv opfyldelsesinteresse. Problemet i denne forbindelse er, at enhver anden på et givet tidspunkt under patentlicensaftalens resterende løbetid ville have haft mulighed for at angribe patentets gyldighed, hvis licenstagere ikke selv havde angrebet det tidligere. Licensgiver må derfor føre bevis for, at patentet ville have bestået uan-

¹²⁸ Schovsbo: "Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 138-139; Stenvik: "Patentrett", s. 464, note 925; Bergwitz-Larsen i NIR 1975, s. 84-85, Koktvedgaard: "Patentloven med indledning og kommentarer", s. 230.

¹²⁹ Bergwitz-Larsen i NIR 1975, s. 84-85

¹³⁰ Schovsbo: "Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 138, note 197

fægtet af tredjemand hele licensaftalen ud. Dette er således et spørgsmål om bevis for kausalitet.

I retspraksis fastsættes erstatningen ofte skønsmæssigt i de tilfælde, hvor kreditor givetvis har lidt et tab, men hvor det er vanskeligt at bevise tabets størrelse.¹³¹ Da et sikkert bevis for patentets fortsatte beståen i de fleste tilfælde ikke vil kunne føres af licensgiver, er det min opfattelse af *gældende ret*, at domstolene vil fastsætte erstatningen skønsmæssigt. I det omfang patentet ikke er erklæret ugyldigt, vil licensgiver endvidere have en forpligtelse til at begrænse sit tab ved enten selv at udnytte patentet erhvervsmæssigt eller ved at licensere det til anden side. Den skønsmæssigt fastsatte erstatning må formodes at blive nedsat under hensyn hertil. *De lege ferenda*, bør der ligeledes som udgangspunkt alene tilkomme licensgiver en reduceret skønsmæssigt udmålt erstatning, da patentet ikke kan forventes at overleve resttiden ud på grund af sandsynligheden for angreb mod patentet fra tredjemands side.¹³² Undtagelse bør efter min opfattelse alene gøres, hvis licensgiver kan bevise, at patentets ugyldighed ikke har været tvivlsomt eller åbenbart for enhver og, at ingen personer, udover licenstagere, med interesse i patentets ugyldighed har siddet inde med specifikke oplysninger om patentets skrøbelighed. Bevisbyrden bør dog vendes om, hvis patentet først angribes af licenstagere kort før licensaftalens udløb, og patentet samtidig har bestået uanfægtet i hele dets levetid, idet der i en sådan situation må bestå en formodning for, at patentet ville have været gyldigt i aftalens resterende løbetid.

Et andet spørgsmål vedrørende licenstagernes erstatningspligt opstår, når licensgiver er erstatningsansvarlig over for andre licenstagere til det nu ugyldige patentet på grund af afgivne garantier om dets gyldighed.¹³³ I den forbindelse må det vurderes, om licensgiver kan rette et krav svarende til de udbetalte erstatninger mod den licenstagere, der har anfægtet patentet. *Schovsbo*¹³⁴ antager uden nærmere begrundelse herfor, at licensgiver næppe kan gøre et krav gældende mod den angribende licenstagere. Efter min opfattelse skal der foretages en konkret vurdering af, om licenstagere har eller burde have indset denne økonomiske konsekvens for licensgiver af et angreb i strid med ikke-angrebsforpligtelsen. Licenstagernes erstatningspligt for følgeskaderne af angrebet må således bero på en adækvansvurdering. Da det må høre til sjældenhederne, at en licensgiver vil garantere for et patents gyldighed, vil en licenstagere uden andre holderpunkter herfor fornuftigvis ikke tage en sådan konsekvens i betragtning ved anfægtelse af patentet. Det kan således tiltrædes, at der næppe i denne forbindelse kan gøres et krav gældende mod licenstagere.

¹³¹ Gomard: "Obligationsret", s. 173, note 60

¹³² Schovsbo: "Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 139

¹³³ Kun hvor en sådan garanti er afgivet, kan en godtroende licensgiver blive ansvarlig for licenstagernes tab som følge af patents bortfald på grund af tredjemands angreb jf. Koktvedgaard: "Lærebog i immaterialret", s. 448

¹³⁴ Schovsbo: "Immaterialretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", s. 139 note 198

9.3 Retsvirkninger af licensgivers angreb i strid med en ikke-angrebsforpligtelse

Endelig må det vurderes, i hvilket omfang *licenstager* kan gøre misligholdelsesbeføjelser gældende, hvor licensgiver angriber patentet i strid med en stiltiende eller udtrykkelig ikke-angrebsforpligtelse.

Også licensgivers misligholdelse af en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsforpligtelse må anses for at være væsentlig i forhold til patentlicensaftalen som helhed. Således må licenstager kunne vælge at hæve aftalen uanset, om angrebet fører til patentets helt eller delvise bortfald eller fortsatte beståen. Licenstager kan vælge at fastholde aftalen, men har dog ingen interesse heri, når patentet er bortfaldet i sin helhed. Derfor bliver fastholdelse kun relevant, hvor patentet blot er indskrænket eller fortsat består i sin helhed efter et angreb.

Licenstagers allerede erlagte (eller skyldige) ydelser fra perioden før patentet blev erklæret ugyldigt, kan som udgangspunkt ikke kræves tilbagebetalt, idet licenstager har opnået de ved aftalen tilsikrede fordele, jf. den oven for refererede U.1921.268H. Dette gælder også, hvor licensaftalen vedrører et ansøgt men endnu ikke meddelt patent, jf. U1942.339H.

Endelig må licenstager kunne kræve erstatning efter dansk rets almindelige regler for sine fremtidige mistede indtægter ved udnyttelse af patentet. Hvor angrebet har ført til patentets bortfald, må erstatningen også i denne forbindelse fastsættes skønsmæssigt, medmindre licenstager kan bevise, at tredjemand ikke ville have angrebet patent i licensaftalens resterende løbetid. Licenstager har endeligt også en pligt til at begrænse sit tab, hvilket den skønsmæssige erstatning må fastsættes under hensyntagen til.

10 Konklusion

Det må konkluderes, at bedømmelsen af ikke-angrebsforpligtelsers civilretlige virkning, som enhver anden obligationsretlig aftale, i vidt omfang må bero på en kontraktororienteret vurdering af parternes interesser og forudsætninger. Licensgivers forpligtelse af en udtrykkelig eller stiltiende ikke-angrebsklausul må i de fleste tilfælde anerkendes, idet licensgiver på aftaletidspunktet har de bedste forudsætninger for at vurdere et patents gyldighed. En licenstagers angreb, der bygger på den særlige viden, som licenstager i kraft af sin nøglestilling besidder, vil uanset, om der foreligger en udtrykkeligt aftalt ikke-angrebsklausul eller ej, altid være en misligholdelse af patentlicensaftalen. I det omfang patentets gyldighed er tvivlsom eller åbenbar, må licenstager alene kunne angribe patentet uden at misligholde licensaftalen, hvor aftalen ikke indeholder en udtrykkelig ikke-angrebsklausul. Endelig er licenstager som udgangspunkt forpligtet til at samarbejde om en forlængelse af et patents levetid, uanset om licensaftalen indeholder en udtrykkelig ikke-angrebsklausul eller ej. Misligholdelse af forpligtelsen giver den anden aftalepart en absolut ret til at hæve aftalen, samt kræve en som udgangspunkt skønsmæssigt fastsat erstatning.

Endvidere må det konkluderes, at den processuelle virkning af udtrykkelige og stiltiende ikke-angrebsklausuler afhænger af en vurdering af det almene patentretlige hensyns betydning for henholdsvis patentmyndighederne og domstolene. Dette medfører, at en ugyldighedssag ikke under henvisning til en ikke-angrebsforpligtelse kan kræves afvist af patentmyndighederne. På grund af det patentretlige hensyn skal en ikke-angrebsforpligtelse være udtrykkeligt aftalt for at have processuel virkning for domstolene.

Konkurrenceretligt er bedømmelsen af udtrykkelige ikke-angrebsklausuler hos EF-domstolen og EU-kommission gået fra at være hovedsagligt statusorienteret til i højere grad at tage hensyn til den forpligtede parts interesser, jf. Bayer/Süllhöfer-sagen. Dette har betydet en lempelse af den konkurrenceretlige bedømmelse, som også må antages at blive fulgt af de danske konkurrencemyndigheder. Udtrykkelige ikke-angrebsklausuler bør således være konkurrenceretligt gyldige, medmindre der foreligger særlige holdepunkter for andet.

11 Litteraturliste

Bøger:

Bryde Andersen, Mads: "Praktisk aftaleret", 2. udgave, Gads Forlag 2003

Bryde Andersen, Mads: "Grundlæggende aftaleret", 2. omarbejdede udgave, 1. oplag, 2002

Domeij, Bengt: "Patentavtalarätt", 2003

Fejøl, Jens: "EU-Konkurrenceret - Almindelig del", 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003

Fejøl, Jens: "Monopol og Marked", Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1985

Gomard, Bernhard og Michael Kistrup: "Civilprocessen", 6. udgave, Thomson 2007

Gomard, Bernhard: "Obligationsret", 2. del, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003

Iversen, Bent m.fl.: "Konkurrenceretlige emner", 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004

Koktvedgaard, Mogens: "Lærebog i konkurrenceret", 6. rev. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005

Koktvedgaard, Mogens og Lise Østerborg: "Patentloven med indledning og kommentarer", 2. rev. udg., Juristforbundets Forlag 1979

Koktvedgaard, Mogens: "Immateriaretspotioner", Juristforbundets Forlag 1965

Koktvedgaard, Mogens: "Lærebog i Immateriaret", 7. rev. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005

Lidgaard, Hans Henrik: "Licensavtal i EU: : kommentar till kommissionens förordning 240/96 om tillämpning av Romfördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring", Publica 1997

Lindencrone, Lars og Erik Werlauff: "Dansk Retspleje", 3. udgave, 2006

Madsen, Palle Bo: "Markedsret del 1", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2006

Madsen, Palle Bo: "Markedsret del 2", 5. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007

Madsen, Palle Bo og Lennart Lyng Andersen: "Aftaler og Mellemænd", 5. udgave, Thomson 2006

Schovsbo, Jens: "Grænsefaldespørgsmål", Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1996

Schovsbo, Jens: "Immateriaretsaftaler – fra kontrakt til status i kontraktsretten", Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001

Schovsbo, Jens m.fl.: "Konkurrenceretten i EU", 2. udgave, 1. oplag, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2005

Stenvik, Are: "Patentrett", 2. udgave, Cappelen Akademisk Forlag 2006

Artikler:

Blok, Peter (Bog anmeldelse), Advokaten 61. årgang, 1982, s. 171-175

Dethlefsen, Peter: "Supplerende beskyttelsescertifikater for lægemidler", NIR 1993, s. 219-231

Koktvedgaard, Mogens; "Immateriaretlige kontraktsforhold", U2001B.471

Plesner, Mogens: "Nogle problemer i forbindelse med frivillig overdragelse af udnyttelsesretten af patentrettigheder", Juristen 1955 s. 201 – 224

Sandgren, Claes mfl.: "Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler",
NIR 1975. s. 68 – 93

Sandgren, Claes: "Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler"
NIR 1974, s. 242-274

12 Domsregister

Dansk retspraksis:

U.1921.268H

U.1933.527V

U.1942.339H

Retspraksis fra de øvrige nordiske lande:

RH 1993:132

RT 1958:1326 (AGA Baltic)

Stockholms tr. 7. avd. beslutning af 20.02.1973, sag T 281/172

Oslo byrettsdom af 3. nov. 1972 og Eivsvating Lagsmannsretssom af
24. maj 1974

Praksis fra EU-kommissionen:

Besl. 72/237 (Davis Rubber Co)

Besl. af 9.6.1972 (Raymond-Nagoya)

Besl. 76/29 (AIOP/Beyrard)

Besl. 79/86 (Vaessen mod Morris)

Besl. 83/400 (Royon/Meilland),

Praksis fra EF-domstolen:

Sag 193/83 af 25.02.1986 (Windsurfing International)

Sag 65/86 af 27.09.1988 (Bayer/Süllhöfer)

Sag C-181/95 af 23.01.1997 (Biogen/Smithkline)

Praksis fra EPO:

T 0003/06 – 3.4.01: Indsigelsesafdelingens afgørelse af 03.05.2007:

OJ 5/1999 (G 3/97): Indsigelsesafdelingens afgørelse af 21.01.1999

V 0007/92: Indsigelsesafdelingens afgørelse af 13.05.1992

T 1204/97 – 3.3.5: Indsigelsesafdelingens afgørelse af 11.04.2003