

**Juridiska Institutionen
Handelshögskolan
vid Göteborgs Universitet**

**Tillämpade studier
20 poäng, VT 2002**

**KREDITSÄKERHET
I
PATENT**

Alev Yeter

**Handledare:
Svante O. Johansson**

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

SAMMANFATTNING	0
FÖRKORTNINGAR	3
1. INLEDNING	3
1.1 Frågeställningar	4
1.2 Syfte	4
1.3 Material	5
1.4 Metod	6
1.5 Avgränsning	6
2. KORT OM PATENTRÄTTEN	7
3. IMMATERIALRÄTTER OCH AVTAL	9
3.1 Patentets värde	9
3.2 Avtalsfrihet	9
3.3 Exploateringsmöjligheter	10
3.4 Kreditsystemet och ställande av säkerhet	11
4. DET FIKTIVA FALLET; EN CASE-BESKRIVNING	14
4.1 Bakgrund	14
4.2 Fiktiva fallet, ett verkligt scenario?	15
5. SAKRÄTT OCH PATENT	17
5.1 Definitionsproblematik	17
5.2 Sakrättsligt moment vid överlåtelse	17
5.3 Säkerhet i patent	19
6. PANTRÄTT I PATENT	21
6.1 Allmän definition	21
6.2 Pantobjekt	21
6.3 Bakgrund till panträtten	21
6.4 Kan sakrättsligt giltig pantsättning fullbordas genom avtal?	22
6.5 Pantsättning genom registrering	23
6.6 Förmånsrätt	25
7. FÖRETAGSHYPOTEK	26
7.1 Allmän definition	26
7.2 Företagsinteckningen	26
7.4 Företagshypoteksunderlaget	26
7.3 Säkerhetsupplåtelse	27
7.5 Förmånsrätten	28
8. ANALYS AV DEN I DET FIKTIVA FALLET STÄLLDA SÄKERHETEN	29
8.1 Vad har avtalats om?	29
8.2 Vilken säkerhetsrätt är det frågan om?	29
8.3 Kan parterna anses ha iakttagit sakrättsligt moment?	31
8.3.1 Avtalets status vid överlåtelser	31
8.3.2 Avtalets status vid säkerhetsrätter	33
8.3.3 Möjligheter till ändring i lag?	34
9. SÄKERHETS RÄTTER OCH INSÖLVENS	36
9.1 Allmänt om grunderna för konkurs	36
9.2 Analys av 2:9-10 KL i skenet av det fiktiva fallet	38
9.2.1 Patentets avtalade värde	38
9.2.2 Patentets verkliga värde och fara för missbruk	39
9.3 Huruvida SharkInvest kan erhålla patentet vid Fiktivas konkurs	40
9.3.1 Allmänt om förmånsrätten	40
9.3.2 Det sakrättsliga momentets betydelse vid konkurs	42
9.3.3 Försäljning av säkerheten vid konkurs	42
10. KÄLLFÖRTECKNING	45

SAMMANFATTNING

Immateriäl rättens betydelse som handelsvara har ökat drastiskt de senaste årtiondena och på den globala marknaden blivit enormt viktiga strategiska resurser för företag som vill tillskansa sig fördelar vid olika handelstransaktioner. Dessa tillgångar har varit

nyckeln till de säkerhetstransaktioner som företag företagit för att kunna erhålla investeringskapital från marknaden.

Med dessa möjligheter att har också fallgropar uppstått. I praktiken har avtalsfrihet rätt varvid parter fritt kunnat avtala om ställandet av säkerhet i patent på det sätt de önskat. Konsekvensen av denna avtalsfrihet på immaterialrättsområdet och frånvaron av annan reglering än avtalsrätten, har i stor utsträckning lett till en strikt tillämpning av avtalens ordalydelse. Det har därmed förelegat en presumtion mot att en vidare tolkning av avtalen skall ske.

Små- och medelstora företagare som inte haft de resurser som krävs för att sätta uppfinningen i produktion har varit tvungna att vända sig till kapitalinvestering aktörer. Vid tillskjutande av kapital har då säkerhet kommit att ställas upp för den givna krediten. Då allt som har ekonomiskt värde använts som säkerhet för att vid en eventuell konkurs från kredittagarens sida kunna säkra investeringen, har patent också ingått i denna källa. Användandet av patent som källa för ställande av säkerhet har frambringat vissa problem. Dessa problem framställs i skenet av ett fiktivt fall för att förstå den vidare problematiken av användandet av patent som säkerhetsrätt.

För att den ställda säkerheten skall stå sig mot andra borgenärer vid en eventuell konkurs har lagstiftarens krävt att ett sakrättsligt moment skall uppfyllas. Då patent som en immaterialrätt är av abstrakt karaktär har registrering ansetts vara det lämpligaste, varför tradition och denuntiatio har övergivits. Då någon lagstiftning vad gäller överlåtelse av patent inte uttryckligen skett och då avtalet i doktrin godtas som sakrättsligt moment, ställs frågan varför detta sakrättsliga moment återfinns vid ställande av säkerhet i patent. Detta eftersom samma risk för illojala skentransaktioner och dubbelöverlåtelser finns.

I lag har panträtt i patent och företagshypotek accepterats som giltiga säkerhetsrätter och är de mest lämpliga vid ställande av säkerhet i patent. För att en panträtt skall anses giltig krävs att gäldenären, som erhållit lån från borgenären, registrerar den pantsättning som gjorts hos PRV. Sakrättsligt moment uppfylls därmed vid själva registreringen och skydd mot överlåtarens borgenärer uppstår då.

För att företagshypotek skall hålla sig mot överlåtarens borgenärer vid en eventuell konkurs krävs att en inteckning av näringsidkarens verksamhet sker. Registrering av denna inteckning sker nu hos PRV. Då patent kan utmätas och ingå i konkurs kan den även ingå i företags-hypoteksunderlaget. Vid registreringen erhålls ett företagshypoteks-brev och det är först när detta traderas till borgenären som företagshypotek upplåts och skydd erhålls.

Huruvida en tredje säkerhetsrätt, med endast avtalet som sakrättsligt moment, kan erkännas i dagens läge har diskuterats men förkastats. Ett frångående av sakrättsligt moment, såsom registrering, skulle innebära skapandet av ovisshet och oförutsägbarhet såväl ur ett juridiskt som ur ett affärsrättsligt perspektiv. Denna uppfattning har fötts utifrån analysen av existerande sakrättsliga moment för panträtt i patent och företagshypotek och bakgrunden till varför dessa sakrättsliga moment valts, men även utifrån en affärsrättslig synvinkel. Ett förenklande av konstruktionen av säkerhetsrätter och dess grundstruktur är dock önskvärd. Även en ändring av existerande sakrättsliga regler vad gäller säkerhetsrätterna kan vara på sin plats för att undvika hämmandet av affärlivet för parter som på ett enkelt sätt vill kunna avtala om ställande av säkerheter i patent eller andra immaterialrätter. Att registrering skall kvarstå som sakrättsligt moment i nuläget beror på att panträtt i patent och företagshypotek finns och att ändring pga. denna struktur ännu inte är möjlig.

En gäldenär skall anses vara insolvent om denne efter uppmaningar av en borgenär inte betalat en klar och förfallen skuld och inte heller kommer vara i stånd att göra det inom den närmaste framtiden. Om gäldenären kan visa att borgenären har betryggande pant eller jämförlig säkerhet skall konkurshinder anses föreligga. Då bevisbördan ligger på gäldenären har denne att bevisa att panten är tillräcklig och att den erbjudna säkerheten är betryggande. Eftersom det handlar om bevisning att ett patent är betryggande kommer man in på en uppskattning av patentets värde. Det är emellertid svårt för gäldenären att visa patentets värde. En uppfinning innehar inte sitt fulla värde tills det producerats och lanserats på marknaden, utan tiden före utgör endast en bråkdel av patentets potentiella värde. Detta beror på patentets immateriella egenskap och pga. att dess värde påverkas av rådande marknadsinflenser. Då parter kan avtala om kreditens summa borde summan kunna sättas i förhållande till den ställda säkerheten, varvid patentet torde kunna bedömas inneha det värde som överenskommits. Gäldenären har dock som sista utväg att visa att den erbjudna säkerheten strider mot villkoren för säkerhetens ställande.

Säkerhetsrätter som panträtt i patent och företagshypotek ges en viss förmånsrätt vid konkurs och innebär ett visst företräde till betalning ur viss eller all gäldenärens egendom vid konkurs. Denna företrädesrätt grundar sig på att en giltig säkerhetsrätt uppstår. Vid konkursförsäljning kan dock inte säkerhetsrättsinnehavaren erhålla den ställda säkerheten utan inflytande medel vid försäljningen fördelas enligt den i förmånsrättslagen uppställda ordningen. Det är därför inte möjligt för en borgenär att hävda att av gäldenären ställd säkerhet, för given kredit, sjunkit i värde för att senare kunna lägga beslag på säkerheten vid konkursboets utförsäljning. Däremot finns en påtaglig risk att en borgenär kan missbruka sin ställning som borgenär genom att ge ett lån, med vetskap om gäldenärens betalningsoförmåga, för att sedan kunna försätta denne i konkurs med hjälp av 2:9 KL. Detta eftersom patent som säljs under konkurs värderas till ett ännu lägre pris då egendomen som säljs vid konkurser ofta får en slags realisationsstämpel på sig.

Av analysen i detta arbete har framkommit att avtalet i dagsläget inte kan ses som tillräckligt sakrättsligt moment för creditsäkerhet i patent och att det inte heller går att använda sig av 2:9-10 KL för att kunna erhålla ett annat företags patent. Däremot föreligger en risk för att utomstående företag vid försäljning av ett företags patent vid konkurs kan lägga bud på det vid auktion och att en form av "hostile take-over" uppstår. Lagstiftaren har vidare ställt höga krav på företagare då de för att kunna förhindra ogiltighet av den avtalade säkerheten eller en eventuell förlust av patentet måste vara ha stor vetskap om aktuella juridiska regler redan vid avtalets ingående.

FÖRKORTNINGAR

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
DepC	Departementschef
EPC	European Patent Convention/Europeiska Patentkonventionen
f.	och följande sida
ff.	och följande sidor
FHL	Lagen (1984:649) om företagshypotek
f-hyp.brev	företagshypoteksbrev
FRL	Förmånsrättslagen (1970:979)
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
IM	Inskrivningsmyndighet
JB	Jordabalken
KL	Konkurslag (1987:672)
LkL	Lag (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva (s k. Lösöreköplagen)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd. I, Högsta domstolens domar
PatL	Patentlag (1967:837)
PCT	Patent Cooperation Treaty
Prop.	Regeringens proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
SOU	Statens Offentliga Utredningar
st.	stycke
SvJT	Svensk Juristtidning
VC	Venture Capitalist

1. INLEDNING

Immaterialrätternas betydelse som handelsvara har ökat drastiskt de senaste årtiondena och på den globala marknaden blivit enormt viktiga strategiska resurser för företag som vill tillskansa sig fördelar vid olika handelstransaktioner. Patent, varumärken och

upphovsrätter har fått stor kommersiell och strategisk betydelse för många företag, stora som små. Företag har exempelvis kunnat använda sina patent för att på olika sätt erhålla investeringskapital, licensiera ut patenten för att knyta ”cross-licensing”¹- förhållanden eller använda patent som barriärer för att utesluta andra etc. Det är på grund av immaterialrätternas relativa komplexitet i kombination med dess enorma kommersiella värde som företag bör vara medvetna om de fallgropar som finns då olika transaktioner med immaterialrätterna företas. Det är min förhoppning att föreliggande uppsats skall bidra till att öka förståelsen för vad företag bör beakta då patent står som säkerhet vid ingående av kreditavtal med andra företag som ett led i att erhålla investeringskapital.

1.1 Frågeställningar

Uppsatsens övergripande frågeställning är på vilka sätt patent kan användas som säkerhet för att erhålla investeringskapital dvs. vad krävs utifrån ett legalperspektiv för att uppnå en sakrättsligt hållbar säkerhetsrätt i patent? En härtill nära anknuten fråga är om det är möjligt för ett kreditgivande företag att försätta ett kredittagande företag (som givit säkerhet i ett patent för krediten) i konkurs och därvid erhålla den ställda säkerheten, patentet, med hjälp av 2:9 och 2:10 Konkurslagen²?

De första frågorna kan delas in i följande underfrågeställningar: Hur uppnås en säkerhetsrätt i patent för en given kredit – räcker det att parterna avtalar om detta? Vilka olika sätt finns att tillgå för att använda patent som creditsäkerheter och vilka lagregler reglerar eller bör reglera detta område?

1.2 Syfte

Syftet med detta arbete är att undersöka och belysa vilka möjligheter ett företag har att använda sig av sina immaterialrätter, specifikt patent, för att erhålla investeringskapital då inga andra tillgångar finns tillhanda. Jag kommer därvid att belysa vilken risk användningen av patent som säkerhet utlöser. Då lagstiftningen inte på något sätt är uttömmande finns det många frågetecken som rör gällande rätt inom detta område, vilka jag ska försöka att utreda på bästa möjliga sätt. Det gäller speciellt de sakrättsliga

¹ Granstrand Ove, *The Economics and Management of Intellectual Property*, s 211 ff. Genom att Företag A licensierar ut rätten till sitt eget patent kan ett licensavtal med rätten till Företag Bs patent erhållas. Företag A blir alltså både licensgivare och licensmottagare.

² Konkurslag (1987:672).

problem som uppstår vid användning av patent som säkerhetsrätt. Vilka lagrum reglerar detta och föreligger det ett behov att ändra denna reglering?

Det är därför mitt syfte att försöka reda ut hur säkerhetsrätter i patent uppkommer och vad som krävs rent sakrättsligt för att åstadkomma en giltig säkerhet i patent. Jag kommer i anslutning till två givna, säkerhetsrätter panträtt i patent och företagshypotek, att elaborera med möjligheten att åstadkomma en tredje säkerhet som är sakrättsligt giltig redan vid avtalets ingående. Jag kommer att göra en ansats att försöka dra analogier med dessa rättsområden för att förhoppningsvis kunna täcka de oreglerade områden som finns inom creditsäkerhetsrätten rörande patent.

Det är även min tanke att påvisa vilka problem som kan uppstå när det säkerhetsgivande företaget får betalningssvårigheter och försätts i konkurs av borgenären. Detta kommer att utredas ur ett perspektiv inbegripande 2:9 och 2:10 KL, då den ställda säkerhetsrätten enligt borgenären sjunkit i värde.

1.3 Material

Litteraturen inom området: patent som creditsäkerhet, är väldigt knapphändig och inte särskilt omfattande. Arbetet kommer därför att grunda sig på litteraturstudier av redan existerande säkerhetsrätter såsom panträtt i patent, företagshypotek etc. för att därifrån kunna göra analogier till frågeställningarna i detta arbete. En jämförelse med överlåtelser av patent vid bestämmande av sakrättsliga frågor blir också nödvändig. Då problematiken som detta arbete grundar sig på återfinns i verkligheten, men som inte kommer allmänheten till känna eftersom det görs upp i godo mellan parterna, har jag valt att illustrera detta genom ett påhittat fall. Utifrån detta fiktiva fall kommer jag att belysa ovan beskrivna frågeställningar genom en analys utifrån existerande lagstiftning både i panträtt i patent och företagshypotek och genom djupgående litteraturstudier. Även denna konstruktion är till för att underlätta förståelsen för komplexiteten som användning av patent som creditsäkerhet utgör.

Analyserna i detta arbete kommer huvudsakligen grunda sig på litteraturstudier av Bernitz, Helander, Håstad, Walin m.fl. då dessa, även om det är väldigt sparsmakat, berör användandet av patent som säkerhetsrätt. Då praxis endast finns beträffande redan existerande säkerhetsrätter, såsom panträtt i patent och företagshypotek, kommer jag att presentera dessa i de avsnitt som behandlar panträtt i patent och företagshypotek.

1.4 Metod

För att närmare kunna förstå innebörden av problematiken med användning av patent som kreditsäkerhet krävs vissa grundläggande kunskaper av erhållandet av patent, varför arbetet inleds med en kort orientering av patenträtten i avsnitt 2. Detta för att lägga grunden till den fortsatta framställningen. Denna kortfattade introduktion tar upp patenträttens huvuddrag som krävs för den allmänna förståelsen av arbetet för att senare påvisa de möjligheter som finns att använda dessa immaterialrätter som ett medel att uppnå antingen monopolställning på marknaden eller för att erhålla investeringskapital. Det fiktiva fallet presenteras därefter för att ge läsaren en överblick och förståelse av problematiken vid användning av patent som säkerhet för att erhålla investeringskapital. Den del som behandlar konkurs kommer tas upp först efter att utifrån ett sakrättsligt perspektiv ha analyserat kraven som i dagsläget ställs på en giltig säkerhet. En jämförelse med både pant i patent och företagshypotek görs då för att förstå dessa sakrättsliga krav, men även för att se om det går att dra några analogier till det fiktiva fallet. En analys av dessa säkerheter kommer att ske i skenet av det fiktiva fallet för en vidare förståelse av frågeställningarna jag satt upp. Avsnittet som behandlar hur kreditsäkerheter hanteras vid konkurs är till för att påvisa vilka följder existerande reglering på området kreditsäkerhet i patent kan ge.

1.5 Avgränsning

Av alla de immaterialrätter som finns att tillgå kommer endast registrerade patent att behandlas i detta arbete, dvs. patentansökningar lämnas därhän. Patentansökningar och andra tvistiga rättigheter kommer ej att tas upp då detta skulle bidra till en förvirring av analysen och dessutom inte skulle vara möjligt att täcka i detta arbete pga. dess omfattning.

Endast svenska reglering och tillämpning kommer att beaktas vid utredningen av de frågeställningar som ställts upp i detta arbete av samma orsak som jag inte behandlar patentansökningar.

Att endast säkerhetsrätterna pant i patent och företagshypotek tas upp beror på att de är de av företag mest använda och mest relevanta säkerhetsrätterna i det fiktiva fallet. Arbetets analyser och jämförelser kommer därför att begränsas till just dessa.

2. KORT OM PATENTRÄTTEN

För att kunna belysa problemet med att använda patent som säkerhet kan det vara på plats att väldigt kortfattat beskriva vad som krävs för att erhålla skydd för ett patent, hur skydd upprätthålls, men även vilka olika sorters patentsystem som finns att tillgå. Hur patent kan användas som handelsinstrument kommer även i senare avsnitt belysas för att läsaren skall kunna förstå patentets potentiella värde och användningsområde.

Att ta sig från idéstadiet till fullbordandet av ett patent kan vara ett krångligt uppdrag eftersom erhållandet av patent följer ett strängt formbundet system. Det är inte bara själva ansökningsprocessen som tar upp mesta delen av tiden utan en noggrann planering och avvägning för när och vilken sorts patent som skall ansökas för bör också ske. Detta eftersom den maximala giltighetstiden för ensamrätten, dvs. den tid under vilken uppfinnaren kan hindra andra att utnyttja uppfinningen, för patent är 20 år.³

Rätten till ett skyddat patent kan erhållas på flera sätt. En generell uppfattning hos gemene man är att ett internationellt patent kan sökas och att ensamrätten som erhålls är gällande i hela världen. I själva verket är detta en felaktig uppfattning. Genom att vända sig till Patent- och registreringsverket kan tre olika patent ansökas för genom antingen en svensk nationell patent ansökan, en internationell PCT-ansökan eller en europeisk patentansökan EPC. Varje ansökan innebär tre olika förfaranden och vilket av dessa som bör väljas beror på bland annat budget, de konkreta mål och syften som ansökanden har att uppfylla etc.⁴

Gränsen mellan vad som är en upptäckt och en uppfinning är inte helt klar. Lagen ger heller inte någon klar definition av begreppet uppfinning utan nöjer sig i 1 § Patentlagen⁵ med att förklara att skydd ges för uppfinning som kan tillgodogöras industriellt.⁶ En upptäckt kan, till skillnad från en uppfinning, inte anses vara något skapande i sig utan endast en iakttagelse, för vilket lagen inte heller ger skydd för. Ett exempel är upptäckten av ämnet guld i naturen. En uppfinning innehar något konstruktivt, en nyskapelse. En metod att framställa guld av sten skulle till exempel vara patenterbart eftersom det innebär en nyskapelse. För att erhålla patent på uppfinningen måste den dock vara en

³ Med undantag för vissa tilläggsopatent för läkemedel, Kocktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 260-263, Bernitz m.fl., Immaterialrätt, s 98.

⁴ Kocktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 186 f.

⁵ Patentlag (1967:837).

praktisk realitet och sökanden måste därför också kunna ange minst en möjlig praktisk användning för uppfinningen. Den måste därför kunna beskrivas och vara reproducerbar vid ansökningstillfället, dvs. fungera även om man upprepar uppfinningen flera gånger.⁷

I 2 § PatL ställs även andra patenteringskrav upp, som att uppfinningen måste vara absolut ny (icke tidigare känd någonstans i världen), utgöra lösningen på ett tekniskt problem (teknisk effekt) och att den uppnår en viss uppfinningshöjd.

Nyhetskravet innebär att uppfinningen måste anses vara ny i förhållande till vad som varit känt vid ansökningen. Om uppfinningen innan ansökan lämnats in blivit allmänt tillgängligt exempelvis genom att skriften, föredraget, utnyttjandet etc. kommit till kännedom hos en större eller obestämd krets av personer, anses nyhetsvärdet vara förstört och patentskydd kan därför inte erhållas.⁸ Även om uppfinningen som sådan endast är en liten förbättring av en redan existerande uppfinning, är kravet på uppfinningshöjd uppfyllt. Denna förbättring måste dock väsentligen skilja sig från vad som tidigare varit känt och att förbättringen inte skulle ha kunnat skapas av en fackman eller varit uppenbart vid ansökningstillfället.⁹

När patentet godkänts äger denna verkan från och med den dag ansökan kommit in till PRV. Eftersom patenträtten i Sverige är en så kallad prioritetsrätt innebär det att ensamrätten alltid går till den som först lämnar in sin ansökan. Denna skall alltså bestå gentemot andra inkomna ansökningar, vilket även förklaras genom den s.k. first-to-file-principen.¹⁰ PRV kan däremot inte garantera att patentet är giltigt eftersom undersökningen som görs i stort sett endast avser frågan om uppfinningens patenterbarhet respektive nyhet. En ogiltighetstalan mot ett meddelat patent kan därför alltid väckas i domstol inom nio månader från det att patentet meddelats.¹¹

⁶ Bernitz m.fl., Immaterialrätt, s 98, 113.

⁷ Kockvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 201-210.

⁸ Bernitz m.fl., Immaterialrätt, s 98, 113.

⁹ Kockvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 230-233.

¹⁰ Kockvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 225-229.

¹¹ Kockvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 188 f.

3. IMMATERIALRÄTTER OCH AVTAL

3.1 Patentets värde

Immaterialrätten som är en ensamrätt till ett objekt innebär en exklusiv förfoganderätt, ibland tidsbegränsad, till ett skyddsobjekt vare sig det är ett patent, varumärke eller en upphovsrätt. Tanken med just patentsystemet är att främja den industriella utvecklingen på samma gång som det fungerar som ett incitament till uppfinnande verksamhet. Skyddet för ensamrätten stimulerar på så sätt till investeringar i skapande insatser samtidigt som det är ett förbud mot efterbildningar av den uppfinning som skydd söks för. Patentlagen ger skydd för en uppfinning som uppfyller de i lagen uppställda kraven i upp till maximalt 20 år¹², med undantag, så att rättighetsinnehavaren kan åtnjuta en skyddad position på marknaden och erhålla ett ekonomiskt utbyte för sin insats. Detta kan från lagstiftarens sida ses som en belöning till patenträttsinnehavaren¹³, vilken ibland de facto sätts i en monopolställning för en viss tid.¹⁴ Ensamrätten blir således väldigt värdefull eftersom den möjliggör för aktören dels att komma först till marknaden och dels till att upprätthålla en monopolställning under en viss tid. Ensamrätten blir därför naturligt en attraktiv handelsvara som kan användas för att uppnå olika mål och positioner på marknaden.

3.2 Avtalsfrihet

I praktiken finns det inte någon nämnvärd begränsande reglering vad gäller handel med immaterialrätter, utan generellt sett råder avtalsfrihet. Både allmänna avtalsrättsliga regler och principer är tillämpliga på överenskommelser som rör immaterialrätter vilket ger att även avtalsrättens ogiltighetsgrunder inbegripande särskilt 36 § lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område¹⁵ tillsammans med tolkningsprincipen, ”att rättighetsinnehavaren inte antas ha upplåtit en mera omfattande rätt än vad som klart framgår” också blir aktuella vid ingående av immaterialrättsliga avtal.¹⁶

Då en förutsättning för fri handel inom marknadsekonomin är att en rättighetsinnehavare av en rättighet med ett ekonomiskt värde skall ha rätt att handla med denna, är utgångspunkten för immateriella grundrättigheter att de i princip fritt kan överlätas eller

¹² Se avsnitt 2.

¹³ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt, s 103-105.

¹⁴ Levin, Nordell, Handel med Immaterialrätt, s 19-23.

¹⁵ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).

upplåtas. En överlåtelse kan ske helt eller partiellt, varvid den senare syftar till att upplåta en rättighet i den berörda egendomen. Överlåtelsen innebär en fullständig övergång och en rätt till all sorts förfogande över hela egendomen, medan en upplåtelse innebär att man ofta endast har rätt att partiellt råda över egendomen.¹⁷ Någon skarp gräns mellan överlåtelse och upplåtelse av immaterialrätt är ofta svår att dra eftersom hänsyn till avtalets reella innehåll är det avgörande. Parterna kan åsyfta en upplåtelse men själva innehållet i avtalet kan leda till att det bedöms som en överlåtelse istället.¹⁸

Att det är svårt att tolka vad som åsyftats eller att dra gränser mellan olika sorters avtal beror delvis på att lagregler på immaterialrättsområdet är få, begränsade och ofta dispositiva.

I 1 § 1 st. PatL sägs exempelvis att rätten till ett patent kan övergå till annan än uppfinnaren, men några närmare regler för hur detta skall ske ges inte i lagtexten. Det borde dock vara klart att överlåtelse av patent kan ske genom en vanlig skriftlig överenskommelse dvs. ett avtal?¹⁹ En diskussion om detta kommer därför att framföras senare i arbetet i avsnitt 8.

Konsekvensen av denna avtalsfrihet och frånvaron av annan reglering leder i stor utsträckning till att en strikt tillämpning av avtalens ordalydelse tillämpas. Om exempelvis ett avtal redogör för en fullständig överlåtelse så är det den verkan avtalet kommer att få. En diffus eller oklar omfattning av en överlåtelse får till följd av detta inte verkan av en total rättsövergång. Det föreligger därmed en presumtion emot att en vidare tolkning skall ske utöver det som vid avtalets ingående åsyftats.²⁰

3.3 Exploateringsmöjligheter

Immaterialrätter kan exploateras på flera olika sätt och vilka möjligheter som står till buds beror ofta på vem rättighetsinnehavaren är, vad denne vill åstadkomma och hur mycket kapital som finns att tillgå. Att utveckla en uppfinning från en idé om en teknisk lösning till en produkt eller en produktionsmetod som är praktisk användbar är vanligtvis väldigt kostbart. Det finns generellt sett två vägar för den som frambringat en uppfinning.

¹⁶ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt, s 264.

¹⁷ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt, s 264.

¹⁸ Levin, Nordell, Handel med Immaterialrätt, s 24 , 101.

¹⁹ Koktvedgaard, Levin, Lärobok i Immaterialrätt, s 235.

²⁰ Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 380 f.

Antingen kan uppfinnaren sluta ett exploateringsavtal med en annan aktör eller så kan uppfinningen exploateras i uppfinnarens egen regi med tillskott av investeringskapital.

Småföretag och vanliga uppfinnare har oftast inte de resurser som krävs för att sätta en uppfinning i produktion vilket kan leda till att dessa tvingas vända sig till en annan aktör för produktion och lansering av uppfinningen.²¹ Denna sorts exploatering grundar sig vanligen på begränsade nyttjanderätter, dvs. licensavtal.²²

Uppfinnaren eller företaget som själva vill sätta uppfinningen i produktion men inte har tillräcklig kapacitet eller kapital måste ta till andra medel. Även om väsentliga insatser från statens sida med olika former av ekonomiskt stöd ges för att främja uppfinnarverksamheten i Sverige, handlar det till syvende och sist om att den enskilde uppfinnaren eller småföretagaren själv måste ordna finansieringen av sin verksamhet.²³ Detta kan ske genom att kapitalet som behövs förvärvas genom lån från banker, kapitalplacerande institut, kreditmarknadsbolag, privata investerare²⁴ då parterna ingår någon form av kreditavtal eller genom kapitalplacering av en Venture Capitalist²⁵.

Vad jag i detta arbete valt att fokusera på är vad uppfinnaren eller företaget som själva vill sätta uppfinningen i produktion men inte har tillräcklig med kapital kan göra. Jag avser därför att gå igenom de mest använda säkerhetsrätterna för patent nämligen panträtten och företagshypoteket för att senare komma in på möjligheterna för annan säkerhetsrätt att uppkomma.

3.4 Kreditsystemet och ställande av säkerhet

Eftersom några formkrav inte ställs på själva kreditavtalet och i och med att avtalsfrihet råder, kan kreditavtalet fritt utformas av de avtalande parterna. Den blivande

²¹ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt, s 139-141.

²² Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 235.

²³ SOU 1985:10, s 25f.

²⁴ Bergström, Lennander, Kredit och säkerhet, s 11 f.

²⁵ Vid Venture Capital finansiering övergår en viss procent av det finansierade företaget till finansiären i utbyte mot det satsade kapitalet. Se vidare <http://www.fek.umu.se/ai/vc/index.htm> , <http://www.fek.umu.se/ai/vc/research.html> , <http://www.fek.umu.se/ai/papers/Isaksson%20-%20Venture%20capital%20-%20begrepp%20och%20definitioner.pdf>

kreditgivaren och kredittagaren har därmed friheten att bestämma om exempelvis kreditens storlek, ändamål, tidslängd, säkerhetsobjekt etc.²⁶

Vid tillskjutande av kapital på detta sätt krävs med all säkerhet att finansiärernas investeringar säkras på något sätt. Meningen med ställandet av säkerhet är att kreditgivaren om möjligt ska kunna hållas skadeslös ifall kredittagaren hamnar på obestånd. När exempelvis banker lämnar kredit kräver lagen oftast att de beviljar den mot betryggande säkerhet i fast eller lös egendom eller i form av borgen.²⁷ Andra kreditgivare följer med all säkerhet samma förfarande för att på ett sätt eller annat sätt erhålla säkerhet för sina investeringar.

I praktiken kan allt som har ekonomiskt värde användas som säkerhet eftersom det som eftersträvas av kreditgivaren är att ha en säkerhet för sin fordran som kan utnyttjas ifall kredittagaren hamnar på obestånd eller går i konkurs. Vad som kan godtas utgöra tillfredsställande säkerhet är därmed upp till de avtalande parterna att besluta om. Uppfinnare eller företag som har fasta tillgångar, aktier, inventarier och liknande kan använda dessa som säkerhet. Detta brukar också vara det normala. Tillgången av immaterialrätter utgör dock för uppfinnaren eller företaget ytterligare en möjlighet att ge tillfredsställande säkerhet på grund av deras stora ekonomiska värde.²⁸ De utgör dock pga. sin abstrakta karaktär också en källa för osäkerhet om hur dessa säkerheter skall hanteras.

Då säkerheten i stort sett kan grunda sig på vilken egendom som helst, är frågan vilken säkerhet som är att föredra. Vissa säkerheter kan vara bättre än andra och säkerheterna kan därför rangordnas med hänsyn till förmånsrättsordning vid konkurs och säkerhetens eller säkerställarens soliditet. Vissa säkerheter lämpar sig dessutom bättre för privatpersoner och andra lämpar sig bättre för företag eller näringsidkare.

Generellt sett räknas borgen av stat eller kommun och statsobligationer som säkrast. Det är dock inte vanligt att företag i allmänhet använder sig av dessa.²⁹ Panträtten räknas

²⁶ Bergström, Lennander, Kredit och säkerhet, s 18-22.

²⁷ Bergström, Lennander, Kredit och säkerhet, s 15.

²⁸ Att patentet som sådant kan användas som säkerhet torde inte vara omtvistat då det som redan tidigare nämnts, ovan (3.1), innehar ett enormt värde i och med bland annat ensamrätten.

²⁹ Enligt en ny utredning SOU 1999:1 föreslås ändringar av förmånsrätten vid konkurser. Det nya förslaget innebär bland annat att staten inte kommer att få företräde framför andra borgenärer. Eftersom detta förslag inte trätt i kraft ännu lämnas implikationerna av förslaget därhän.

också till de vanligare och dessutom mycket säkrare rättigheter. Då kredittagaren är näringsidkare brukar i första hand företagshypotek vara vanligast eftersom det omfattar en stor del av den lösa egendom som bildar underlag för rörelsen och vilken kan växla med tiden.³⁰

³⁰ Bergström, Lennander, Kredit och säkerhet, s 15 f.

4. DET FIKTIVA FALLET; EN CASE-BESKRIVNING

För att få en bild av problematiken med säkerheter i immateriella tillgångar anser jag att det är på plats att illustrera detta genom ett fiktivt men ändå i verkligheten förekommande fall. Den här presentationen är till för att ge läsaren insikt i svårigheterna vid användandet av patent som säkerheter men också svårigheterna med att definiera avtalslutande parter mellanhavande, de problem och omständigheter parterna i fråga kan komma att hamna i och vilka konsekvenser deras handlande och passiva beteende kan åstadkomma.

4.1 Bakgrund

Företaget Fiktiva är ett medelstort företag inom teknologibranschen och har sin hemmamarknad i Sverige. Företaget äger till större del endas en immaterialrätt nämligen ett patent. Företaget har med hjälp av diverse investeringskapital försökt att etablera sig och expandera på den internationella marknaden, men det har misslyckats på grund av diverse felkalkyler. De analyser och kalkyleringar som gjorts för framtida intäkter och försäljning verkar ha varit baserade på fel förutsättningar och till råga på detta visar den teknologibaserade marknaden som Fiktiva försökt etablera sig på inte heller några tecken på gehör eller förtroende. Dessa omständigheter har bidragit till en negativ försäljningstrend hos företaget.

Fiktivas investerare är nu naturligtvis missnöjda med företagets utveckling eftersom deras investeringar verkar gå om intet och är inte längre villiga att investera i bolaget. Fiktiva har trots omständigheterna inte givit upp kampen utan inser att de behöver mer kapital för att kunna vända den negativa trenden och göra marknaden intresserade av vad företaget har att erbjuda. Tron på att den negativa trenden skall vända om investeringskapital erhålls grundar sig på vetskapen om den nya produkt som Fiktiva håller på att utveckla. Denna nya högteknologiska produkt Virtua, som man för övrigt har patent på, innehar hög försäljningspotential och spås revolutionera den nuvarande teknologimarknaden. Enligt Fiktivas egna riskanalyser kommer den att generera stora intäkter för Fiktiva och dess framtida nya investerare.

Eftersom de gamla investerarna vägrar att skjuta till mer kapital måste Fiktiva vända sig till andra långivare som är villiga att investera trots de stora ekonomiska riskerna. Fiktiva lyckas med mycket om och men att hitta en investerare, Shark Invest, vilka är villiga att

investera en stor summa pengar i företaget. Shark Invest är väldigt intresserade av den nya uppfinningen Virtua och anser att den har bra förutsättningar på teknologimarknaden.

Parterna kommer överens om att Shark Invest ska låna ut tio miljoner till Fiktiva med säkerhet i Virtua och dess patent. Ränta och amortering av lånet kommer man överens om ska betalas varje kvartal. Även skälig räntenivå med hänsyn till de ekonomiska riskerna kommer att tillämpas. Efter att parterna har skrivit på alla avtal och förpliktelserna i kontraktet har uppfyllts av båda parter fortsätter Fiktiva att bedriva sin verksamhet med hjälp av lånet de erhållit av Shark Invest.

Efter några månader ändras förutsättningarna dock. Betalningen för både ränta och amorteringar har förfallit och det visar sig att Fiktiva inte kan betala som överenskommet. Shark Invest har under denna period flera gånger påpekat att inbetalningar uteblivit med övervägandet att försätta Fiktiva i konkurs, men Fiktiva kan ändå inte betala amorteringarna. Shark Invest som nu blir oroliga för att deras investeringar skall gå om intet ser ingen annan utväg än att försätta Fiktiva i konkurs för att täcka så mycket som möjligt av lånet. Shark Invest anser dessutom att de anser att den ställda säkerheten, patentet, på grund av deras betalningssvårigheter har sjunkit i värde och ansöker hos behörig Tingsrätt om Fiktiva skall sättas i konkurs. Domstolen kommer fram till att Fiktiva skall sättas i konkurs och bifaller kärandens talan. Fiktiva förvärvar under konkursen det patent som stått som säkerhet för den givna krediten.

4.2 Fiktiva fallet, ett verkligt scenario?

Det ovan beskrivna fallet utgör bakgrund till den problematik jag valt att belysa i detta arbete. Frågan är om det är möjligt för företag A att ge kredit till företag B med säkerhet i en immateriell tillgång för att sedan kunna försätta företag B i konkurs och därvid erhålla säkerheten, patentet, på grund av förmånsrätt i konkursen?

Till en början trodde jag att detta scenario var fullt möjligt. Ett företag skulle kunna, med endast ett slutet avtal, upplåta en säkerhetsrätt. Kreditgivaren A kunde dessutom när det gick dåligt med betalningarna för kredittagaren B, försätta denne i konkurs med hänvisning till att det enligt 2:9 KL förelåg grund för insolvens eller också att den givna säkerheten hade sjunkit i värde enligt 2:10 KL. Jag skall i den kommande framställningen förklara varför och på vilket sätt jag hade antagit fel.

För att kunna reda ut hur det egentligen ligger till i det fiktiva fallet måste vi dock först veta vilka sätt det finns att upprätta säkerheter i patent, och hur säkerheten rent sakrättsligt måste uppkomma. En kort presentation av sakrätten kommer därför att göras för att senare komma in på panträtt i patent och företagshypotek. Denna presentation krävs för att senare kunna få reda på om det är möjligt att på något annat sätt kunna åstadkomma en sakrättsligt giltig säkerhetsrätt och på så sätt besvara vad det är för sorts säkerhet vi har att göra med i det fiktiva fallet.

5. SAKRÄTT OCH PATENT

5.1 Definitionsproblematik

Traditionellt sett brukar säkerhetsrätterna delas in i personsäkerheter och realsäkerheter. Med personsäkerheter förstås borgen där tredje man svarar med hela sin förmögenhet för kredittagarens förbindelse medan realsäkerheterna istället knyts till viss egendom. I det fiktiva fallet är den ställda säkerheten knuten till en viss egendom nämligen patentet, vilket innebär att det räknas som en realsäkerhet. Realsäkerheterna består i sin tur av säkerhetsrätter i lös egendom respektive fast egendom.³¹

I JB 2:2 regleras vad som är fast och lös egendom. I denna paragraf anges vad som är fast egendom, samt tillhör till denna, vilket innebär att allt som inte faller in under denna klassificering tillhör lös egendom. Immaterialrätterna och därmed även patent, utgör enligt denna klassificering därmed också lös egendom, men räknas dock inte till lösöre, varför lösöreköplagen³² inte blir tillämplig.³³

Att veta vad den ställda säkerheten i det fiktiva fallet är för egendom är av stor vikt beroende på sammanhanget. Vid till exempel överlåtelser av egendom kan olika köprättsliga regler komma att tillämpas beroende på om det är fast egendom eller lös egendom man avtalat om. När det gäller det sakrättsliga området är det av stor vikt då olikheterna i regelsystemet till viss del beror på egendomens karaktär och möjligheten att förflytta den. Det sakrättsliga momentet kan därför skilja sig beroende på föremålet. Ett patent är i jämförelse med en bil inget man kan ta på, det är abstrakt. Till detta följer att dess förflyttning och överlåtelse inte är lika begränsad som en bil är. I och med att det är en abstrakt men registrerad rättighet, är det enklare att förflytta patentet, överlåta det, även till flera på samma gång. På grund av bilens egenskap av att vara konkret är det inte lika lätt att överlåta den till flera på samma gång som det är med ett patent. Detta är även det stora problemet med patentet såväl som med andra immaterialrätter.

5.2 Sakrättsligt moment vid överlåtelse

För att en förvärvare vid en överlåtelse av lösöre skall vara skyddad mot en överlåtares borgenärer krävs att ett s.k. sakrättsligt moment uppfylls. Detta sakrättsliga moment är

³¹ Bernitz, Ulf, m.fl., Immaterialrätt, s 262.

³² Lag (1845:50 s.1) om handel med lösören som köparen låter i säljarens vård kvarbliva, ofta kallad Lösöreköplagen.

³³ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, s 37-39, Håstad, Sakrätt, s 41.

oftast något mer än bara ett avtal eftersom det krävs att en besittningsövergång sker då den överlåtande partens rådighet vid överlåtelsen avskärs, exempelvis att man tar med sig varan hem från affären. Innan detta moment fullbordats har förvärvaren inte ett sakrättsligt skydd gentemot en överlåtares borgenärer. Denne kan förlora rätten till egendomen om företaget exempelvis går i konkurs eller råkar sälja den till någon annan.

Det sakrättsliga momentet kan vid överlåtelse av lös egendom antingen uppfyllas genom att egendomen traderas eller registreras i något lämpligt register, beroende på vad den lösa egendomen är för något. Om en tredje person C innehar den lösa egendomen som person A köpt från person B, kan denne dessutom av B meddelas om att A köpt egendomen från B. Det sakrättsliga momentet som uppnås på detta sätt kallas denuntiation.

Varför har då lagstiftaren ställt upp dessa krav egentligen? En av anledningarna är att lagstiftaren önskat förhindra att dubbelöverlåtelser eller andra skentransaktioner sker. Dessa skentransaktioner kan exempelvis ske för att köparen ska ha möjligheten att undandra den aktuella egendomen då överlåtaren, till förfång för överlåtarens borgenärer, går i konkurs.³⁴

Vad gäller patent som lös egendom förhåller det sig lite annorlunda med det sakrättsliga momentet. Att rätten till patent är överlåtbar torde vara obestridligt enligt både 1 § och 44 § PatL. Men hur överlåtelsen skall få sakrättsligt skydd mot överlåtarens borgenärer är mera tvistigt då det saknas lagreglering och klagörande rättspraxis på området. På flera olika håll i doktrin³⁵ råder enighet om att sakrättsligt skydd skall uppkomma redan genom avtalet med argumentering om att det på grund av immaterialrätternas natur inte finns något att tradera eller någon relevant person att denuntiera.

Att registrering av en överlåtelse hos PRV skall vara sakrättsligt moment har dock inte reglerats uttryckligen i lag. I 44 § PatL sägs att: ”Har patent övergått på annan eller licens upplåtits, skall på begäran anteckning därom göras i patentregistret.” Detta innebär att det inte kan vara frågan om ett direkt tvång men att om ena parten vill registrera en överenskommelse, vare sig det är överlåtelse eller upplåtelse, detta kan ske på begäran. Lagstiftarens syfte med att inte på ett strikt sätt reglera detta skulle kunna förklaras genom att meningen inte är att utesluta andra möjligheter. I doktrin diskuteras detta

³⁴ Håstad, Sakrätt, s 221 ff. Se även avsnitt 6 för mer ingående argument.

dilemma av Håstad, Rodhe, Karlgren m fl. varvid de kommer fram till att då varken tradering eller denuntiering är tillämplig det endast återstår att vid överlåtelse medge skydd genom blotta avtalet.³⁶ Min uppfattning är att utvecklingen på krediträttsområdet har förflyttat sig mer åt att näringsidkare som idkar handel med immaterialrätter alltmer är böjda att avtala om överlåtelse än att registrera dessa.

5.3 Säkerhet i patent

Just lös egendom har under de senaste decennierna fått en alltmer utökad användning som säkerhet för kredit antingen inom ramen för traditionella säkerheter eller genom att nya säkerheter bildas. Huruvida de nya säkerheterna har fått erkännande eller är sakrättsligt skyddade är fortfarande oklart. Lagstiftningen har i flera hänseenden inte hängit med denna utveckling, vilket lett till vissa gap där det egentligen funnits praktiska behov av lagstiftning. Några områden är förhållandevis detaljerat reglerade i lagstiftningen såsom pant i patent och företagshypotek, medan andra inte blivit föremål för mer än enstaka grundläggande regler.³⁷

Frågan är vilket sakrättsligt moment som skall gälla vid säkerhetsrätt i patent? Om nu blotta avtalet enligt doktrin skall vara ett tillräckligt sakrättsligt moment vid överlåtelse kan man fråga sig om detta även skall vara tillräckligt vid upprättande av en säkerhetsrätt i patent. Eller om det skall förhålla sig tvärtom. Skall avtalet anses vara tillräckligt eller krävs det att registrering av säkerhetsrätten sker? Föreligger samma risk att skentransaktioner sker även vid ställande av säkerhetsrätt i patent till förfång för gäldenärens borgenärer?

Att denuntiation eller tradition inte skulle kunna vara tillämpliga torde även här vara klart dels eftersom det inte finns någon lämplig att denuntiera till dels eftersom tradering av en säkerhetsrätt i en immaterialrätt är än mindre lämplig. Dess bestånd är fortfarande abstrakt och immateriellt vilket omöjliggör en traditionell besittningsövergång. Någon lämplig person att denuntiera till existerar därför ej heller, detta oavsett om egendomen skall överlåtas eller ges säkerhet i. För att kunna få klarhet i vad som skall gälla krävs att en presentation av två noggrant reglerade säkerhetsrätter i patent sker. Möjligheten att ge säkerhet i patent stöds av både pant i patent och företagshypotek. Denna framställning

³⁵ Håstad, Sakrätt, s 266, Rodhe, Sakrätt, s 216, Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse, s 225.

³⁶ SOU 1985:10, s 45, 50, Håstad, Sakrätt, s 266, Rodhe, Sakrätt, s 216, Karlgren, Säkerhetsöverlåtelse, s 225.

³⁷ Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, s 20.

är till för att senare kunna komma in i en diskussion om möjligheterna till en tredje säkerhet som uppkommer i och med avtalet. Att jag i både avsnittet om panträtt och företagshypotek tar upp diskussioner som förts angående respektive sakrättsliga moment är till för att vid presentationen av en möjligt tredje säkerhetsrätt kunna förstå argumentation om lämplighet av sakrättsliga moment.

6. PANTRÄTT I PATENT

6.1 Allmän definition

Möjligheten att kunna pantsätta egendom är idag en av de viktigare formerna av kreditsäkerheter och återfinns i många former och skepnader. Grundtanken är ändå densamma dvs. att panträtten skall utgöra en säkerhetsrätt som är avsedd att säkerställa ett fullgörande av ett anspråk. Enligt Undén definieras panträtten i svensk rätt som: ”... en sakrättsligt skyddad rätt som giver panthavaren befogenhet att, när en viss prestation icke behörigen erlägges, tillgodogöra sig dess värde ur den förpantade egendomen med viss förmånsrätt”.³⁸

6.2 Pantobjektet

Föremålet för pantsättningen kan utgöras av både fast och lös egendom men av naturliga skäl har panträtten inte ansetts kunna stiftas i alla rättigheter. Förutsättningen är att panträtten måste utgöras av egendom som kan överlåtas och som har ett bytesvärde.³⁹ Panträttens objekt måste alltså ha ett realiserbart ekonomiskt värde⁴⁰ annars finns det ingen egentlig mening med att kunna pantsätta egendom om den inte skall kunna realiserars av panthavaren för att erhålla pengar när pantsättaren inte uppfyller den avtalade prestationen.

Vad gäller ett patents ekonomiska värde torde vara självklart att den är betydande, då patentet ger innehavaren en ensamrätt till exploatering av en uppfinning, vilket i sin tur kan leda till en monopolställning på den avsedda marknaden.⁴¹ Att ett patent har ett ekonomiskt värde kan även uppskattas utifrån de kostnader som uppfinnaren eller ägaren lagt ned vid ansökningsproceduren och för bibehållandet av patentet.

6.3 Bakgrund till panträtten

³⁸ Undén, Svensk sakrätt i lös egendom, s 166.

³⁹ Håstad, Sakrätt, s 285.

⁴⁰ Walin, Panträtt, s 16.

⁴¹ Se diskussion i avsnitt 3.1.

Innan utredningen om pant i patent⁴² kom var säkerhetsöverlåtelser⁴³ av patent vanligt vid kreditgivning. Patentet överläts till borgenären med ett förbehåll om att godset skulle gå åter den dag lånet betalades tillbaka av gäldenären. Meningen var att åstadkomma ett förtäckt pantavtal då kredittagaren B istället för att pantsätta egendomen sålde den till kreditgivaren A mot uppbärande av en viss köpeskilling, som egentligen var själva lånevalutan. Tanken var att den sålda egendomen uttryckligt eller underförstått skall gå tillbaka till B när lånet betalats tillbaka.⁴⁴ Eftersom det inte fanns någon att denuntiera till antogs säkerhetsköparen få skydd redan genom avtalet.⁴⁵

Pantsättning av patent eller patentansökningar var under denna tid inte möjlig på grund av att någon gällande lagstiftning på området inte fanns. Det var också oklart om pantsättning över huvud taget var möjlig enligt svensk rätt, detta även fast det både allmänt och i doktrinen flitigt diskuterats om giltig pantsättning av patent kan ske.⁴⁶ Anledningen till varför enighet inte kunde nås berodde på svårigheterna att uppnå publicitet av säkerheten som ingåtts, vilket enligt reglerna för panträtt i allmänhet krävdes för att sakrättslig verkan skulle uppfyllas. Man ansåg även att immaterialrätterna, patentet inräknat, ansågs vara för knutna till upphovsmannen för att kunna bli föremål för pantsättning.⁴⁷ Ett avgörande skäl till varför ett panträttsinstitut för patent till sist blev aktuellt berodde på den totala avsaknaden av lagbestämmelser på området och på intresset från såväl långivar- och uppfinnarhåll att få till stånd en fungerande ordning för pantsättning av patent.⁴⁸ Det var dock först genom att de nya bestämmelserna om pantsättning infördes i 12 kap PatL som det blev möjligt att pantsätta även patent.⁴⁹

6.4 Kan sakrättsligt giltig pantsättning fullbordas genom avtal?

Innan utredningen om pant i patent⁵⁰ kom var det oklart om vad som i sakrättsligt hänseende krävdes vid pantsättning av patent. Vid pantsättning av lös egendom, av annat

⁴² SOU 1985:10.

⁴³ Karlgren, Säkerhetsöverlåtelser s 7 ff.

⁴⁴ Håstad, Sakrätt, s 207.

⁴⁵ SOU 1985:10, s 54.

⁴⁶ Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 235.

⁴⁷ SOU 1985:10, s 45.

⁴⁸ Prop. 1987/88:4, s 8.

⁴⁹ Walin, Panträtt, s 18-19.

⁵⁰ SOU 1985:10, Prop. 1987/88:4.

än immaterialrätter, krävdes (och krävs fortfarande) ett iakttagande av ett sakrättsligt moment för att pantsättningen skulle tillerkännas verkan gentemot tredje man.

För att sakrättslig verkan skall ha uppstått krävs än idag att en besittningsövergång markeras antingen genom tradition, denuntiation eller registrering. Annars finns risken att egendomen alltjämt kan tas i anspråk av överlåtarens borgenärer. En avsaknad av ett sakrättsligt moment skulle öppna upp möjligheter till dubbelöverlåtelser, efterhandskonstruktioner och skenavtal till förfång för borgenärerna.⁵¹ Kravet på ett sakrättsligt moment förebygger därmed både framtida konflikter med andra aktörer och möjliggör för utomstående att upptäcka den tidigare transaktionen och att tillåta att något annat godtogs skulle medföra betydande risker för ett fungerande kreditväsen.⁵² Det var mot bakgrund av dessa skäl som avtalet vid pantsättning av patent inte ansågs vara tillräckligt. Detta eftersom panträtten, utan en publicerande handling, förblev en tyst belastning på patentet. Problemen med bristande publicitet ansågs därmed vara större vid pantsättning av patent än vid överlåtelse. Vid överlåtelse skulle i det långa loppet förvärvarens rätt till objektet utåt sett manifesteras, medan det vid pantsättning förutsattes att inget i de yttre förhållandena skulle förändras.⁵³

Eftersom de immateriella rättigheterna i vanlig mening ej kan vara föremål för besittning och överlämnas i panthavarens besittning på samma sätt som en lös sak, avvisades det traditionella kravet på tradition som sakrättsligt moment.⁵⁴ Denuntiation föreföll ej heller passande då någon lämplig person att denuntiera till inte fanns. Den enda möjligheten till uppfyllande av sakrättsligt moment ansågs därför vara registrering, vilket först blev möjligt vid införlivandet av 12 kap PatL.⁵⁵ DepC uttalade sig starkt i propositionen mot att pantsättning av patent skulle kunna ske endast genom avtal enligt svensk rätt.⁵⁶ Detta uttalande ger att man kan fastslå att det inte finns några möjligheter att sakrättsligt fullborda en pantsättning av patent endast genom blotta avtalet.

6.5 Pantsättning genom registrering

⁵¹ Håstad, Sakrätt, s 221.

⁵² Håstad, Sakrätt, s 286 f.

⁵³ SOU 1985:10, s 48 ff.

⁵⁴ SOU 1985:10, s 47-48, Prop. 1987/88:4, s 10.

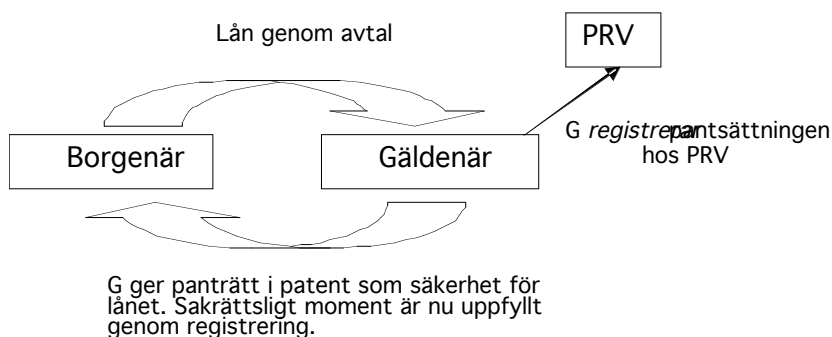
⁵⁵ För närmare argumentering vad gäller valet av sakrättsligt moment se Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, s 602 f.

⁵⁶ Prop. 1987/88:4, s 8.

Enligt 94 § PatL kan pantsättning ske av ”patent som har meddelats eller har verkan här i riket”.⁵⁷ Av grundregeln i 95 § PatL framgår att det först och främst krävs att det finns ett bakomliggande avtal till den pant som står som säkerhet och för det andra att detta avtal skall registreras hos PRV, vilket räknas som det sakrättsliga momentet. Det som registreras är följaktligen det avtal om pantsättning som har träffats mellan parterna. Detta avtal, som måste vara skriftligt, har endast obligationsrättslig verkan innan registrering skett. Avtalet får heller inte vara ogiltigt genom tillämpning av 36 § AvtL för att registrering skall ske.⁵⁸

Själva pantavtalet måste enligt 96 § PatL ha ingåtts av den rättmätiga ägaren till egendomen eller av någon som varit behörig att förfoga över den aktuella egendomen. Detta inbegriper både patenthavaren som panthavaren. Det enda som fordras är att sökanden styrker upplåtarens rätt till patentet eller patentansökningen och då överlåtelse av patentet skett även påvisa en sammanhängande fångeskedja.⁵⁹ Hur pantsättning av patent går till kan illustreras med denna bild:

Figur 1 Schema för pant i patent



Efter att PRV godkänt registreringen utfärdas ett bevis om att pantsättning skett. Detta bevis har i egentlig mening ingen riktigt betydelse eftersom det inte krävs att beviset överlämnas vid pantsättning för att fullbordan skall anses ha uppstått, som vid pantbrev i fast egendom. Pantsättningen anses istället vara fullbordad redan genom registreringen och det sakrättsliga skyddet uppstår enligt 101 § PatL redan den dag då ansökan om registrering inkommit.⁶⁰

⁵⁷ Prop. 1987/88:4, s 13.

⁵⁸ Prop 1987/88:4, s 27 ff., 159.

⁵⁹ Walin, Panträtt, s 264 ff.

⁶⁰ Walin, Panträtt, s 274 ff.

6.6 Förmånsrätt

Vad som gör panträtten till ett sådant betydelsefullt medel vid kreditgivning är den starka ställningen som pantavaren har i förhållande till övriga borgenärer, när pantsättaren är insolvent. Med panträtten följer s.k. särskild förmånsrätt, vilken enligt 4 § Förmånsrättslagen⁶¹ är den bästa förmånsrätten eftersom pantavaren när det gäller betalning ur panten inte behöver stå tillbaka för någon annan borgenär.⁶²

⁶¹ Förmånsrättslagen (1970:979).

⁶² Håstad, Sakrätt, 312 f.

7. FÖRETAGSHYPOTEK

7.1 Allmän definition

Det finns flera olika möjligheter för en näringsidkare att finansiera den egna verksamheten då tillräckligt med kapital saknas. En näringsidkare kan om denne äger fastigheten, maskiner och andra tillgångar belåna eller pantsätta dessa och på så sätt erhålla kapital. Om näringsidkaren däremot endast hyr sina tillgångar eller inte kan tradera dessa vid belåning finns en annan möjlighet. Genom företagshypoteket bibehåller näringsidkaren besittningen av den egna egendomen på samma gång som kreditgivaren får säkerhet genom registrering av företagsinteckningen.⁶³ Säkerhetsrätten behöver inte heller, till skillnad från panträtten, knytas till en viss egendom utan kan omfatta ett egendomskollektiv dvs. näringsidkarens verksamhet.⁶⁴

7.2 Företagsinteckningen

Som redan nämnts utgör företagshypoteket en säkerhetsrätt som grundar sig på en företagsinteckning, vilken upplåts i en näringsidkarens verksamhet för att säkra en fordran. Säkerhetsupplåtelsen är enligt orden i 1 kap 3 § Lagen om företagshypotek⁶⁵ inte knuten till en viss fysisk eller juridisk borgenär utan till en fordran. Själva företagsinteckningen uppstår genom att näringsidkaren enligt 1:2 FHL registrerar inskrivningen av ett visst penningbelopp hos PRV.⁶⁶ Företagsinteckningen beviljas därvid enligt 3:1 FHL i all näringsverksamhet som innehas av näringsidkaren. Begränsningar av inteckning av en näringsidkarens näringsverksamhet är inte längre tillåten med undantag av specialfall. Anledningen är att en inteckning som avser all näringsverksamhet i riket generellt sett grundar en bättre kreditsäkerhet än en som är begränsad.⁶⁷

7.4 Företagshypoteksunderlaget

Företagshypoteket skiljer sig från panträtten genom att den gäller i den egendom som vid varje särskild tidpunkt ingår i den intecknade verksamheten, såvida den inte är

⁶³ Håstad, Sakrätt, s 353.

⁶⁴ Prop. 1983/84:128, s 29.

⁶⁵ Lag (1984:649) om företagshypotek.

⁶⁶ Rätt inskrivningsmyndighet är PRV och inte som tidigare Malmö domsagas inskrivningsmyndighet. Se <http://www.prv.se/bolag/foretagsinteckning/index.html>

⁶⁷ Prop. 1983/84:128, s 37 och Petterson, Företagshypotek - kommentar till lagstiftningen, s 41.

undantagen enligt 2:1 FHL. Den är alltså inte knuten till någon viss, bestämd egendom utan gäller i ett egendomskollektiv dvs. näringsidkarens verksamhet⁶⁸, vilket framgår av huvudregeln i

2:1 1 st. FHL. Detta innebär att underlaget under näringsverksamhetens livstid växlar med tiden. Företagshypoteket är därmed inte bestämd till viss egendom utan till ett visst belopp i den egendom som finns vid det tillfälle då borgenären utövar sin rätt att få betalning ur den intecknade egendomen.⁶⁹ Att patent räknas till lös egendom torde inte vid det här laget vara oklart, enligt det som sagts i avsnitt 5.1. Då immaterialrätter enligt svensk rätt är att betrakta som lös egendom kan man sluta sig till att de även skall ingå i företagshypoteksunderlaget. Detta stärks av uttalanden i doktrin där immaterialrätter bedöms ingå i företagshypoteks-underlaget i den mån de kan utmätas eller ingå i konkurs, vilket vidare sägs vara intentionen med lagen. Detta är indirekt stadgat i 54 § 2 st. PatL.⁷⁰

7.3 Säkerhetsupplåtelse

Efter att näringsidkaren registrerat inteckningen hos PRV erhålls ett företagshypoteksbrev, vilken utgör själva beviset för att inteckning skett. Hypoteksbrevet räknas däremot inte som en säkerhet i sig och är inte heller något fordringsbevis, då den inte anses vara en värdehandling. Genom att näringsidkaren överlämnar företagshypoteksbrevet som säkerhet för fordran till motparten, upplåts företagshypoteket. Att förskrivningen blir fullbordad först när hypoteksbrevet traderas till borgenären och denne har den i sin besittning⁷¹, följer av NJA 2000 s 88. Den som överlämnar företagshypoteket måste dessutom vara avskuren från rådgigheten över samma brev för att upplåtelse skall anses ha skett. ”Utfästelse om säkerhet i form av företagshypotek kan föreligga med bindande verkan mellan kontrahenterna redan innan företagsinteckning har sökts, men upplåtelsen blir inte sakrättsligt fullbordad förrän tidigast när inteckningen anses beviljad”.⁷² Det krävs därmed att ett fordringsförhållande finns från början, som kan vara grundat på en muntlig eller skriftlig utfästelse och att en upplåtelse, varigenom näringsidkaren lämnar hypoteksbrevet som ett slags *pant* till

⁶⁸ Prop. 1983/84:128, s 29.

⁶⁹ Håstad, Sakrätt, s 356.

⁷⁰ Walin, Om företagshypotek, s 70, Håstad, Sakrätt, s 356 f.

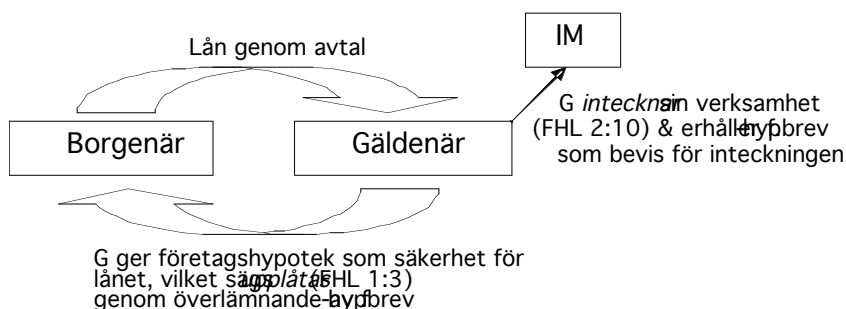
⁷¹ Håstad, Sakrätt, s 354 f.

⁷² Walin, Om företagshypotek, s 40.

borgenären, sker.⁷³ Den bakomliggande fordringen kan vara av vilket slag som helst, men det vanliga är att näringsidkaren undertecknar ett skuldebrev som reglerar villkoren för krediten.

Hur företagshypotek uppstår kan illustreras med följande bild:

Figur 2-Schema för företagshypotek



7.5 Förmånsrätten

Förmånsrätten börjar först gälla efter att överlämnandet av företagshypoteksbrevet skett.⁷⁴ Denna förmånsrätt enligt 2:5 FRL innebär att, vid konkurs hos inteckningsgäldenären, intecknings- eller företagshypoteksbrevinnehavaren har förmånsrätt till betalning ur den egendom som utgör företagshypoteksunderlaget. Denna förmånsrätt ger bättre rätt än till exempel allmän förmånsrätt för lön, men sämre rätt än panträtten.⁷⁵ Underlaget för förmånsrätten är, enligt den i NJA 1982 s 900 fastställda frysningprincipen, de varor etc. som finns vid konkursbeslutet.⁷⁶

⁷³ Walin, Om företagshypotek, s 116. Min kursivering av ordet pant i och med att det egentligen inte handlar om pant utan upplåtelse i företagshypotek – se vidare angående denna diskussion i Walin, Om företagshypotek, s 39 ff. och Prop. 1983/84:128, s 33 f.

⁷⁴ Walin, Om företagshypotek, s 38-41.

⁷⁵ I dagsläget finns ett förslag om ändring av förmånsrätten som lämnas därhän i och med att det ännu inte fått genomslag, SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler (del I och II).

⁷⁶ Håstad, Sakrätt, s 368 f.

8. ANALYS AV DEN I DET FIKTIVA FALLET STÄLLDA SÄKERHETEN

8.1 Vad har avtalats om?

Då SharkInvest och Fiktiva kommit överens om att patentet skall utgöra säkerhet för den givna krediten får antas att meningen med avtalet var att patentet inte skulle övergå till SharkInvest, vilket även stöds av det faktum att det fortfarande är gäldenären, Fiktiva, som är ägare till det aktuella säkerhetsobjektet. En vidare tolkning av avtalet, dvs. att utfylla avtalet med en tolkning om att övergång av patentet skett, som inte uttryckligen fastslagits vore att gå för långt. Detta även om möjligheterna till en vidare tolkning enligt generella avtalsrättsliga regler finns. Ett avtal kan inte enbart tolkas utifrån den bokstavliga lydelsen utan också utifrån de omständigheter, t ex realhandlingar, som parterna efter avtalsslutet gjort och som kan räknas som tyst avtalat eller underförstått.⁷⁷ Några sådana handlingar har inte företagits av vare sig SharkInvest eller Fiktiva, vilket ger att någon oklarhet om parternas mellanhavanden inte finns. Patentet har varken traderats eller registrerats och någon denuntiation till tredje man om deras förhållanden angående krediten har heller ej skett. Att avtalet inte skall tolkas i vidare mening, även om avtalet är diffust eller oklart, stöds av i avsnitt 3.2 omnämnda presumtion. Denna presumtion torde, trots att den behandlar fullständig eller delvis överlåtelse av immaterialrätter, vara tillämplig eller åtminstone analogt tillämplig i det fiktiva fallet.⁷⁸ Vid upplåtelser av patentlicenser tillämpas samma presumtion vid tolkning av avtalet vad gäller dess omfattning, då inget specifikt avtalats. ”Om inget särskilt avtalats, finns en presumtion för att licensen är enkel” och inte exklusiv. Detta innebär att licensen då den presumeras vara enkel endast ger licenstagaren en rätt till att utnyttja uppfinningen, men inte någon ensamrätt till den, jämfört med den exklusiva rätten då licensgivaren inte får upplåta en motsvarande licens till andra.⁷⁹

Att avtalet inte skall tolkas som att en överlåtelse skett torde vara klagjord. Frågan är om överenskommelsen kan vara eller höra till panträtt i patent eller företagshypotek? Om så inte är fallet finns det några möjligheter till analogier med dessa säkerhetsrätter?

8.2 Vilken säkerhetsrätt är det frågan om?

Både panträtt i patent och företagshypotek är noggrant omskrivna och reglerade i lag. Att det är vanligt att företag begagnar sig av dessa sätt att ställa säkerhet torde också vara

⁷⁷ Adlercreutz, Avtalsrätt II, s 42 ff.

⁷⁸ Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 380.

⁷⁹ Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt, s 401f.

klart. Dessa säkerhetsrätter ger även från lagstiftarens sida en möjlighet att kontrollera parternas mellanhanden och därmed förhindra att skentransaktioner uppstår. Överskådligheten av dessa registrerade säkerhetsrätter för den enskilda individen och tillgängligheten av informationen kan dock ifrågasättas.

Som redan ingående beskrivits i avsnitt 6 och 7, ställs förhållandevis stränga sakrättsliga moment upp för både panträtt i patent och företagshypotek. Dessa moment måste vara uppfyllda för att en avtalad säkerhet mellan parter skall ha ett sakrättsligt skydd och på så sätt stå sig mot andra borgenärer vid en eventuell konkurs. Frågan är om den överenskomna säkerheten i det fiktiva fallet kan hänföra sig till antingen panträtt i patent respektive företagshypotek.

Parterna i det fiktiva fallet har inte traderat patentet, detta eftersom patentet inte kan vara föremål för en vanlig besittning och inte heller kan traderas enligt traditionell mening. Inte heller har denuntiering eller registrering av parternas överenskommelse angående säkerhetsrätten skett. Som redan framhållits, i avsnitt 6.4, är registrering det lämpligaste och mest användbara sakrättsliga momentet för immateriella rättigheter med hänsyn till deras immateriella beskaffenhet. De går ej att ta på, förflytta och överlåtas till andra potentiella ägare som med andra konkreta ting som exempelvis en bil. Grunden till varför lagstiftaren ställt upp dessa sakrättsliga moment har också diskuterats i avsnitt 6.4. De starkaste skälen till varför denna stränga attityd till sakrättsligt moment finns är för att förhindra att skentransaktioner av olika slag sker, men även för att kunna ha en överblick över de transaktioner som sker.

Den enda slutsats man kan dra av detta är att ett frångående av detta sakrättsliga moment skulle innebära ett skapande av ovisshet och oförutsägbarhet såväl juridiskt som i affärsrättsliga sammanhang. Då man både i propositionen och SOU⁸⁰ inför lagstiftandet av panträtt i patent noggrant gått igenom det sakrättsliga momentet och kommit fram till att avtalet inte kan anses vara tillräckligt vid panträtt i patent, kan någon panträtt i det fiktiva fallet inte heller anses ha uppstått. Detta även med hänsyn till parternas, SharkInvests och Fiktivas, ageranden i övrigt.

Eftersom företagshypotek kan ställas i all den egendom som en näringsidkare har innebär detta att ett patent, såsom lös egendom, kan ingå i denna massa. För att företagshypotek

⁸⁰ Prop. 1987/88:4, SOU 1985:10.

skall anses ha uppstått krävs att näringsidkaren intecknar sin verksamhet och att ett överlämnande av företagshypoteksbrevet sker till motparten, i detta fall SharkInvest. Varken inteckning eller överlämnande av företagshypotek har företagits av Fiktiva. Det enda parterna kommit överens om är att ställa den av Fiktiva ägda patentet som säkerhet för SharkInvests fordran. Den säkerhet som parterna kommit överens om kan därför inte vara ett företagshypotek då någon möjlighet att frångå sakrättsligt moment ej finns.

Motivet till varför jag presenterat och analyserat panträtt i patent och företagshypotek, dess sakrättsliga moment är för att i det vidare perspektivet kunna förstå om det finns någon möjlighet att begagna sig av avtalet som sakrättsligt moment vid ingående av avtal om patent som säkerhetsrätt eller om några analogier i övrigt kan ske med dessa säkerhetsrätter. Med hänsyn till den argumentation som förts i offentliga utredningar och förarbeten, angående möjligheterna att kunna pantsätta patent och huruvida patent skall kunna ingå i en företagsinteckning, kan slutsatser dras för besvarandet av frågan huruvida avtalet skall kunna ges status av sakrättsligt moment.

8.3 Kan parterna anses ha iakttagit sakrättsligt moment?

Som jag tidigare uppgivit var min uppfattning att det var egendomligt att avtalet inte gavs sakrättslig verkan vid ingående av säkerhetsrätter. Detta i och med att det torde vara vanligt att de avtalande parter, vanliga näringsidkare, i allmänhet ingick avtal utan att vidare tänka på de juridiska spörsmål, såsom sakrättsligt moment, som skulle kunna uppstå. Detta utan att egentligen ha vetskap om att de handlingar de företog inte var tillräckliga vid en eventuell konkurs av den säkerhetsgivande parten. Vad jag efter noggranna litteraturstudier och undersökningar kommit fram till skiljer sig från min första uppfattning.

8.3.1 Avtalets status vid överlåtelser

I doktrin⁸¹ och förarbeten⁸² förespråkas och argumenteras utförligt om att avtal som sådant skall anses vara tillräckligt sakrättsligt moment vid överlåtelser av patent. Förvärvaren av patentet anses vinna skydd mot andra borgenärer redan genom avtalet, även enligt Håstad. Håstad bygger sin argumentation på den omständigheten att det inte finns något annat lämpligt sakrättsligt moment för immaterialrätter. Varken denuntiation

⁸¹ Håstad, Sakrätt, s 266, Rodhe, Sakrätt, s 216, Karlgren, Säkerhetsöverlåtelser, s 225, Jacobsson m fl., Patentlagstiftningen - en kommentar, s 279.

⁸² SOU 1985:10, s 50.

eller registrering är passande eftersom det inte finns någon lämplig att underrätta. Registrering av äganderätten hos PRV har i nuläget ej heller givits status av sakrättsligt moment. Den argumentation som Håstad framför finner stöd av både Walin och Rodhe, men även av proposition 1987/88:4, som föregick panträttslagstiftningen i 12 kap PatL.⁸³ Jacobsson m.fl.⁸⁴ är också av den uppfattningen att det borde vara klart att en överlåtelse gäller mot överlåtarens borgenärer redan genom överlåtelseavtalet, vilket även återfinns i proposition 1977/78:1.⁸⁵ I utredningen SOU 1985:10⁸⁶ nämns att det utan tvivel torde vara så att avtalet skall vara tillräckligt sakrättsligt moment. Det verkar tydligen vara så att det med utvecklingen, av användandet av dessa tillgångar vid överlåtelser, en önskan finns att ett enklare förfarandesätt tillämpas där själva avtalet ger sakrättsligt skydd.

Efter att ha granskat patentlagen och därtill hörande proposition och lagkommentar⁸⁷, panträttsliga och företagshypoteksrättsliga förarbeten, har jag kommit fram till att det finns mycket som talar för att avtalet skall bedömas vara tillräckligt sakrättsligt moment vid överlåtelser. Det finns också mycket som talar mot en sådan tillämpning då rättsläget är tämligen oklart.

I 44 § PatL sägs exempelvis att om registrering av att patentet övergått till annan anteckning därom skall ske på begäran. Hur detta skall tolkas är oklart. Ett helt och fullt ultimatum kan inte enligt dess ordalydelse ha ställts upp på överlåtare eller övertagaren då anteckning skall ske ”på begäran”. En annan tolkning är att det rent bokstavligt föreligger ett tvång att registrera med hänsyn till att ”anteckning skall ske”. Ett faktiskt krav föreligger därmed för att registrering skall ske och ett frångående är inte möjligt. Lagstiftarens syfte att uttrycka sig på detta sätt kan däremot förklaras av att denne, genom en för snäv formulering, inte önskat utesluta något. Jacobsson m.fl. är av den uppfattningen att denna paragraf bör tolkas som att en antecknad patenthavare i patentregistret endast är av den betydelse då tvist om vem som skall anses vara patenthavare uppstår. Någon sakrättslig betydelse, som i vårt fall är aktuellt, argumenteras härvid inte.⁸⁸

⁸³ Rodhe, Sakrätt, s 216 f, Walin, Panträtt, s 255 ff., Prop. 1987/88:4, s 17.

⁸⁴ Jacobsson m fl., Patentlagstiftningen - en kommentar, s 279.

⁸⁵ Prop. 1977/78:1, s 243.

⁸⁶ SOU 1985:10, s 50.

⁸⁷ Prop. 1966:40, Jacobsson m fl., Patentlagstiftningen - en kommentar.

⁸⁸ Jacobsson m fl., Patentlagstiftningen - en kommentar, s 281.

Enligt min mening borde utelämnandet av en sådan fastslagen reglering av registreringstvång vid överlåtelser i patentlagen betyda något. Att rent generellt hävda att avtalet skall vara sakrättsligt tillräckligt är enligt min uppfattning inte en tillräcklig godtagbar tolkning. Vidare finner jag det aningen underligt att lagstiftaren valt att så ordentligt reglera både panträtt i patent och företagshypotek, vad gäller speciellt sakrättsligt moment, men inte valt att lagstifta om någon enhetlig och klar reglering vad gäller sakrättsligt moment vid överlåtelser. Problem med skenavtal och illojala transaktioner borde vara lika aktuella vid pantsättning som vid överlåtelser. Risken för exempelvis tvesala torde vara lika stor vid överlåtelser av patent som vid upprättande av säkerhetsrätter. Detta då det i båda fallen handlar om tillgångar som är immateriella och abstrakta. Utan något krav på registrering skulle ett patent genom avtal likväl kunna överlåtas till flera samtidigt, då något registertvång till synes ej verkar finnas.

8.3.2 Avtalets status vid säkerhetsrätter

I och med att avtalet i doktrin och propositioner har givits en viss verkan av sakrättsligt moment vid överlåtelser, är frågan om möjlighet att tillämpa avtalet som sakrättsligt moment även finns vad gäller säkerhetsrätt i patent?

Enligt min mening existerar det en diskrepans i lagstiftningen mellan överlåtelser i panträtt och säkerhetsrätt i patent. Detta trots likheten vad gäller samma abstrakta egendom – patentet. De oegentligheter jag ser ligger i att samma krav som ställts för överlåtelser av immaterialrätter inte ställts vid ställande av säkerhet i patent. Om avtalet kan vara sakrättsliga moment vid ingående av överlåtelser varför gäller inte detsamma säkerhetsrätterna? I båda förfarandena föreligger risker och möjligheter till illojala transaktioner. Grundargumentationen vid beslutandet om panträtt i patent⁸⁹; att anledningen till varför registrering valts som sakrättsligt moment vid ställande av säkerheter var pga. riskerna för illojala transaktioner, håller därför enligt min mening inte vid denna konfrontation.

Ett av argumenten som fördes redan år 1985, för att få fram att avtalet skulle ses som sakrättsligt moment vid överlåtelser, var att "... de nackdelar, som den bristande publiciteten kan tänkas innebära, har uppvägs av fördelarna med att patentet fritt kan överlåtas", och att patentets värde som förmögenhetsobjekt praktiskt taget skulle

⁸⁹ SOU 1985:10 45 ff.

försvinna om avtalet vid överlåtelser inte gavs sakrättslig verkan.⁹⁰ Detta tycker jag gäller även då man försvårar förfarandet med användandet av patent som säkerhetsrätt.

Min personliga uppfattning är dock att inte helt frångå de krav som ställs om publicitet, utan istället att få till stånd ett förenklat förfarande av skapande av säkerhetsrätter. Detta eftersom redan existerande sakrättsliga regler påverkar affärsrättsliga överenskommelser på ett negativt sätt då dessa verkar hämmande för parter som på ett enkelt sätt vill åstadkomma säkerheter för erhållande av investeringskapital. Avtalet borde anses vara tillräckligt, både vid överlåtelser och vid ställande av säkerhet med förutsättningen att det registreras hos PRV. Detta för att näringsidkare, myndigheter etc. skall ha en bättre överblick över rätt ägare mm., men även för att det skulle främja förutsebarhet och ett undvikande av illojala skentransaktioner, menar jag. Ett krav på att säkerhetsrätten skall anses tillhöra antingen panträtt i patent eller företagshypotek skulle kunna frångås och istället skulle en ny säkerhetsrätt (utan hänvisande till speciell titel) kunna registreras hos PRV. Om detta klart och tydligt regleras och kravet på registrering ställs upp skulle rättsläget kunna göras klarare för alla parter.

Jag anser dock att endast avtalet i sig inte ännu kan utgöra sakrättsligt moment vid säkerhetsrätter på grund av att strukturen för säkerhetsrätter, med existerande panträtt och företagshypotek, omöjliggör detta accepterande. Möjligheterna att frångå dessa säkerheter och att skapa nya sådana som håller sig rent sakrättsligt är begränsat i dagsläget, detta även om det torde vara klart att sådana överenskommelser rent obligationsrättsligt är hållbara. Dessa överenskommelser faller dock då säkerheten vid en konkurs sätts på sin spets. En total uteslutning av avtalet som sakrättsligt moment kan dock inte helt ske eftersom det hittills faktiskt inte gjorts några försök till att motpröva detta. Accepterandet av avtalet som sakrättsligt moment och skapandet av nya säkerhetsrätter kräver en översyn av existerande säkerhetsrätter och samhällsutvecklingen för att få till stånd en enhetlig och samverkande reglering.

8.3.3 Möjligheter till ändring i lag?

Vilka förutsättningar krävs för att en ändring av befintlig lagstiftning på detta område, sakrättsliga området, kan komma till stånd? Enligt Håstad⁹¹ är den viktigaste situationen fallet då ”en regel bör ändras som inte kan ändras i praxis” när den dåliga regeln framgår

⁹⁰ SOU 1985:10, s 50-51.

⁹¹ SvJT 1988 rf s 242-243.

av lag. Ny lagstiftning kan vidare övervägas då ”rättsläget på en viktig punkt är ovisst” och det inte kan förväntas att HD kommer att få tillfälle att komma med ett vägledande avgörande inom överskådlig tid. En annan motivering är ”önskan att göra redan etablerade regler lättare tillgängliga för allmänheten eller praktiserande jurister”⁹².

Då rättsläget är oklart vad gäller överlåtelser av patent, bör ny lagstiftning kunna övervägas med tanke på att rättsläget på denna punkt är ovisst. Stiftandet av regler inom detta område skulle därtill innebära en större tillgänglighet för både allmänheten men även juristerna. För att förenkla möjligheterna för små till medelstora företagare att kunna förskaffa sig investeringskapital, skulle ny lagstiftning vara lämpligt även vad gäller säkerhetsrättsavtalen. Rättsläget skulle kunna klargöras en gång för alla huruvida ett frångående av befintliga säkerhetsrätter, panträtt i patent och företagshypotek, är möjlig och hur avtalet skall räknas som sakrättsligt moment. Lagreglerna skulle därmed kunna bli enklare och mer överskådliga på samma gång som det skulle bli enklare att tillämpa dem.⁹³

⁹² SvJT 1988, rf s 242-243 (s 224-225).

⁹³ Jmf argumentation om varför allmän översyn av traditionskravet skulle ske i SvJT 1988, rf s 242-243.

9. SÄKERHETS RÄTTER OCH INSOLVENS

9.1 Allmänt om grunderna för konkurs

I grundregeln 1:2 KL anges att en gäldenär som är på obestånd kan, efter egen eller borgenärs ansökan, försättas i konkurs. För att en borgenär skall kunna försätta gäldenären i konkurs krävs att bevisning för att gäldenären är på obestånd inges. Detta kan ibland vara väldigt svårt för borgenären att bevisa eftersom det handlar om att visa en prognos bedömning för ett framtida tillstånd hos gäldenären.⁹⁴ Denna prognos måste på ett eller annat sätt visa att gäldenären är i ett tillstånd där han inte kan betala sina skulder och att denna oförmåga inte är tillfällig. Insolvensbedömningen har därför karaktären av en mer eller mindre långsiktig prognos. Gäldenären skall ej vara i stånd eller kommer ej att vara i stånd att i den närmsta framtiden kunna betala sina skulder allteftersom de förfaller.⁹⁵

Konkurslagen innehåller ett antal bestämmelser som anger när gäldenären skall anses vara på obestånd.⁹⁶ En av dessa är 2:9 KL, vilken blir aktuell i det fiktiva fallet. I denna paragraf anges presumptionsregeln för när gäldenären skall anses vara insolvent:

” En gäldenär , som är eller ... har varit bokföringsskyldig... skall om inte annat visas anses insolvent, om

1. gäldenären har uppmanats av en borgenär att betala klar och förfallen skuld men underlåtit att göra detta inom en vecka och
2. borgenären begär gäldenären i konkurs inom tre veckor därefter och skulden då ännu inte är betald...”

Borgenären måste först och främst kräva, antingen muntligen eller skriftligen om att betalning skall ske. Gäldenären skall därtill ha delgivits uppmaningen och en upplysning om att konkursansökan kan följa måste ges. Om gäldenären under denna period betalar eller ställer säkerhet för fordran bryts insolvensen.⁹⁷

Det krävs dock enligt 2:6 KL att borgenären kan styrka sin behörighet för att kunna få gäldenären försatt i konkurs genom att inneha en fordran. Det innebär i princip att varje styrkt fordran som borgenären har grundar behörighet för denne att sätta gäldenären i

⁹⁴ Mellqvist, Obeståndsrätten, s 67.

⁹⁵ Welamson, Konkurs, s 22.

⁹⁶ Konkurslagen 2 kap 7 och 9 §§.

⁹⁷ Welamson, Konkurs, s 29 ff.

konkurs.⁹⁸ Fordringen behöver inte vara förfallen och någon exekutionstitel krävs heller inte. Den enda grunden för att gäldenären skall kunna försättas i konkurs är därmed att gäldenären är på obestånd.⁹⁹

Om gäldenären däremot kan visa att konkurshinder föreligger kan denne inte försättas i konkurs. Ett sådant hinder är 2:10 KL, där det i första stycket anges att:

”En borgenär har inte rätt att få gäldenären försatt i konkurs, om

1. borgenären har betryggande pant eller därmed jämförlig säkerhet i egendom som tillhör gäldenären...”

Med ”pant” menas i paragrafen all slags panträtt i lös egendom och ”jämförlig säkerhet” innefattar alla realsäkerheter som varken utgör pant eller annat som kan jämföras med pant, exempelvis företagshypotek.¹⁰⁰

Att det endast är en borgenär, som inte har betryggande säkerhet i gäldenären tillhörig egendom, som kan sätta gäldenären i konkurs uttrycks i principen att konkurs bör beslutas på ansökan av den som har ett legitimt intresse därav.¹⁰¹ Denna paragraf begränsar i realiteten en borgenärs möjligheter att utverka konkurs. Gäldenären skall nämligen inte bli försatt i konkurs om denne kan visa att säkerheten skäligen kan antas föreslå till full betalning av fordringen och att den dessutom är skyddad mot återvinning.

I förarbetena till konkurslagen påpekas dock att det enligt gällande rätt ankommer på gäldenären att förebringa bevisning om att panten är tillräcklig. Det är dock endast om frågan ställs på sin spets som gäldenären har att bevisa detta.¹⁰² Beviskravet har därför satts lågt för att inte anses vara för oskäligt. Gäldenären kan förutom att visa att den erbjudna säkerheten är betryggande påvisa att konkursansökningen strider mot villkoren för säkerhetens ställande.¹⁰³ Hur detta skall gå till har däremot i förarbetena inte vidare berörts.

⁹⁸ Walin, Materiell konkursrätt, s 32.

⁹⁹ Welamson, Konkurs, s 26.

¹⁰⁰ Prop. 1975:6, s 162. Paragrafen 2:10 KL har sin motsvarighet i den gamla lagen 5 § KL. Det materiella innehållet i 2:10 KL har dock inte ändrats sen den gamla lydelsen i 5 § KL.

¹⁰¹ Welamson, Konkurs, s 26.

¹⁰² Mellqvist, Obeståndsrätten, s 69.

¹⁰³ Prop. 1975:6, s 163 f.

Varför har dessa paragrafer utformats på detta sätt? Ett svar skulle kunna vara att de ger en möjlighet för borgenären att upprätthålla sina intressen att kunna rå över sina investeringar på samma gång som gäldenären skall kunna värna sig mot att bli satt i konkurs vid minsta lilla betalningssvårighet. Detta då någon form av säkerhet faktiskt ställts för det aktuella lånet.

9.2 Analys av 2:9-10 KL i skenet av det fiktiva fallet

I det fiktiva fallet uppmanade SharkInvest Fiktiva vid flera tillfällen att betala förfallna amorteringar och ränta, med följden av att en ansökan om konkurs kunde ske om betalning ej skedde. Fiktiva kunde trots denna uppmaning inte fullfölja det avtalade, inte ens vid den tidpunkt då SharkInvest ansökte om Fiktivas konkurs. Detta innebär i praktiken att Fiktiva skall räknas som insolvent då SharkInvest uppfyllt de i 2:9 KL uppställda kraven. En ansökan om konkurs skall då bifallas såvida konkurshinder enligt 2:10 KL inte föreligger. Frågan är dock om den av Fiktiva och SharkInvest överenskomna säkerheten i patentet är en sådan fullgod säkerhet som krävs enligt denna paragraf och som kan bryta presumtionen om insolvens. Av yttrande som framgår av både förarbetet till konkurslagen och även i doktrin, som ovan nämnts i avsnitt 9.1, ankommer det på Fiktiva att dels visa att säkerheten utgör en fullgod säkerhet dels att den inte är återvinningsbar, för att kunna förhindra att de sätts i konkurs.

9.2.1 Patentets avtalade värde

Eftersom parterna i det fiktiva fallet, vid ingående av kreditavtalet, avtalade om att ställa patentet som säkerhet måste dessa parter ha varit överens om att patentet vid avtalets ingående gav full täckning för det givna lånet på tio miljoner. Enligt min mening måste parterna vid avtalets ingående dels haft ingående vetskap om att en säkerhet överhuvudtaget ställts, dels uppskattat att patentet innehavt ett visst värde täckande det givna lånet. Detta eftersom man varit överens om att SharkInvest skulle ge tio miljoner med säkerhet i det av Fiktiva ägda patentet. Patentet kan inte annat än att uppskattas till den summa som säkerheten ställts för, enligt min mening. Att en sådan tolkning ej menats av parterna har heller inte uttryckligen avtalats om. Rent avtalsrättsligt kan det i och för sig vara vanskligt att tolka in en sådan uppfattning, men syftet med just ställandet av patentet som säkerhet torde vara att det ska ge full täckning för lånet, precis som vid panträtt i patent. Annars finns det ingen mening med att ställa upp någon säkerhet om den lånegivande parten inte hade trott att full täckning kunde ges.

Ett bättre sätt för den långivande parten att undvika detta missförstånd hade i sådana fall varit att använda sig av någon annan säkerhetsrätt såsom företagshypotek. Det bör därför ses som att båda parterna, SharkInvest och Fiktiva, avgivit en gemensam viljeförklaring om att patentet innehar det uppskattade värdet på tio miljoner. Det vore därför egendomligt om domstolen så lättvindigt bifaller en borgenärs ansökan om att sätta gäldenären i konkurs på grund av att värdet på säkerheten minskat enligt borgenärens utsaga. Hur en domstol skulle agera i verkligheten är svårt att säga då något prejudicerande fall inom detta område ej kunnat finnas. Det finns därför inte något som varken stöder eller motbevisar min uppfattning utan det blir istället en fråga om antaganden.

Om vi antar att Tingsrätten mot all förmodan godkänner talan om att Fiktiva skall sättas i konkurs uppkommer problem vad gäller värderingen av den ställda säkerheten. Detta eftersom det råder avtalsfrihet vid utformning av det underliggande kreditavtalet. Avtal om säkerhetens värde, som redan sagts ovan och i avsnitt 3:2 och 3:4, kan därför fritt fastställas av parterna. Frågan är om det är möjligt att det i avtalet överenskomna värdet av patentet drastiskt skulle kunna sjunka? Är det möjligt att frångå ett av båda parter överenskommet och uppskattat värde för säkerheten och hur skulle detta påverka maktbalansen mellan parterna?

9.2.2 Patentets verkliga värde och fara för missbruk

Kärnan i detta problem ligger i den aspekten att en uppfinning oftast inte innehar sitt fulla värde tills det producerats och lanserats på marknaden. Det stadium i patentets liv som utgörs av tiden före produktion och lansering omfattar endast en bråkdel av dess potentiella värde. (Detta beror dock på vad för sorts uppfinning det rör sig om.) Att låta borgenären ha möjlighet att försätta gäldenären i konkurs genom att hävda att ett avtalat värde för säkerheten sjunkit innebär ett maktförskjutande åt borgenärens sida. Borgenären skulle kunna missbruka denna lagregel för att försöka komma åt den erbjudna säkerheten (huruvida detta är möjligt se avsnitt 9.3), genom att ge ett lån på exempelvis tio miljoner, med vetskap om gäldenärens ekonomiskt svaga förhållande. Detta för att senare kunna försätta gäldenären i konkurs med tillämpning av 2:10 KL. Genom att erbjuda detta lån som borgenären vet att gäldenären inte kommer att kunna amortera av med enkelhet, kan gäldenären försättas i konkurs. Gäldenären skulle inte ha

någon reell möjlighet att betala av lånet. Syftet med att endast den borgenär som har ett ”legitimt intresse”¹⁰⁴, som ovan nämnts i avsnitt 9.1, att kunna försätta gäldenären i konkurs då denne inte anses ha betryggande säkerhet, kan därmed ifrågasättas. Denna möjlighet till missbruk balanseras dock av det faktum att ett patents värde kan falla åt ena eller andra hållet, och att det kan vara helt värdelös då den tillhörande uppfinningen inte blivit en sådan succé vid lanseringen som man först trodde. Svårigheterna kommer därför att ligga på bevisningen av säkerhetens värde och valet av vilket värde man skall gå på - det avtalade eller något annat?

Det finns dock en möjlighet för Fiktiva att värja sig från ett konkursförfarande med hjälp av det i förarbetet till konkurslagen föreskrivna om att konkursansökningen kan strida mot villkoren för säkerhetens ställande.¹⁰⁵ Detta innebär att Fiktiva skulle kunna hävda att den, vid avtalets ingående, fastställda värderingen av patentet skall gälla. Fiktiva kan då följaktligen vidhålla att konkurshinder föreligger. Huruvida detta är möjligt eller inte är tämligen oklart, dels beroende på att immaterialrätter mycket troligt inte fanns i åtanke vid författandet av lagförslaget, dels för att det inte uttryckligen framställs hur eller på vilket sätt gäldenären kan bevisa att konkursansökningen strider mot villkoren för säkerhetens ställande. Det kommer därmed att handla om bevisning av hur eller om patentets värde satts i förhållande till det givna lånet, dvs. en fråga om avtalstolkning. Borgenären och gäldenären kan ha varit överens om att patentet utgör fullgod säkerhet för lånet, men bevisning därom måste ju också kunna företas. Eftersom några rättsfall inte finns på detta område, då det troligtvis är på det viset att parter som hamnar i denna situation säkerligen gjort upp i godo, är det svårt att tolka hur detta fall skall bedömas. Min uppfattning är ändå att låta bevisningen ligga på gäldenären, men att kravet sätts lågt. Man bör ändå till viss del se till vilket värde som avtalats vid överenskommelsens ingående vid fastställandet av patentets värde. Någonstans mellan de två olika värden som frambringas bör det beräknade värdet vid bedömning av om värdet sjunkit läggas. Detta för att förhindra att eventuellt missbruk av 2:10 KL sker av borgenären, vilken enligt min uppfattning är den starkare parten.

9.3 Huruvida SharkInvest kan erhålla patentet vid Fiktivas konkurs

9.3.1 Allmänt om förmånsrätten

¹⁰⁴ Welamson, Konkurs, s 26.

¹⁰⁵ Prop. 1975:6, s 163.

Efter att en borgenär ansökt om konkurs och domstolen bifallit talan, åligger det på konkursförvaltaren att så snabbt som möjligt omvandla gäldenärens tillgångar i likvida medel. Influtna medel fördelas därefter mellan fordringsägarna enligt en viss i förmånsrättslagen uppställd ordning. På så sätt kommer de konkurskostnader, massafordringar och konkursfordringar mm. att betalas enligt en uppräknad ordning.¹⁰⁶ Konkursfordringar, dvs. fordringar på konkursgäldenären, får därmed göras gällande i konkursen förutsatt att de uppkommit innan ansökan om konkursbeslutet meddelats.

Fordringar som konkursboet har kan delas upp i prioriterade respektive oprioriterade fordringar. De prioriterade fordringarna kan ge särskild eller allmän förmånsrätt i konkursen. Särskild förmånsrätt innebär att borgenären har rätt till ett visst egendomslag eller ett visst objekt, medan den allmänna förmånsrätten är begränsad till vissa speciella kostnader som borgenären haft för att få gäldenären försatt i konkurs, exempelvis ersättning till revisor eller bokförare och konkursansökningskostnader. En borgenär kan ha en särskild förmånsrätt pga. exempelvis panträtt i lös egendom, företagshypotek och panträtt i fast egendom.¹⁰⁷

Flera av dessa förmånsrätter, varav panträtten och företagshypoteket är några, främjar kreditgivning genom att de ger företräde till betalning ur viss eller all gäldenärens egendom vid konkurs. Företrädet är därför av väldigt stor betydelse när det gäller den presumtive borgenärens vilja att ge kredit. Panträtten är juridiskt sett den bästa säkerheten vid både kreditgivning och vid insolvens då denna ger panthavaren en generellt sett starkare ställning i förhållande till övriga borgenärer på grund av den särskilda förmånsrätt som följer med panten. Denna förmånsrätt följer av 4 § FRL och är den bästa förmånsrätten då panthavaren inte behöver stå tillbaka för någon annan borgenär när det gäller betalning ur panten.¹⁰⁸

I 9 § FRL finns en regel om att de särskilda förmånsrätterna gäller inbördes efter paragrafernas följd i lagen, dvs. den borgenär som har förmånsrätt enligt 4 § har företräde framför den som har förmånsrätt enligt 5 § FRL.¹⁰⁹ Eftersom företagshypotek finns angivet i 5 § FRL får denna stå tillbaka för alla de säkerheter som finns angivna 4 §, vilket ger att företagshypoteket räknas som en sämre säkerhet än vad panten är.

¹⁰⁶ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, 149 ff.

¹⁰⁷ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, 149 ff., 158.

¹⁰⁸ Håstad, Sakrätt, s 312.

¹⁰⁹ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, 161.

9.3.2 Det sakrättsliga momentets betydelse vid konkurs

I avsnitt 8.2.2 kom vi fram till att avtalet i sig i dagsläget inte kunde utgöra sakrättsligt moment vid säkerhetsrätter. Detta på grund av att strukturen för säkerhetsrätter, med existerande panträtt och företagshypotek, omöjliggjorde detta accepterande och för att möjligheten att frångå strukturen av dessa säkerheter samt att skapa nya sakrättsligt hållbara säkerhetsrätter var osannolik.

Konkurslagen är uppbyggd på det sättet att en borgenär enligt 2:9 KL kan försätta gäldenären i konkurs då denne uppmanats att betala en klar och förfallen skuld men inte gjort det. Det enda som borgenären behöver styrka för att kunna utnyttja denna möjlighet är att denne innehar en fordran.

När tillämpningen av 2:10 KL sker uppstår ett maktförskjutande åt borgenärens håll då det är gäldenären som har att visa att borgenären har en betryggande pant eller jämförlig säkerhet. För båda dessa säkerheter gäller att ett sakrättsligt moment skall ha uppfyllts. Då det gäller pant måste registrering av panträtt i patent ske och en jämförlig säkerhet, realsäkerheter som företagshypotek och liknande, måste också uppfylla sakrättsligt moment. Om parter som kommit överens om att ställa säkerhet men inte vidtagit något enligt lag accepterat sakrättsligt moment kommer därmed att hamna utanför 2:10 KL. Detta torde antas innebära att dessa parter inte kan hävda att konkurshinder föreligger.

Om avtalet inte ges sakrättslig verkan kommer det att finnas en hel del avtalade "säkerhetsrätter" som inte står sig när saken ställs på sin spets och då konkurs är ett faktum. Borgenären har då ingen förmånsrätt i konkursen eftersom säkerhetsrätten som sådan inte är giltig, utan erhåller en oprioriterad fordran. Denne kommer då att straffas för att han inte varit medveten om att säkerheten inte var gällande. Om man däremot väljer att acceptera avtalet som sakrättsligt moment kommer överblicken av transaktionerna att bli sämre och borgenärer skulle då kunna få ännu större möjlighet att gå tillväga med förtäckta "hostile take-overs" och det skulle bli enklare att ta till skentransaktioner. Det handlar därför till syvende och sist vilken part man från lagstiftarens sida är villig att gynna.

9.3.3 Försäljning av säkerheten vid konkurs

I analysen i avsnitt 8 kom vi fram till att avtalet som sakrättsligt moment, såsom i det fiktiva fallet, troligen hade underkänts om det hade prövats i dag. Även om det hade varit frågan om antingen panträtt i patent eller företagshypotek hade SharkInvest, trots den särskilda förmånsrätten enligt 4 och 5 § § FRL, inte kunnat komma åt patentet. Varför?

Orsaken till varför jag påstår att så är fallet beror på att patentet, även om den hade ingått i uppkommen panträtt eller företagshypotek, hade varit tvungen att försäljas för att inflytande medel sedan skall kunna utdelas till den borgenär som innehavt säkerhetsrätten. Vid till exempelvis panträtt i lös egendom, enligt de gamla reglerna i HB10:1, är det panthavaren som har rätt att sälja egendomen. Om inflytande medel är högre än beloppet för fordran skall återstoden tillfalla konkursboet och om brist uppstår räknas resterande del som en oprioriterad fordran. Någon möjlighet för borgenären, dvs. SharkInvest i vårt fall, att erhålla säkerheten kan därför inte vara möjlig på denna väg.

Det finns dock en annan möjlighet för SharkInvest att komma åt patentet. I och med att konkursbeslut har förelagts har gäldenären inte någon rådighet över sin egendom, dvs. Fiktiva kan varken sälja sin egendom eller köpa något som skulle kunna belasta företaget. Istället är det konkursförvaltaren som ansvarar för att, så effektivt som möjligt, driva in så mycket pengar som möjligt till konkursboet. Patentet såsom en immaterialrätt ingår därmed i konkursboet. Att konkursförvaltaren, om denne skall uppfylla sina förpliktelser, inte kan fortsätta konkursboet alltför länge följer av 7:8 KL. I praktiken innebär detta att konkursförvaltaren är tvungen att skyndsamt sälja konkursboets egendom så att det inte blir lidande, varvid patentet i vårt fall snabbt kommer att försäljas. Ett patent som säljs under konkurs kommer med all sannolikhet att värderas till ett ännu lägre pris än om företaget hade varit ”friskt”, vilket medför att patentet kan komma att säljas till ett otroligt underpris. Detta eftersom egendom som säljs vid konkurser ofta har en slags realisationsstämpel på sig.¹¹⁰ Ett patent som är värt en miljon skulle kunna säljas för 100 000 kr vid företagets konkurs. Summan torde dock variera beroende på om patentet satts i verket och produktion och lansering av uppfinningen gjorts. Då kan värdet förväntas bli högre med tanke på den etablering som skett jämfört med om patentet och dess framtida uppfinning hade befunnit sig i knoppstadiet.

Även här anser jag att det vore på plats att reglera detta rättsområde i lag. I och med att de immateriella rättigheternas värde är så abstrakt, alltför volatilt och påverkbart av rådande

¹¹⁰ Folkesson, Företaget i ekonomisk kris, 162.

marknadsinfluenser innebär detta en öppning för en särskild form av "hostile take-overs", vad gäller övertagande av patentet. Ett företag kan med hjälp av 2:10 KL ansöka om att försätta det låntagande företaget (som inte sägs ha full säkerhet för den givna krediten) i konkurs för att senare vid konkursskedet passa på att lägga bud på patentet vid dess försäljning och erhålla det till en ockersumma. Det är måhända så att ett företag inte, om det hade varit frågan om panträtt eller företagshypotek, hade kunnat erhålla själva säkerheten vid en konkurs. Detta på grund av att den inlupna summan av panten eller företagshypoteket, då den försäljs på auktion, är till för att täcka kreditgivarens fordran. Däremot har Företag A ett ypperligt tillfälle att erbjuda en utmanande och enormt stor kredit med vetskap om att Företag B inte kommer att kunna betala av detta lån. Allt för att senare genom 2:10 KL kunna försätta B i konkurs och passa på att lägga bud på patentet för att på så sätt erhålla det till en summa under dess potentiella värde. Detta i sig innebär ett hämmande av små- till medelstora företagares chanser att erhålla investeringskapital, vilket medför att den svenska innovationsmarknaden kan komma att hämmas. Ett företag med immaterialrättsliga tillgångar bör därför ha det som framkommit i detta arbete i åtanke vid ingående av säkerhetsavtal för att inte förlora det enda som utgör företagets värde, i vårt fall patentet. De företag, liksom Fiktiva, som inte har någon annan tillgång än immaterialrätter kan förlora den enda grunden de har att kunna utveckla någon produkt från och därmed också det enda skydd från lagen att, med ensamrätt, kommersialisera den uppfinning som följer av patentet.

Det läggs på så sätt ett stort ansvar på företagare då de bör vara medvetna om att generella säkerhetsavtal utan iakttagande av i lagen uppställda sakrättsliga moment, såsom vid registrering av panträtt i patent, inte är hållbara vid en eventuell konkurs. För att kunna förhindra att den avtalade säkerheten anses ogiltig eller att en eventuell förlust av ett patent sker, måste dagens företagare ha stor vetskap om aktuella juridiska regler redan vid avtalets ingående. Ett företag kan inte genom tillämpning av 2:9 och 2:10 KL erhålla ett annat företags patent vid konkurs försäljning av detta. Däremot finns risken att ett företag kan lägga bud på ett annat företags patent genom en framtvingad konkurs och på så sätt erhålla det till ett underpris. Företagare bör därmed också vara medvetna om att panträtt i patent och företagshypotek är de enda säkerhetsrätter som i nuläget finns att tillgå då det handlar om säkerhet som skall ställas i patent. Detta såvida inte VC-

investering blir aktuell.¹¹¹ Huruvida avtalet kan komma att räknas som sakrättsligt moment och om nya säkerhetsrätter kan uppstå får framtiden visa.

10. KÄLLFÖRTECKNING

Rättsfall

NJA 1982 s 900 ("Minitube-målet")

NJA 2000 s 88

Författningar

Förmånsrättslagen (1970:979)

Handelsbalken

Jordabalken

Konkurslag (1987:672)

Lag (1845:50 s.1) om handel med lösören, som köparen låter i säljarens vård kvarbliva

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område

Lagen (1984:649) om företagshypotek

Patentlag (1967:837)

Offentligt tryck

Prop. 1966:40 Förslag till patentlag m.m.

Prop. 1975:6 Om ändring i konkurslag m.m.

Prop. 1977/78:1 (del A) Om ändring i patentlagen m.m.

Prop. 1983/84:128 Med förslag till lag om företagshypotek m.m.

Prop. 1987/88:4 Om pantsättning av patent

SOU 1981:76 Företagshypotek

SOU 1985:10 Pantsättning av patent

SOU 1999:1 Nya förmånsrättsregler (del I och II)

Litteratur

¹¹¹ I den nya ekonomin är VC-verksamhet det mest använda, men också det svåraste att erhålla efter IT-bubblan på börsmarknaden, eftersom kraven för investeringssäkerhet höjdes avsevärt. Detta är dock enligt min uppfattning det mest användbara och enklare investeringssättet för små- till medelstora innovationsföretag i dagens affärsklimat i Sverige.

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt II*, 5 uppl., Juristförlaget i Lund, Lund, 2001. [cit. Adlercreutz, Avtalsrätt II]

Bergström, Svante & Lennander, Gertrud, *Kredit och säkerhet*, 7 uppl., Iustus Förlag, Uppsala, 1997. [cit. Bergström, Lennander, Kredit och säkerhet]

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, *Immaterialrätt :[upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens]*, 6:e uppl., Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm, 1998. [cit. Bernitz m.fl., Immaterialrätt]

Folkesson, Enar, *Företaget i ekonomisk kris*, 3 uppl., Nerenius & Santéus Förlag, Stockholm, 1996. [cit. Folkesson, Företaget i ekonomisk kris]

Granstrand, Ove, *The Economics and Management of Intellectual Property: towards intellectual capitalism*, Edward Elgar Publishing Limited, 1999. [cit. Granstrand, The Economics and Management of Intellectual Property]

Helander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom, sakrättsliga spörsmål*, PA Norstedt & Söners förlag, Lund, 1984. [cit. Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom]

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6:5 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000. [cit. Håstad, Sakrätt]

Håstad, Torgny & Ljungman, Gunnar (red.), *Insolvensrättsligt forum 22-23 januari 1997*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1997. [cit. Insolvensrättsligt forum 1997]

Jacobsson, Måns, Tersmeden, Erik & Törnroth, Lennarth, *Patentlagstiftningen - en kommentar*, PA Norstedt & Söners förlag, Lund, 1980. [cit. Jacobsson m.fl., Patentlagstiftningen - en kommentar]

Karlgren, Hjalmar, *Säkerhetsöverlåtelser enligt svensk rättspraxis*, PA Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1952, 1958. [cit. Karlgren, Säkerhetsöverlåtelser]

Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne, *Lärobok i Immaterialrätt*, 6:1 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000. [cit. Koktvedgaard, Levin, Immaterialrätt]

Levin, Marianne & Nordell, Per Jonas (red), *Handel med Immaterialrätt – kursen i experimentell immaterialrätt våren 1995*, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1996. [cit. Levin, Nordell, Handel med Immaterialrätt]

Mellqvist, Mikael, *Obeståndsrätten - En introduktion*, 2:1 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2000. [cit. Mellqvist, Obeståndsrätten]

Pettersson, Per, *Företagshypotek – kommentar till lagstiftningen om kreditsäkerhet i näringsverksamhet*, 1:1 uppl., Liber Förlag, Stockholm, 1985. [cit. Pettersson, Företagshypotek - kommentar till lagstiftningen]

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, PA Norstedts & Söners förlag, Stockholm, 1985. [cit. Rodhe, Sakrätt]

Undén, Östen, *Svensk sakrätt i lös egendom*, 9 uppl., Liber Läromedel, Lund, 1974. [cit. Undén, Svensk sakrätt i lös egendom]

Walin, Gösta, *Om företagshypotek*, 1:1 uppl., Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995. [cit. Walin, Om företagshypotek]

Walin, Gösta, *Panträtt*, Norstedts Juridikförlag, Stockholm, 1998. [cit. Walin, Panträtt]

Welamson, Lars, *Konkurs*, uppl. 9:3, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997.[cit. Welamson, Konkurs]

Artiklar

SvJT 1988 rf s 242-243

Webbadresser

<http://www.prv.se/bolag/foretagsinteckning/index.html>

<http://www.fek.umu.se/ai/vc/index.htm>

<http://www.fek.umu.se/ai/vc/research.html>

<http://www.fek.umu.se/ai/papers/Isaksson%20-%20Venture%20capital%20-%20begrepp%20och%20definitioner.pdf>

