

# Intellectuella resurser som kreditsäkerhet

En förmögenhetsrättslig undersökning

JENS ANDREASSON



Juridiska institutionens skriftserie  
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Skrift 6  
2010



# **Intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

En förmögensrättslig undersökning

JENS ANDREASSON

© Jens Andreasson, Göteborg 2010  
ISBN 978-91-978328-2-3  
Sättning & grafisk design: Jeffrey Johns  
Tryck: Chalmers tekniska högskola, Reproservice

## Summary in English

This is a thesis about intellectual resources – i.e. resources without an independent material existence – as credit security. In particular the investigation is concerned with intellectual resources of a kind that can be described as patent-dependent technology resources. The investigation is partly about how such intellectual resources actually are used as credit security and partly, and above all, about how these kinds of resources *could be used* as credit security. Despite that we today are in a situation where intellectual resources represent an immense value, these resources are only seldom collateralised.

Thus, the main purpose of this investigation is to analyse the conditions for an increased use of intellectual resources as credit security. Even though such an increase can be assumed to imply large economic benefits, such a development can also be assumed to be accompanied by large risks. Consequently, this investigation is concerned with both the potential upsides and the potential downsides of an increased use of intellectual resources as credit security.

The investigation is divided into five parts. Part 1 is devoted to placing the problem of intellectual resources as credit security into its wider societal and ideological context. In part 2, the investigation is concerned with how the intellectual resources actually are used to create value at a company level. Part 3 is concerned with analysing the solutions in the traditional sources of law. A constructive model, designed to make possible an increased use of intellectual resources as credit security is presented in part 4. Finally, in part 5, the theoretical and methodological foundations for the investigation are developed. The different parts will be described in more detail in the following.

### ***About part 1, in which the problem is put into its wider societal and ideological context***

In part 1, the problem of intellectual resources as credit security is placed into a certain economic, political and historical context. The purpose is to further the understanding of the potential societal advantages and disadvantages of an increased use of intellectual resources as credit security. The analysis in part 1 draws on a wide range of sources. Arguments from economic theory are analysed together with arguments from both the credit law and the intellectual property discourses. The problem of an increased use of intellectual resources as credit security is also analysed in the light of the lessons derived from the financial crisis that occurred in 2007.

The key conclusion in part 1 is that at the same time as increased possibilities to use intellectual resources as credit security indeed can be assumed to entail large economic benefits, such a development can also be assumed to entail large

risks. In short these risks can be described partly as financial risks that have to do with the functioning of the credit market and partly as risks that have to do with exclusivity.

As regards the financial risks, a clear lesson from the financial crisis is that a too high degree of complexity is dangerous. Financial constructions and transactions preferably should be characterised by simplicity and transparency. Another clear lesson from the financial crisis is that a too high degree of risk taking must be discouraged.

The risks connected to exclusivity have to do with the need to control the intellectual resources in order to make them transferrable and thus possible to collateralise. Increased possibilities to collateralise intellectual resources thus cannot be realised without an increased control. A too far-reaching control over intellectual resources can however entail a number of negative effects, not least the obstruction of technological and economic progress. It is a complex balance that we are dealing with. The control and transferability that must be offered within a new model for collateralising intellectual resources cannot be based on an increased exclusivity *erga omnes*. Alternative and considerably more limited control mechanisms have to be developed.

### ***About part 2, in which the intellectual resources' functioning in the value creating process at a company level are analysed***

Part 2 is devoted to the practice of intellectual resources. The purpose is to understand how the intellectual resources function in the value creating process at a company level, and what kind of management practices that are needed to create the transferability and control that makes collateralisation possible.

In order to delimitate and concretise the investigation, the example Technology Display AB (TDA) is introduced. TDA is partly based on a real model and partly on the lessons learned from a number of case studies conducted in connection with my own practical legal experience working with cases concerning intellectual resource based transactions. Contributing to the analysis in part 2 are also lessons from the resource-based view on strategic management and the constructivist view on management of intellectual resources.

The main conclusions in part 2 are the following. Firstly, it is concluded that intellectual resources often create value in a context where there is a complex interdependence between different resources and resource elements. Intellectual resources are thus often characterised by contextual interdependence and complexity. This is one of the main reasons why the intellectual resources often are so hard to value and difficult to control and transfer to a high enough degree to make possible collateralisation. The complexity implies that an increased use of intellectual resources as credit security cannot come about without financial market actors specialised in this kind of financing. To illustrate this, the example I-Capital is introduced. Thus, the examples TDA and I-Capital

function as a background for the analysis in the following chapters, illustrating and concretising the practical conditions for a furthered use of intellectual resources as credit security.

Secondly, it is concluded that the management practice needed in order to create the kind of control and transferability that would enable a furthered use of intellectual resources as credit security in principle can be described as a packaging process consisting of three steps: Identification, structuring and codification. Since intellectual resources often are relation-dependent, relation management could also be included as a step in the packaging process.

### ***About part 3, where the solutions in the traditional legal sources are analysed***

In part 3, the solutions in the traditional legal sources – mainly law, *travaux préparatoire*, case law and legal literature – are analysed in the light of the supposed transaction between TDA and I-Capital. The question is how these solutions affect the possibilities to conclude such a transaction. In order to answer this question it is necessary to analyse not only established legal tools as specific credit security constructions, it is also necessary to analyse the wider discourse in which problems in the borderline between intellectual property and property law are discussed.

In short, the main conclusion in part 3 is that the established security constructions as well as the intellectual property-property law discourse in general are almost exclusively targeted at *intellectual property rights*. The kind of relation- and resource perspective needed to make a furthered use of intellectual resources as credit security possible is almost completely missing in the legal discourse. In the light of the interest for intellectual resource management and how these kind of resources function in the value creating process being a rather new phenomenon, this is not at all remarkable. However, it is an interesting and important observation in this context. In order to construct a well functioning model for using intellectual resources as credit security, it is necessary to break out of the narrow rights-based perspective, shifting to a more resource and relation based view.

Methodologically, the investigation in part 3 is about analysing the solutions in the traditional legal sources in the light of the practical prerequisites as concretised and illustrated by the TDA and I-Capital examples. Thus, fundamentally, the investigation in part 3 is concerned with analysing the functioning of the relevant legal constructions and wider intellectual property-property law conceptions in relation to the relevant societal, ideological and practical conditions presented in part 1 and 2.

It can be concluded that the traditional legal source material is limited. Patents and trademarks can be pledged in accordance with specific rules in the Swedish patent law and trademark law respectively. As for the rest of intellectual



property rights there are no specific rules concerned with collateralisation. As a result, it is considered unclear if these intellectual property rights can be pledged. The standard method for using especially copyrights as collateral is thus transfer of ownership for security purposes. Further, the number of more general intellectual property-law rules relevant for intellectual resource based transactions are also limited. The same goes for the number of relevant legal cases. As a result, the intellectual property-law solutions have mainly been developed in the legal literature. The solutions are mostly based on the application of traditional property-law models on intellectual property rights. There is also a clear tendency to treat the intellectual property rights as a kind of resource close to the borders of the legal property concept. As regards intellectual resources this e.g. means that only the intellectual property rights as such are covered by a secured creditor's protection against the debtor's other creditors. Other intellectual resources and resource elements fall outside the scope of the third party protection. In the light of intellectual resources often being complex and interdependent, the intellectual property rights often being only one element in the wider intellectual resource package that actually creates the value, this dichotomy between property and non-property of course is problematic.

Moreover, the solutions found in the traditional legal sources are not even very well adapted to transactions comprising mere intellectual property rights. According to the dominant point of view, it is actually never possible to achieve a complete third party protection. A secured creditor or buyer of an intellectual property right thus has to accept a rather high degree of legal risk. Consequently, the legal tools and solutions have to be developed already in order to better support *intellectual property rights* based transactions. A rather obvious solution is to create a more coherent intellectual property rights register. As will be clear in part 4, this would however be only one step in the direction of a more effective use of *intellectual resources* as credit security.

#### ***About part 4, where a constructive model for the use of intellectual resources as credit security is presented***

In part 4, a constructive model for the use of intellectual resources as credit security is presented. The model is based on the results generated in the previous parts of the investigation.

In short, the idea behind the model is that effective packaging of intellectual resources should be supported. The legal security construction should however not compensate for insufficient packaging measures. An efficient packaging is a necessary condition for a successful use of intellectual resources as credit security. If the parties have not carried out an efficient packaging, legal protection could be counterproductive. In worst case, the debtor's bankruptcy estate could be blocked from productive use of the resources in spite of the

secured creditor not being able to control and transfer them, the result being value destruction. In the presence of an efficient packaging, there is however a clear point with a calibrated and limited third party protection for the creditor. In order to promote safety and predictability the model should include a register of notice filing kind.

A notice filing system is both inexpensive and effective. Registration should primarily provide the creditor with protection against the debtor's other creditors. In the presence of an effective packaging, the registration thus blocks the debtor's bankruptcy estate from transferring the resources. The requirement to describe the resources should not be too strict. It should be enough to identify the type of resources concerned.

Possibly the registration should provide the creditor with a protection that goes beyond mere protection against the debtor's other creditors. With an effective registration system it would be possible to afford the creditor with a wider third party protection as regards the "harder" intellectual resource elements, i.e. the registration based intellectual property rights. An argument against a protection going wider than the registered rights is that there could exist a lot of legitimate reasons for the debtor to transfer intellectual resources to third parties. The creditor could also use a wider protection to create a position similar to an *erga omnes* protection, which is something that should be counteracted. However, it is important that it is possible for the creditor to take advantage of existing secrecy and competition agreements with e.g. the debtor's employees.

Summing up, a model such as the one described above, enables a graded third party protection. For the "hard" core of intellectual resources, i.e. the registration based intellectual property rights, a complete third party protection is possible, provided that the registration system is reliable enough. "Softer" intellectual resource elements, such as codified know-how, could be subject to protection against the debtor's creditors. And, finally, "really soft" resource elements, such as the debtor's commercial relationships, would be possible to transfer only with the consent of the parties concerned.

### ***About part 5, where the theoretical and methodological conditions for the investigation are developed***

Part 5 develops the theoretical and methodological aspects of the investigation. The purpose is to show how the functional and constructive approach that is applied in the investigation is inspired by and connected with theories such as legal pragmatics, social private law, legal constructivism and polycentric views. All differences aside, these approaches all emphasise the legal system's fundamental incoherency and the importance of analysing legal problems in a wider societal perspective. Part 5 also includes a presentation of the functional approach to property law that has been dominant in the Nordic countries for

almost 100 years. Since the functional approach has been a deciding inspiration for the constructive model, acquaintance with this approach facilitates the understanding of the constructive model in general, and the graded third party protection which is the core of the model in particular.

## Förord

Det är inte alla som med sitt avhandlingsämne lyckas pricka in den nära samtidens två värsta finansiella bubblor. Jag kan emellertid stoltsera med att det är precis vad jag har lyckats med. Huvudtemat för denna avhandling har givna kopplingar till såväl den IT-bubbla som sprack i början av år 2000 som den värdepapperiseringsdrivna bubbla som sprack sommaren 2007.

När jag påbörjade denna undersökning var jag främst intresserad av att analysera hur nya typer av immateriella tillgångar – eller, med den terminologi som tillämpas i denna bok: intellektuella resurser – skulle kunna hanteras i samband med sakrättsliga konfliktsituationer. Snart fångade emellertid frågorna om intellektuella resurser som kreditsäkerhetsobjekt mitt intresse. I de internationella sammanhangen var det dessa frågor som framstod som de mest intressanta. Förhoppningarna och anspråken var högt ställda. Det verkade hela tiden dyka upp nya intressanta IP-baserade finansieringskoncept. För mig som dittills bara hade snuddat vid fenomen som värdepapperisering framstod den internationella (eller rättare sagt angloamerikanska) finansieringslingon och de komplexa finansieringsuppläggen som i det närmaste ogenomträngliga. Kanske var det detta som var avgörande. Jag kände ett starkt behov av att försöka förstå vad det var som egentligen hände på finansmarknaden och vilken betydelse utvecklingen hade för de intellektuella resurser jag var intresserad av.

Som vi nu alla är smärtsamt medvetna om var det inte bara jag som inte riktigt förstod vad som egentligen hände på finansmarknaden. Visst har finansmarknaden haft sina kritiker och det är många som har pekat ut den globala finansmarknadens fel och brister. Det var dock få som klart och tydligt satte fingret på den risk som just värdepapperiseringsupplägg och andra komplexa transaktioner utgjorde. Allra minst verkade de som arbetade närmast händelsernas centrum och faktiskt hanterade konstruktionerna förstå.

Själv blev jag tidigt tveksam till just värdepapperiseringskonstruktionens användbarhet i IP-sammanhang. Det berodde dock inte på att jag förstod de enorma risker som byggdes upp på värdepapperiseringsmarknaden som helhet. De riskerna såg jag inte förrän krisen var ett faktum. Däremot blev jag genom mina studier kritisk till påståendena om att det var med hjälp av värdepapperiseringskonstruktionen som vi skulle få ett verktyg – "IP backed securitization" – som möjliggjorde utnyttjande av intellektuella resurser som finansieringsunderlag i stor skala. Jag kom fram till att värdepapperiseringskonstruktionen inte var lämpad för att hantera den typ av kontextuellt beroende tillgångar som intellektuella resurser ofta utgör. Värdepapperiseringskonstruktionen är egentligen bara lämpad för resurser som är möjliga att helt och hållet avskilja från resten av utgivarens tillgångar och som dessutom har framtida inkomstströmmar knutna till sig som kan beräknas med stor säkerhet. Endast en liten del av de intellektuella resurserna uppfyller dessa krav. För

sådana tillgångar kan värdepapperisering givetvis fortfarande vara ett gångbart alternativ. För övriga intellektuella resurser är det inte det. För den här typen av tillgångar behöver vi alltså andra typer av säkerhetskonstruktioner.

Idén om IP-baserad värdepapperisering var emellertid inte den enda idé som kläcktes under åren strax före finanskrisen. Det positiva med denna tid var att kreativiteten och uppfinningsrikedomen var på topp. Man såg ofta möjligheter där man tidigare endast sett hinder. Detta är inte heller unikt för denna period. Med ett historiskt perspektiv på finansmarknaden kan man konstatera att många av de instrument som numera är standard har sitt ursprung i sammanhang som ledde fram till olika typer av kriser. Exempelvis kan några av dagens standardinstrument spåras tillbaka till Ivar Kreugers finansiella innovationer. Det går alltså att hävda mönstret att nya finansiella konstruktioner först missbrukas (eller i varje fall, på grund av olika strukturella anledningar, inte lever upp till sin fulla potential), sedan läggs på is ett tag, för att slutligen, i mer eller mindre modifierad form, tas till nåder och utnyttjas på ett mer balanserat och ansvarsfullt sätt. Under åren före krisen kläcktes det också en hel del idéer som inte nödvändigtvis var så dumma. En sådan idé är idén om "IP collateralisation". Konceptet utvecklades av det, numera avsomnade, amerikanska finansbolaget IP Innovations.

I korthet handlar det om att lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser måste hanteras av specialister som tar aktiv del i hanteringen av resurserna inför och under finansieringstransaktionen. Tanken är att IP-finansieringsspecialisterna framförallt skall hjälpa till med den identifiering, strukturering och kodifiering av resurserna som vanligtvis behöver genomföras för att resurserna skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhetsobjekt.

Jag tror fortfarande att denna idé har potential. Mot bakgrund av den nivå vi befinner oss på när det gäller förståelsen för de intellektuella resursernas funktion och hantering tror jag till och med att det i nuläget är enda vägen att gå för att uppnå ett verkligt utökat utnyttjande av den här typen av tillgångar som kreditsäkerhet. För tillfället är vägen framåt givetvis blockerad av en massiv riskaversion i finanskrisens spår: Är det någon som vill investera i en ny, konstruktiv finansieringsform som går ut på att med hjälp av esoteriska managementmetoder omvandla intellektuella fenomen till (föreställda) objekt som kan utnyttjas som kreditsäkerhet? – Givetvis inte, i nuläget. I framtiden kan dock finanskrisen och finansmarknadens strukturella omvandling mycket väl visa sig ha varit en nödvändig förutsättning för IP-finansieringens verkliga genombrott.

Det är sannolikt först när kapitalet blir dyrare, det vill säga när priset på risk stiger, som det uppstår verkliga incitament att faktiskt utveckla ett koncept av detta slag på allvar. Transaktionskostnaderna kommer nämligen, i synnerhet initialt, att vara så pass höga att konceptet sannolikt inte har en reell möjlighet att utvecklas i en miljö där osäkrat kapital inte kostar nämnvärt mycket mer,

eller kanske till och med är billigare, än kapital genererat med hjälp av ett "IP collateralisation"-upplägg.

Av det sagda hoppas jag att det har framgått att det inte alls är någon nackdel att studera ett ämne under krisförhållanden. I rättsvetenskapligt hänseende är det tvärt om gynnsamt genom att det tydliggör vikten av kritiskt förhållningssätt och av att våga tänka annorlunda när nästan alla andra förefaller peka mot ljuset. Stort tack därför till Claes Martinson som var den som, egentligen redan under gamla Kexen – har jag förstått nu i efterhand, fick mig att få upp ögonen för hur enormt fascinerande juridiken kan vara när man betraktar den från ett kritiskt, analytiskt och därmed också sant vetenskapligt perspektiv. Jag kommer alltid att vara tacksam för att du trodde på mig som forskarämne. Trots att vi – till mångas förskräckelse (jag kommer bland annat ihåg att Christina Ramberg förutspådde att vi skulle vara redo att ta livet av varandra efter ett halvår) – har delat arbetsrum under större delen av min doktorandtid har samarbetet aldrig gnisslat. Kanske för att det har handlat just om ett verkligt samarbete både forsknings- och undervisningsmässigt, och ingen traditionell handledar-doktorandrelation. Claes har alltid – så generöst och självupppoffrande som bara Claes kan – delat med sig av sin omfattande kunskap som kritisk, verkligt analytiskt inriktad forskare och pedagog *extraordinaire*.

Claes är givetvis inte den enda som har spelat en central roll för detta avhandlingsprojekt. Min biträdande handledare Per Cramér har stått för ständig uppmuntran, knivskarp läsning och konstruktiva kommentarer. Per är en tvättäkta juridisk skarpskytt som kan identifiera och eliminera en inkonsekvens på 10 kilometers avstånd. Ämnesområdet har tydligen ingen som helst betydelse. Per har under de här åren också stått för många ovärderliga tips på läsning som visserligen inte alls har haft med sakrätt och immaterialrätt att göra men som ändå har förgyllt min doktorandtillvaro. Utan Per skulle jag till exempel (hemska tanke) varit helt ovetande om D'Annunzios och Fiumerepublikens existens. Jag skulle heller inte ha upplevt den underbart surrealistiska beskrivningen av hur Max Aue biter den avskyvade diktatorn i näsan. Och så vidare... Tack Per!

Av helt avgörande betydelse för detta forskningsprojekt har även Ulf Petrusson varit. Utan Ulfs kritiska och visionära förhållningssätt till juridik i allmänhet och immaterialrätt i synnerhet hade denna avhandling aldrig kommit till. Min intellektuella tacksamhetsskuld till Ulf är alltför omfattande för att någonsin kunna återgäldas till fullo.

I detta sammanhang – när det talas om kritisk hållning och visioner – vill jag också nämna Mats Glavå som redan under grundutbildningen öppnade mina ögon för den kanske mest betydelsefulla frågan av alla för en jurist, nämligen frågan om juristens ansvar att utnyttja sin kunskap för att bidra till en positiv samhällsutveckling. Som jurist får man helt enkelt inte vara likgiltig inför de gemensamma utmaningar vi står inför!

Stort tack också till Enar Folkesson. "Levande uppslagsbok" är en sliten klyscha. I Enars fall är den emellertid så träffande att den helt enkelt måste

användas. Enars fullkomligt fenomenala kunskaper inom kredit- och exekutionsrätt kan onekligen göra en enkel och okunnig doktorand (som mig själv) stum av beundran. Det lexikaliska fenomenet Enar kan även orsaka en viss oro. Att som lärarkollega delta i en frågestund inför tentan på Civilrätt II tillsammans med Enar kan ge upphov till allvarliga självtvivel: "Borde jag inte kunna i varje fall en bråkdel av det Enar uppenbarligen kan om den här frågan? Undervisar vi ens i samma ämne...?" Och så vidare. Enar är dock en av ytterst få människor som aldrig ens för en sekund låter överlägsen kunskap omvandlas till en nedlåtande eller ens minimalt överlägsen attityd. Enar är ständigt ödmjuk och har ett till synes outtömligt tålmod med alla oss som inte har uppnått (och antagligen aldrig kommer att komma ens i närheten av) den grad av systemförståelse som han själv besitter.

På motsvarande sätt har Svante O. Johansson stått för konstant uppmuntran, alltid kloka och balanserade synpunkter och ständigt överseende med en ibland – förstår jag så här i efterhand – enerverande ungdomlig entusiasm för vissa "hopplösa" frågor. Tack Svante!

I ett tidigt skede läste Juha Karhu ett utkast till undersökningen och gav värdefulla och inspirerande kommentarer. Tack Juha!

Ett stort tack även till Susann Vahlenbreder Hecht för allt stöd.

Många andra har frikostigt delat med sig av sin dyrbara tid och läst och kommenterat hela eller delar av mitt avhandlingsmanus: Sara Stendahl, Christina Ramberg, Staffan Granér, Stefan Sjögren, Robert Pålsson, Rolf Dotevall, Filip Bladini, Håkan Gustafsson, Eva-Maria Svensson, Caroline Pamp, Michael Plogell. Stort tack till er alla!

Vissa personer måste tackas på ett särskilt sätt: Tack till Kristoffer Schollin för att han alltid och fullkomligt kompromisslöst är just Kristoffer Schollin. Om fler av oss hade fått oss tilldelade ens en bråkdel av dina kvaliteter hade världen varit en betydligt bättre plats. Tack till Andreas Moberg inte bara för ständiga ifrågasättanden och utmaningar utan, givetvis, även för visionen om sillpizzan. Tack till Philip Linné för lärorika och alltid underhållande diskussioner, samt potatispizzan och kronärtskockspurépizzan (och Night on Earth, så klart). Tack till Erik Sandin för kritisk men alltid konstruktiv läsning. Tack till Jeffrey Johns för suveränt arbete med sättning med mera. Tack till alla övriga doktorandkollegor som är en del av forskningsmiljön på institutionen, utan er aktiva medverkan på seminarier och i diskussioner hade den här boken utan tvekan blivit en sämre produkt. Tack även till amanuenserna Kajsa Johansson, Eva Thalén, Niclas Martinsson och Fredrik Lindgren. Med ständigt glatt humör (även i samband med de värsta arbetstopparna...) och genuin entusiasm för juridik och samhällsfrågor (ja, till och med för frågor om intellektuella resurser som kreditsäkerhet) har ni gjort de sista veckornas avhandlingsarbete till en riktigt trevlig upplevelse. Kajsa Johansson och Eva Thalén har dessutom korrekturläst delar av mitt avhandlingsmanus. Tack även till alla de övriga som är en del av den unika miljö som Juridiska institutionen i Göteborg utgör.

Sist, men absolut inte minst, tack till min älskade hustru Karolina för hennes ständiga uppmuntran och osjälviska stöd och tack till Milton som har en oöverträffbar förmåga att sätta allting i sitt rätta perspektiv.





# Innehåll

## Summary in English 5

About part 1, in which the problem is put into its wider societal and ideological context 5

About part 2, in which the intellectual resources' functioning in the value creating process at a company level are analysed 6

About part 3, where the solutions in the traditional legal sources are analysed 7

About part 4, where a constructive model for the use of intellectual resources as credit security is presented 8

About part 5, where the theoretical and methodological conditions for the investigation are developed 9

## Förord 11

### 1 Om betydelsen av intellektuella resurser 29

- 1.1 Att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet 34
  - 1.1.1 Om del 1, där frågor om kapitalisering, om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt samt om exklusivitet analyseras 35
  - 1.1.2 Om del 2, där de intellektuella resursernas praktik analyseras 37
  - 1.1.3 Om del 3, där de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet analyseras 39
    - 1.1.3.1 *Något om de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för analysen i del 3* 42
  - 1.1.4 Om del 4, där en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet presenteras 45
  - 1.1.5 Om del 5, där de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för undersökningen utvecklas 47

### 2 Det rättsvetenskapliga forskningsläget och det övergripande mönstret i det traditionella rättskällematerialet 49

- 2.1 Det övergripande mönstret – de immateriella rättigheterna behandlas som förmögenhetsobjekt inom ramen för den befintliga sakrättsliga grundstrukturen 51
  - 2.1.1 Borgenärsskydd 51
    - 2.1.1.1 *Utmättnings- och konkurshinder* 52
    - 2.1.1.2 *Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskyddet uppkomma redan genom avtalet* 54

- 2.1.1.3 *Vid upplåtelse i form av licensiering är den dominerande uppfattningen att licenstagaren bör erhålla borgenärsskydd redan genom avtalet* 56
- 2.1.1.4 *Vid pantsättning av patent och registrerade varumärken är det direkt lagreglerat att borgenärsskydd skall ges genom registrering* 58
- 2.1.1.5 *Vid pantsättning av övriga immateriella rättigheter anses det vara oklart huruvida det är möjligt att uppnå borgenärsskydd* 59
- 2.1.2 Separationsrätt 59
  - 2.1.2.1 *Immaterialrättsöverlåtarens separationsrätt* 60
  - 2.1.2.2 *Immaterialrättslicensgivarens separationsrätt* 61
- 2.1.3 Dubbelförfogande 63
- 2.1.4 Obehörigt förfogande 65
- 2.2 Sammanfattningsvis om forskningsläget och det övergripande sak- och immaterialrättsliga mönstret 66

## **Del 1 67**

### **3 Introduktion till del 1 (kap 4-6): Om kapitalisering, om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt samt om exklusivitet 69**

#### **4 Om kapitalisering 71**

- 4.1 Synen på kreditsäkerhet som en samhällsnyttig företeelse är stark inom krediträtten... 71
- 4.2 ...såväl som inom ekonomisk teori. 72
  - 4.2.1 Kapitalisering som den främsta förutsättningen för välstånd och som den generella lösningen på underutvecklingens problem 73
  - 4.2.2 De klara, tydliga och väl avgränsade äganderätternas betydelse för kapitaliseringsprocessen och det effektiva utnyttjandet av resurser: Äganderättsparadigmet 75
  - 4.2.3 Kapitalisering som slutfasen i en evolutionär värdeskapandemodell för intellektuella resurser 81
- 4.3 Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas få positiva effekter för framförallt mindre och medelstora kunskapsföretag 82
- 4.4 Sammanfattningsvis om den värdeskapande potentialen i ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet 84

#### **5 Om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt 86**

- 5.1 Föreställningar om behovet av en begränsning av möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet... 86
  - 5.1.1 Olikhetsperspektivet 87

- 5.1.2 Riskpreferensperspektivet 90
- 5.1.3 Finanskrisens yttre förlopp 93
  - 5.1.3.1 *Första akten: Ett "genialt koncept" skapar enorma vinster* 93
  - 5.1.3.2 *Andra akten: Finanskrisen briserar* 96
  - 5.1.3.3 *Tredje akten: Global recession* 100
- 5.1.4 Finanskrisens orsaker 100
  - 5.1.4.1 *Frånvaro av riskmedvetenhet – förekomsten av riskpreferens* 100
  - 5.1.4.2 *Finanskrisens strukturella koppling till IT-kraschen – Lågräntepolitiken som förutsättning för fastighetsbubblan samt överdriven tro på ny teknologi och nya affärsmodeller* 101
  - 5.1.4.3 *Konstruktionernas komplexitet medförde att det var få som förstod sig på den reella innebörden av de transaktioner som ägde rum* 105
  - 5.1.4.4 *Osunda incitamentsstrukturer* 106
  - 5.1.4.5 *Bristande övervakning* 107
  - 5.1.4.6 *Det politiska målet att öka graden av eget ägande av bostäder* 109
  - 5.1.4.7 *Systemfaktorer med procyklisk effekt* 110
  - 5.1.4.8 *Antiregleringsideologi* 111
  - 5.1.4.9 *Ett flertal samverkande faktorer ledde till att låntagarna tog på sig för mycket risk* 113
- 5.1.5 Sammanfattningsvis om riskperspektivets betydelse för avhandlingens huvudtema 114

## **6 Om exklusivitet 118**

- 6.1 Patentsystemet som incitament för att uppnå en socialt optimal investeringsnivå 118
- 6.2 Patentsystemet som ett verktyg för att uppnå internationell konkurrenskraft 121
- 6.3 Föreställningar om risker och kostnader och därmed också om ett behov av begränsningar och balans 123
  - 6.3.1 Det patenträttsliga systemets sammantagna effekter är oklara 123
  - 6.3.2 Forsknings- och utvecklingsprocessens kumulativa karaktär medför att det är mycket svårt att avgöra patentskyddets optimala utsträckning 126
  - 6.3.3 Monopol-, administrations- och transaktionskostnader 128
  - 6.3.4 Patentsystemet riskerar att konservera existerande styrkeförhållanden – det vill säga missgynna svaga aktörer 129
  - 6.3.5 Kostnader till följd av snedvridning av incitamentsstrukturen 130

- 6.3.6 Vikten av ansvarstagande, kollektiva lösningar och "kontroll för öppenhet" 130
- 6.4 Kapitaliseringsparadigmets begränsningar 133
- 6.5 Äganderättsparadigmets begränsningar 136
- 6.6 Sammanfattningsvis om resultaten av analysen i del 1 139

## **Del 2 142**

### **7 Introduktion till del 2 (kap 8-11): Om de intellektuella resursernas praktik 144**

### **8 Tre exempel på hur de intellektuella resursernas kontextberoende och komplexa karaktär gör det nödvändigt att gå utanför den immaterialrättsliga ramen och tillämpa ett resursperspektiv 148**

- 8.1 Exempel 1, i vilket den "immaterialrättsbaserade" transaktionen som gick fel behandlas 148
- 8.2 Exempel två, som handlar om pantsättning av en mjukvarubaserad "produkt" 152
- 8.3 Exempel tre, där en patent- och patentlicensbaserad resurs står i centrum 153
- 8.4 Sammanfattningsvis om det "objekt" som måste hanteras för att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt 156

### **9 Technology Display AB och I-Capital – Två exempel för att illustrera och konkretisera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet 158**

- 9.1 Technology Display AB 158
- 9.2 P-OLED tekniken 159
- 9.3 Technology Display AB:s framväxt 160
  - 9.3.1 Strategiska allianser och licensavtal 160
  - 9.3.2 Ett kommersiellt genombrott? 160
  - 9.3.3 Behov av ytterligare finansiering 161
- 9.4 I-Capital 161
- 9.5 Technology Display AB:s resurser 162
  - 9.5.1 Patentportfölj 162
  - 9.5.2 Anställdas kunskap 163
  - 9.5.3 Program för vidareutveckling och överföring av kunskap 163
  - 9.5.4 Kodifierad och icke-kodifierad kunskap 163
  - 9.5.5 Kontraktuella relationer 163
  - 9.5.6 Övriga immateriella rättigheter 164

- 9.5.7 Övriga intellektuella resurser 164
- 9.5.8 Sammanfattningsvis om Technology Display AB:s intellektuella resurser 165
- 9.6 Paketering och värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser 166
  - 9.6.1 Technology Display AB:s intellektuella resurser som föremål för paketering 166
    - 9.6.1.1 *Den "hårda kärnan" av intellektuella resurser: immateriella rättigheter* 166
    - 9.6.1.2 *Know-how, information med mera* 167
    - 9.6.1.3 *Pantsättarens kontraktuella relationer* 169
    - 9.6.1.4 *Licensavtal där Technology Display AB är licensgivare* 169
    - 9.6.1.5 *Licensavtal där Technology Display AB är licenstagare* 170
    - 9.6.1.6 *Licensavtal där Technology Display AB är både licenstagare och licensgivare* 170
    - 9.6.1.7 *Anställda* 170
    - 9.6.1.8 *Kodifiering av resurspaketet i sin helhet* 171
  - 9.6.2 Värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser 171
    - 9.6.2.1 *Värdering av intellektuella resurser – ett notoriskt osäkert område* 172
    - 9.6.2.2 *Värdering av intellektuella resurser enligt redovisningsstandard* 173
    - 9.6.2.3 *Ingen värderingsmetod för intellektuella resurser är accepterad som standardmetod* 175
    - 9.6.2.4 *Förutsättningarna för att värdera intellektuella resurser i samband med finansiering - att bedöma realisationsmöjligheterna* 176
  - 9.6.3 Sammanfattningsvis om paketering och värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser 177

## **10 Förutsättningarna för att utnyttja intellektuella resurser som creditsäkerhet mot bakgrund av det så kallade resursbaserade synsättet 180**

- 10.1 Aktiv positionering som avgörande för långsiktig konkurrenskraft – Porters Femkraftsmodell 181
- 10.2 "First mover advantage" 183
- 10.3 Kontrollregim 184
- 10.4 Dominerande designparadigm 184
- 10.5 Kompletterande resurser 185
  - 10.5.1 Värdefulla resurser 186
  - 10.5.2 Sällsynta resurser 186
  - 10.5.3 Svårimiterbara resurser 186

- 10.5.4 Svårutbytbara resurser 187
- 10.6 Dynamisk förmåga som avgörande för långsiktig konkurrenskraft 188
  - 10.6.1 Styrnings- och organisationsprocesser 188
- 10.7 Slutsatser för finansiering – för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet är det nödvändigt att reducera och hantera komplexiteten 189
- 11 En fördjupad förståelse för förutsättningarna för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet – värdeskapande genom konstruktivistisk hantering av intellektuella resurser 192**
  - 11.1 Intellektuella resurser som tillgångar, egendom och kapital 193
  - 11.2 Att övervinna komplexiteten och kontextberoendet 198
    - 11.2.1 Att hantera immateriella rättigheter med mera som byggstenar och verktyg som kan utnyttjas för konstruktiva syften 200
    - 11.2.2 Att beakta de intellektuella resursernas kontextuella karaktär redan i samband med konstruktionen av immateriella rättigheter 201
    - 11.2.3 Att hantera de intellektuella resurserna som reella kunskapsprocesser, rutiner med mera som måste internaliseras av individer 202
    - 11.2.4 Kartläggning av intellektuella resurser 203
  - 11.3 Slutsatser för finansiering 206

### **Del 3 210**

#### **12 Introduktion till del 3 (kap 13-18): Om lösningarna i det traditionella rättskällematerialet 212**

#### **13 Pantsättning av TDA:s patent, patentansökningar och registrerade varumärken 216**

- 13.1 I-Capitals borgenärsskydd 219
  - 13.1.1 Sakrättsligt moment - registrering av pantavtalet med verkan från den tidpunkt då ansökan om registrering ges in till registreringsmyndigheten 219
  - 13.1.2 Registrering eller ansökan om registrering – den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde? 220
  - 13.1.3 Frågan om den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets uppkomst framstår som oproblematiserad mot bakgrund av registreringsförfarandets uppbyggnad i övrigt 221
  - 13.1.4 Frågan om den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst är av mindre betydelse för I-Capital eftersom det är möjligt att anpassa utbetalningen av krediten till den senare av de aktuella tidpunkterna 223
  - 13.1.5 Borgenärsskyddets omfattning 223

- 13.2 I-Capitals skydd mot konkurrerande anspråk från panthavare och senare förvärvare 229
  - 13.2.1 "Äldst rätt vinner"... 229
  - 13.2.2 ...I-Capital har alltså ett i huvudsak gott skydd mot senare anspråk på de immateriella rättigheterna grundade på panträtt eller förvärv 231
- 13.3 I-Capitals skydd mot konkurrerande anspråk på licensrätt 232
  - 13.3.1 Det tidigare anspråket skall prioriteras... 232
  - 13.3.2 ...I-Capitals risk är alltså förhållandevis liten. 233
- 13.4 I-Capitals skydd mot den som kan visa på en äldre och bättre rätt än TDA 234
  - 13.4.1 Enligt 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen saknas möjlighet till godtrosvärv av panträtt i patent respektive varumärke 235
  - 13.4.2 Frånvaron av en möjlighet att uppnå prioritet i förhållande till den som gör gällande en äldre och bättre rätt än TDA utgör sannolikt en faktor som försvårar utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet 238
- 13.5 I-Capitals möjligheter att förfoga över panträten 238
  - 13.5.1 Återpansättningsdiskussionen 240
  - 13.5.2 Vid pantsättning av patent och varumärken bör återpansättning inte vara möjligt 242
- 13.6 I-Capitals möjligheter att vidta åtgärder mot den som gör intrång i de pantsatta patent- och varumärkesrättigheterna 243
  - 13.6.1 En begränsad rätt för panthavaren att väcka talan om intrång... 244
  - 13.6.2 ...och en begränsad rätt till skadestånd... 245
  - 13.6.3 ...kan försvåra en utökad användning av patent och varumärken som kreditsäkerhet inom ramen för en särskild finansieringsform för intellektuella resurser. 246
- 13.7 Sammanfattning och slutsats 246
  - 13.7.1 Säkerhetskonstruktionerna pant i patent respektive varumärken ger visserligen i flera avseenden I-Capital ett fullgott skydd... 247
  - 13.7.2 ...men vissa (centrala) element i säkerhetskonstruktionerna medför en ökad risk för I-Capital och kan därför antas försvåra utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet. 247

#### **14 TDA:s upphovsrätter som kreditsäkerhetsobjekt 249**

- 14.1 Upphovsrätt – en i obeståndssammanhang ofta problematisk rättighet 251
  - 14.1.1 Upphovsrätt i konkurs – allmänna utgångspunkter 252
  - 14.1.2 Pantsättning av upphovsrätt 255



## **15 TDA:s icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser som kreditsäkerhet 263**

- 15.1 Icke immaterialrättsligt skyddad information och know-how som en del av resurspaketet 263
- 15.2 I-Capitals möjligheter att uppnå kontroll över icke-immaterialrättsligt skyddad information och know-how med hjälp av företagshemlighetslagen samt sekretess- och konkurrensklausuler 264
- 15.3 Utnyttjande av kontraktuella relationer som en del av resurspaketet 268

## **16 Överlåtelse av immateriell rättighet 271**

- 16.1 Borgenärsskyddet vid överlåtelse av immateriell rättighet 271
  - 16.1.1 Immateriella rättigheter omfattas ibland av bestämmelser som medför att de inte anses kunna utmätas eller ingå i konkurs 272
  - 16.1.2 Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskydd uppkomma redan genom avtalet 273
  - 16.1.3 I ett internationellt perspektiv står det klart att immaterialrätternas borgenärsskyddsdimension regleras på olika sätt 276
- 16.2 Separationsrätt vid överlåtelse av immateriell rättighet 279
  - 16.2.1 Utgångspunkt: Obligations- och sakrättslig hävningsrätt vid hävningsförbehåll 280
  - 16.2.2 Argument mot en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen och därmed mot ett krav på förbehåll för hävnings- och separationsrätt 280
  - 16.2.3 Argument för en analog tolkning av 54 § 4 st. köplagen och därmed för ett krav på förbehåll för hävnings- och separationsrätt 281
  - 16.2.4 Antydningar till ett ifrågasättande av den immaterialrättsobjektsbaserade modellen 282
- 16.3 Dubbelöverlåtelse av immateriell rättighet 283
  - 16.3.1 En prioritetsprincip 283
  - 16.3.2 En lösning baserad på samutnyttjande 285
  - 16.3.3 Ändamålsskäl bakom prioritetsprincipen 286
  - 16.3.4 Diskussionen om en registreringsbaserad prioriteringsmöjlighet 287
  - 16.3.5 Även dubbelförfogandekonflikten regleras på olika sätt i olika jurisdiktioner 289
  - 16.3.6 Sammanfattningsvis om synen på dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter 291
- 16.4 Överlåtaren saknar ett giltigt anspråk – Obehörigt förfogande 292
  - 16.4.1 Godtrosförvärv av immateriella rättigheter anses inte vara möjligt 293
  - 16.4.2 En total frånvaro av godtrosförvärvsmöjlighet kan leda till negativa konsekvenser 294

## **17 Upplåtelse av immaterialrättslicens 297**

- 17.1 Licenstagarens ställning vid licensgivarens konkurs 297
  - 17.1.1 Föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som ett svagt sakrättsanspråk – under omprövning 298
  - 17.1.2 Enligt den dominerande uppfattningen bör immaterialrättslicenstagare ges borgenärsskydd 299
  - 17.1.3 Borgenärsskyddets omfattning 300
- 17.2 Licensgivarens ställning vid licenstagarens konkurs 302
  - 17.2.1 Licensavtal i konkurs 303
  - 17.2.2 Hävningsrättens sakrättsliga effekt 304
  - 17.2.3 Konkursboets inträdesrätt 305
  - 17.2.4 Rätt till lagerexemplar 307
  - 17.2.5 Ingen prioritet 1966, bland annat på grund av att författarnas fordran ansågs ha uppkommit innan konkursen... 308
  - 17.2.6 ...blev till prioritet 2005, förutsatt att licensavtalet hävts innan konkursboets försäljning av lagerexemplaren 311
  - 17.2.7 Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte utgöra upphovsrättsintrång så länge förlagsavtalet var gällande 312
  - 17.2.8 Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte utgöra ett massaansvarsgrundande utnyttjande av licensgivarens prestation. 312
    - 17.2.8.1 *Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte kunna tolkas som ett konkludent inträde i förlagsavtalet 316*
    - 17.2.8.2 *Vad lagerexemplarsproblematiken säger om sak- och immaterialrätten och förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kredit-säkerhet 317*
- 17.3 Konkurrens mellan två oförenliga anspråk på licensrätt samt konkurrens mellan anspråk på licensrätt och förvärv av grundrättigheten 320
  - 17.3.1 Licensgivaren upplåter två oförenliga licenser 320
  - 17.3.2 Licensgivaren upplåter först licens och överlåter sedan rättigheten utan förbehåll 321
- 17.4 Licensgivaren saknar ett giltigt anspråk – obehörigt förfogande 322

## **18 Avslutningsvis om de sak- och immaterialrättsliga lösningarnas funktion för TDA och I-Capital 324**

### **Del 4 326**

## **19 Introduktion till del 4 (kap 20): En konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som creditsäkerhet 328**

- 20 En konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet 330**
- 20.1 De intellektuella resursernas ökade betydelse och behovet av balanserad kontroll 330
  - 20.2 Identifiering, strukturering och kodifiering samt kollektiva förtroendeskapande institutioner 331
  - 20.3 Aktörer specialiserade på finansiering baserad på intellektuella resurser 332
  - 20.4 Lärdomarna från finanskrisen 332
  - 20.5 Ett "notice filing" system för kreditsäkerhet i intellektuella resurser 332
  - 20.6 Paketeringskravet 334
    - 20.6.1 Ett högt ställt krav på paketering motsvarar det krav som ställs för att intellektuella resurser skall vara överförbara i praktiken 335
    - 20.6.2 Ett högt ställt paketeringskrav kan antas försvåra för oseriösa aktörer och motverka såväl ett allmänt missbruk av intellektuella resurser som kreditsäkerhet som mer avgränsade borgenärsbedrägerier 335
    - 20.6.3 Ett högt ställt paketeringskrav som ett specialitetskrav 336
      - 20.6.3.1 *Specialitetsproblematiken blir sällan relevant i samband med pantsättning av fast egendom 337*
      - 20.6.3.2 *Specialitetsproblematiken aktualiseras oftare vid pantsättning av lös egendom 337*
      - 20.6.3.3 *Specialitetskravet i förhållande till det intellektuella resurspaketet 339*
  - 20.7 Ett transaktionsregister för intellektuella resurser 339
    - 20.7.1 Varför ett registreringskrav för pantsättning av intellektuella resurser? 339
    - 20.7.2 Transaktionsregistrets utformning 343
    - 20.7.3 Registreringens sakrättsliga effekter 348
      - 20.7.3.1 *Borgenärsskydd 348*
      - 20.7.3.2 *Dubbelföfogande 350*
      - 20.7.3.3 *Obehörigt föfogande 351*
  - 20.8 Ett fortsatt krav på samtycke för pantsättning och överföring av vissa resurselement 352
    - 20.8.1 Överföring av kontraktuella relationer i samband med pantsättning av intellektuella resurser 352
      - 20.8.1.1 *Licensavtal där TDA är licensgivare 353*
      - 20.8.1.2 *Licensavtal där TDA är licenstagare 356*
  - 20.9 Realisation av resurspaketet 357
  - 20.10 Sammanfattningsvis om den konstruktiva modellen 358

## **Del 5 361**

### **21 Om undersökningens genomförande – ett funktionellt och konstruktivt angreppssätt 363**

- 21.1 Det undersökta områdets karaktär innebär att en traditionell rättsdogmatisk metod kan antas generera alltför begränsade resultat 364
- 21.2 Det undersökta områdets karaktär innebär också att det är särskilt viktigt att analysera rätten som en dynamisk social process 367
  - 21.2.1 Generella beskrivningar av hur rätten varken är, eller nödvändigtvis behöver hanteras som, ett slutet, enhetligt och sammanhängande system 367
  - 21.2.2 Inga givna metodologiska recept 370
- 21.3 Generella risker med en föreställning om en självständigt gällande rätt 373
- 21.4 De fyra steg jag har använt för att besvara de funktionella och konstruktiva frågorna 376
- 21.5 Det sakrättsfunktionella tänkandet – ett centralt verktyg i skapandet av en konstruktiv modell för intellektuella resurser som creditsäkerhet 379
  - 21.5.1 Det sakrättsfunktionella tänkandets framväxt 382
  - 21.5.2 Det centrala sakrättsfunktionella exemplet 386
    - 21.5.2.1 *Variant 1: Äganderätten övergår med avtalet 386*
    - 21.5.2.2 *Variant 2: Äganderätten övergår i samband med traditionen 389*
  - 21.5.3 Vad visar det centrala sakrättsfunktionella exemplet? 392
  - 21.5.4 Det sakrättsfunktionella tänkandets betydelse för konstruktionen av en modell som möjliggör ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som creditsäkerhet 393

### **22 Avslutning 396**

### **Källförteckning 404**



# 1 Om betydelsen av intellektuella resurser

Detta är en avhandling om användningen av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Med intellektuella resurser avses här resurser utan självständig, fysisk existens – det vill säga resurser för vilka den intellektuella komponenten är avgörande. I fokus för denna undersökning står särskilt den typ av intellektuella resurser som kan betecknas som patentberoende teknologiresurser.<sup>1</sup> Undersökningen behandlar dels hur intellektuella resurser i nuläget *faktiskt används* som kreditsäkerhet och dels hur de *skulle kunna användas* som kreditsäkerhet. Trots att vi i dag befinner oss i en situation där de intellektuella resurserna representerar enorma värden, så utnyttjas den här typen av resurser endast i mycket liten utsträckning som kreditsäkerhet.

Påståendet att de intellektuella resurserna numera utgör en mycket stor andel av den totala mängden resurser och även ofta intar positionen som de allra mest värdefulla resurserna inom i princip alla samhällssektorer är i dagsläget i det närmaste att betrakta som en truism.<sup>2</sup> Det talas i dessa sammanhang ofta om

---

<sup>1</sup> Ytterligare en avgränsning är att det är det direkta utnyttjandet av de intellektuella resurserna som sådana som kreditsäkerhet, och inte utnyttjandet av de inkomstströmmar som kan vara knutna till dessa resurser, eller de intellektuella resursernas funktion i samband med företagsinteckning eller pantsättning av aktier, som i första hand är av intresse inom ramen för denna undersökning. Analysen utgår också i första hand från svenska förhållanden. Att använda just termen "intellektuell resurs" är för övrigt inte på något sätt självklart. Terminologin (såväl som begreppsbyggnaden...) på området är långt ifrån stadgad. Det finns egentligen inga verkligt vedertagna termer och begrepp i detta sammanhang. Exempelvis talas det inom redovisningsfältet om immateriella tillgångar (se till exempel 4 kap. 2 § årsredovisningslagen) och inom nationalekonomin ibland om immateriellt kapital (se till exempel Världsbanken 2005, s. 3-4). Uttrycket intellektuell resurs framstår emellertid för mig som den mest adekvata benämningen eftersom det framhäver den intellektuella dimensionens betydelse och inte enbart frånvaron av fysisk existens. (Se vidare Petrusson 2004, s. 1 n. 3 där det framhålls att grunden för det (post)moderna företagandet inte bara är tillgång till olika typer av kunskap utan framförallt kontroll över kunskap samt att utmärkande både för maktprocesser och kunskapsprocesser är deras intellektuella karaktär.)

<sup>2</sup> Ett exempel: Enligt den så kallade "Millennium Capital Assessment" som Världsbanken presenterade år 2005 utgjorde de intellektuella resurserna – eller, med Världsbankens terminologi, det immateriella kapitalet – 59 procent av tillgångarna i världens låginkomstländer, 68 procent av tillgångarna i medelinkomstländerna och 80 procent av tillgångarna i höginkomstländerna år 2000. (Världsbanken 2005, s. 4.) Det bör noteras att Världsbanken i begreppet immateriellt kapital inkluderar alla de resurser som inte klassas som producerat kapital eller naturligt kapital. En stor del av det som Världsbanken klassificerar som immateriellt kapital utgörs av humankapital, det vill säga färdigheter och know-how som innehas av arbetskraften, och institutionellt kapital, det vill säga sådant som ett effektivt rättssystem, ordnade egendomsförhållanden och effektiv administration. (Världsbanken 2005, s. 87.) Många av dessa intellektuella resurser kommer givetvis aldrig att kunna utnyttjas som kreditsäkerhet; ett effektivt och förutsebart rättssystem som sådant, till exempel, kan naturligtvis inte utnyttjas som kreditsäkerhetsobjekt. Detta betyder dock inte att det överhuvudtaget inte skulle vara värt att sträva efter att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Även om de intellektuella resurser som är praktiskt möjliga att utnyttja som kreditsäkerhet endast utgör en mindre del av den totala mängden intellektuella resurser (vilket som sagt är troligt) kan den värdeskapande potentialen i ett sådant utökat utnyttjande antas vara stor. (Se vidare avsnitt 4.3.) Samtidigt som de risker som kan antas föreligga i sammanhanget givetvis inte får ignoreras. (Se vidare kapitel 5-6.)

ett samhällsekoniskt paradigmskifte som har drivits fram av samverkande faktorer som globaliseringen, den informations- och kommunikationstekniska revolutionen samt den ökade konkurrens som följt av de senaste decenniernas många avregleringar.

Det samhällsekoniska paradigmskifte som anses ha lett till att de intellektuella resurserna har ökat så dramatiskt i betydelse beskrivs ofta i termer av "ny ekonomi", "kunskapsekonomi", "nätverkssamhälle" eller "informationsålder".<sup>3</sup> De som menar att vi har att göra med ett paradigmskifte drar ofta paralleller till tidigare ekonomiska förändringar av fundamental karaktär och i synnerhet till den industriella revolutionen. I det förindustriella samhället drevs den ekonomiska utvecklingen framåt framförallt av investeringar i sådant som jord, jordbruksteknik, boskap och enklare verktyg. I samband med den industriella revolutionen kom investeringar i mer avancerade materiella resurser, till exempel ångmaskiner, vattenkraft, fabriksanläggningar och mekaniserade transportsystem att spela den mest centrala rollen. I det postindustriella samhället är det enligt detta synsätt numera framförallt investeringar i intellektuella resurser som driver den teknologiska och ekonomiska utvecklingen.<sup>4</sup> Beskrivningen av de olika ekonomiska utvecklingsstadierna är en (givetvis förenklad) standardbeskrivning av den ekonomisk-historiska utvecklingen i ett "longue durée" perspektiv. Det finns många olika

---

<sup>3</sup> Se till exempel Castells 1998, s. 41ff. som talar om "informationsåldern"; Drucker 1968 som tidigt talade om "kunskapsorganisationernas" och "kunskapsarbetets" centrala betydelse och senare (i Drucker 1993, s. 5) använder sig av begrepp som "post-kapitalistiskt kunskapssamhälle"; Florida 2006, s. 31, som tar avstånd från begrepp som informations- och kunskapsekonomi, menar att "[...] det är betydligt närmare sanningen att säga att vi nu har en ekonomi som drivs av mänsklig kreativitet" och framhåller betydelsen av toleranta miljöer som tillåter kreativiteten att spira; Freeman & Soete 1997, s. 396 som talar om "kunskapsekonomi"; Globaliseringsrådet 2009, s. 31 som framhåller att "Sveriges förmåga att bevara och utveckla välfärden är till mycket stor del beroende av vår förmåga att hantera kunskap. Många insiktsfulla bedömare går så långt att de säger att kunskap är vår tids viktigaste produktionsfaktor"; Granstrand som i SOU 2006:80, s. 102 framhåller att nya teknologier som ackumulerats under lång tid medförde att i-ländernas ekonomier under 1980 och 1990-talen kom att domineras av kunskap och intellektuellt kapital; Hydén 2002, s. 21 som talar om övergång från "industrieran" till "informationseran"; Mokyr 2002 som även han använder termen "kunskapsekonomi"; Negroponte 1995, s. 163 ff. som talar om "post-informationsålder"; Perez 2003, s. 8-21 som talar om "informationsålder" och "kunskapssamhälle"; Petrusson 2004, s. 2 som talar om en övergång från en materiell till en intellektuell värdekedja; Schön 2007, s. 12 som talar om "tjänstesamhällets genombrott" eller "den tredje industriella revolutionen koncentrerad kring elektroniken och en ny användning av kunskap"; Söderberg 2007, s. 10-11 som framhåller hur kunskapen idag betonas "som den allra viktigaste källan till historisk förändring och till utveckling" och att det inte är förvånande "att detta perspektiv betonas just idag när vi befinner oss i ett kunskapssamhälle"; Thurow 2005, s. 25 ff. som talar om "a global superstructure resting on a capitalistic substructure built with new technologies" och "a knowledge based era based on skills, education, and research and development"; Zingales 2000, s. 1641ff. som argumenterar för att vi, bland annat på grund av att kunskapsresurser (humankapital) numera utgör en så stor och betydelsefull andel av företagets tillgångar, är i behov av en ny "theory of the firm" och följaktligen "new foundations for corporate finance".

<sup>4</sup> Se föregående not. Om jordbruksekonomin och övergången till en tidig industriell ekonomi, se till exempel McNeill & McNeill 2003, s. 25ff. och s. 213ff.; Rider 1995, s. 18ff. och s. 177ff.; Söderberg 2007, s. 41ff., 248ff. och 309ff.

mer detaljerade beskrivningar där övergången bryts ner i flera olika stadier. Enligt en av dessa beskrivningar utgör den första, mekaniseringsdrivna, industriella revolutionen (representerad av Arkwrights berömda vattenkraftsdrivna bomullsspinneri som startades i Cromford, Derbyshire, England år 1771) den första av fem teknologiska revolutioner som alla, sedan slutet av 1700-talet, revolutionerat produktionen och förändrat samhället. Enligt denna beskrivning följdes den första industriella revolutionen av ångmaskinernas och järnvägarnas era. Denna andra revolution följdes sedan av en tredje revolution som baserades på stål, elektricitet och tung industri. Den fjärde revolutionen byggde på olja, personbilar och masstillverkning. Den femte och senaste revolutionen baseras på den explosionsartade utvecklingen inom informations- och kommunikationsteknologi.<sup>5</sup>

Även de som inte vill gå så långt som till att tala om ett paradigmskifte menar ändå ofta att investeringar i intellektuella resurser är en mycket betydelsefull faktor bakom den ekonomiska utvecklingen.<sup>6</sup> I stort sett förefaller alltså enighet

---

<sup>5</sup> Se Perez 2003, s. 11.

<sup>6</sup> Se till exempel Mc Neill & Mc Neill 2003, s. 315-316 samt Pollard 1997, s. 19ff. En kritik som ibland riktas mot dem som med emfas framhåller kunskapsekonomins framväxt som ett fundamentalt brott i utvecklingen är att investeringar i kunskap alltid har utgjort den mest fundamentala förutsättningen för alla former av ekonomi och ekonomisk utveckling och förändring. Jägar- och samlarekonomin byggde på kunskap om jaktmetoder och födoinsamling, förutsättningen för agrarekonomin genomslag var kunskap om jordbruksmetoder, den första industriella revolutionen var i allra högsta grad beroende av investeringar i ny teknisk kunskap – framförallt kunskap som möjliggjorde ett effektivt utnyttjande av nya energikällor. Istället för en artskillnad ("paradigmskifte") skulle det alltså kunna hävdas att vi har att göra med en gradskillnad ("ökad betydelse"). Att teknologisk-ekonomisk förändring alltid har varit kunskapsdriven, och att alla historiska samhällsekonomiska organisationsformer därmed i någon mening har varit kunskapsbaserade, påpekas till exempel av Castells 1998, s. 43. Castells menar dock att det trots allt är ett paradigmskifte vi har att göra med. Florida 2006, s. 31 framhåller i högre grad kontinuiteten: "Kreativitet [...] är nu den avgörande konkurrensfördelen. I praktiskt taget alla näringar, från bilar till mode, till livsmedel och informationsteknologi, är vinnarna i det långa loppet de som har förmågan att skapa och fortsätta att skapa. Så har det alltid varit, från tiden vi blev bönder istället för jägare och senare när vi blev fabriksarbetare istället för bönder. Men vi har inte uppmärksammat det och börjat agera medvetet förrän under de senaste decennierna." Att insikten om de intellektuella resursernas stora betydelse inte på något sätt är ny framgår dock av följande citat. Långt före datorernas och mobiltelefonernas tidsålder (år 1904) konstaterade den norsk-amerikanske ekonomen och samhällskritikern Thorstein Veblen att: "The substantial foundation of the industrial corporation is its immaterial assets. [...] The common stock, typically, represents intangible assets and is accounted for by valuable trademarks, patents, processes, franchises, etc. [...] In this sense, then, the nucleus of the modern corporate capitalization is the immaterial goods covered by the common stock." (Se Veblen 1921, s. 143-145.) Det har dock framhållits att det inte var Veblens uppfattning som kom att få störst inflytande under större delen av 1900-talet. Ett exempel på hur den dominerande utvecklingslinjen växlade in på ett annat spår är hur Irving Fisher, konstruktören av de kvantitets- och prisindex som fortfarande lär användas för att beräkna bland annat BNP, inledde sitt numera klassiska verk från 1911 – *The Purchasing Power of Money* – med att konstatera att ekonomi är "the science of wealth", varpå "wealth" definierades som "material objects owned by human beings". (Se Fisher 1922, s. 1 via Nakamura 1999.) Så i allt väsentligt förefaller Florida trots allt ha rätt i att det först är på senare tid som vi har börjat agera medvetet. (Se även Söderberg 2007, s. 21-25 samt 344-347.) Granstrand påpekar vidare i SOU 2006:80 att begreppet "ny ekonomi" även kan ifrågasättas mot bakgrund av att den "gamla" kapitalismens grundläggande institutioner fortfarande är dominerande: "Det går således att konstatera att en



råda om att de intellektuella resursernas betydelse har ökat kraftigt under de senaste åren.<sup>7</sup>

De intellektuella resursernas ökade betydelse illustreras också ofta med hänvisning till vissa mer specifika förhållanden och trender.

I ekonomisk teori talas det till exempel om en ökning av kunskapsstocken. Det vill säga en ökning av både mängden och kvaliteten på den samlade mängden kunskap. Ökningen av kunskapsstocken kan å ena sidan beskrivas som en extern effekt av ett slag som kan antas vara central för ekonomisk tillväxt.<sup>8</sup> Samtidigt sägs ökningen av kunskapsstocken ha medfört att det krävs förhållandevis mer kunskap både för att en verksamhet överhuvudtaget skall lyckas slå sig in på en marknad och för att verksamheten sedan skall lyckas överleva på denna marknad.<sup>9</sup>

Ett annat sätt att beskriva de intellektuella resursernas ökade betydelse är att tala om kommodifieringen av de materiella resurserna. Med att materiella resurser har kommodifierats menas att de numera mycket sällan är unika. Istället är materiella resurser nästan alltid att betrakta som stapelvaror som det

---

ny typ av kunskapsbaserad ekonomi har kommit för att stanna [...] Uttrycket 'den nya ekonomin' är emellertid missvisande [...] det indikerar att en helt ny typ av ekonomi skapats som snabbt har ersatt en gammal ekonomi. Man bör notera i detta sammanhang att alla gamla grundläggande institutioner i ett kapitalistiskt ekonomiskt system inte har förändrats i grunden (t.ex. privat företagsamhet, marknadskonkurrens, privata vinster och privat äganderätt). Snarare har dessa institutioner stärkts och internationaliserats under 1990-talet efter Sovjetimperiets fall." (Se Granstrand i SOU 2006:80, s. 103.) En liknande kritik förs fram av Zizek 2009, s. 6 som menar att det ständiga flödet av nya termer faktiskt kan hindra oss från att se vad som verkligen är nytt i vår nuvarande situation: "it is those who propose the constant creation of new terms ('postmodern society', 'risk society', 'informational society', 'postindustrial society', etc.) in order to grasp what is going on today who miss the contours of what is actually New. The only way to grasp the true novelty of the New is to analyze the world through the lenses of what was 'eternal' in the Old." För Zizek (a.a.) är den kommunistiska idén en sådan lins: "If communism really is an 'eternal' Idea, then it works as a Hegelian 'concrete universality': it is eternal not in the sense of a series of abstract-universal features that may be applied everywhere, but in the sense that it has to be re-invented in each new historical situation."

<sup>7</sup> Det har emellertid också hävdats att den massiva uppslutningen bakom idén om de intellektuella resursernas helt centrala betydelse till trots, så är den teoretiska underbyggnaden för uppfattningen i fråga fortfarande i hög grad utvecklad. Boyle framhåller till exempel på detta tema att: "Everyone says that we are moving to an information age. Everyone says that the ownership and control of information is one of the most important forms of power in contemporary society. These ideas are so well-accepted, such cliches, that I can get away with saying them in a *law review article* without footnote support. (For those blessedly unfamiliar with law reviews, this is a status given to only the most staggeringly obvious claims; the theory of evolution, and the orbit of the earth around the sun, probably would not qualify.) Beyond the claim that the information society exists, however, there is surprisingly little theoretical work. Sadly for academics, the best social theorists of the information age are still science fiction writers and, in particular, cyberpunks – the originators of the phrase 'cyberspace' and the premier fantasists of the Net. If one wants to understand the information age, this is a good place to start." (Se Boyle 1997, s. 1.) Bristen på mer omfattande teori kring dessa frågor förklaras av Hydén: "...framtiden är teorilös och måste först skapas innan vi kan ge teoretiska förklaringar. [...] Det kommer [...] att ta tid innan vi får så mycket erfarenhet av det nya samhället att vi kan klä dem i vetenskapliga begrepp och teorier". (Se Hydén 2002, s. 23.)

<sup>8</sup> Se Helpman 2006, s. 50-52 med hänvisning till Romer 1986, som var den som myntade begreppet kunskapsstock. Se vidare avsnitt 4.2.2 om externa effekter.

<sup>9</sup> Se Europeiska kommissionen 2003, s. 28ff.

är möjligt att införskaffa mer eller mindre för direkt leverans. Det hävdas därför att innehavet av specifika materiella resurser numera i allmänhet inte kan ge upphov till långvariga konkurrens fördelar.<sup>10</sup>

Bland dem som ur ett vetenskapligt perspektiv studerar företagsstrategier har det också blivit allt vanligare att tala om att det framförallt är kontroll över företagsspecifika och svårimiterbara resurser – vanligtvis intellektuella resurser av olika slag – som i första hand ger upphov till långsiktiga konkurrens fördelar och därmed skapar förutsättningar för ett mer avancerat värdeskapande.<sup>11</sup>

Den ökade betydelsen av företagsspecifika resurser är säkerligen också en av de huvudsakliga anledningarna bakom det som har kallats för det patenträttsliga uppvaknandet. Det vill säga de senaste årens ständigt ökande intresse för i synnerhet patenträttigheter och det patenträttsliga systemet, som bland annat har tagit sig uttryck i en explosionsartad ökning av antalet patentansökningar och utfärdade patent.<sup>12</sup> Det patenträttsliga uppvaknandet har dessutom ackompanjerats av en utveckling där immaterialrättshantering och immaterialrättsstrategier överlag har blivit en allt viktigare del av många företags verksamhet.<sup>13</sup>

Ett sista exempel på ett förhållande som kan föras fram för att beskriva de intellektuella resursernas ökade betydelse är framväxten av de många nya affärsmodeller som bygger på att erbjuda kunden inte en fysisk produkt, utan en virtuell eller en licensbaserad sådan.<sup>14</sup>

Sammanfattningsvis är det alltså möjligt att konstatera att de intellektuella resurserna har fått en ökad betydelse på snart sagt alla nivåer. Trots detta spelar den här typen av resurser endast en förhållandevis undanskymd roll i kreditsäkerhetssammanhang. I Sverige pantsätts till exempel endast ett 100-tal patent om året.<sup>15</sup> Eftersom utökade möjligheter att utnyttja intellektuella

---

<sup>10</sup> Se till exempel Lev 2005, s. 301; Zingales 2000, s. 29; Nakamura 2001, s. 8 samt kapitel 10.

<sup>11</sup> Detta tema utvecklas i kapitel 10.

<sup>12</sup> Se framförallt Petrusson 1999, s. 96ff. som framhåller att det ökade intresset sannolikt har dubbla orsaker. Dels handlar det om en föreställning om patenträtten som ett verktyg för ekonomisk expansion och framgång i konkurrensen mellan staterna i den industrialiserade världen. Dels handlar det om patenträttens management-strategiska betydelse för enskilda företag som av ett allt hårdare konkurrens klimat tvingas kombinera konkurrens-, innovations- och patentstrategier. Utvecklingen har också gått mot att patent inte längre är intressanta enbart för den faktiska exklusivitet som patentet kan medge utan även för en mängd andra användningsområden. Patent utnyttjas till exempel som inträdesbiljett till korslicensieringsarrangemang, som "motartilleri" vid eventuella intrångsstämningar och som "kvitton" på teknologisk kompetens (se till exempel Petrusson 1999, s. 97 och Ullrich 2005, s. 4). I många branscher har det alltså blivit mer eller mindre nödvändigt att inneha en ganska så omfattande patentportfölj. I den ekonomiska krisens spår har dock ökningen av antalet patentansökningar avtagit något. År 2008 ökade exempelvis antalet PCT-ansökningar endast med 2,8 procent, att jämföras med de tre föregående årens ökningstakt på i genomsnitt 9,4 procent. (Se <http://www.ipfrontline.com/depts/article.asp?id=22286&deptid=6>.)

<sup>13</sup> Se till exempel Petrusson 2004, s. 17ff.

<sup>14</sup> Se exempelvis Petrusson 2004, s. 4.

<sup>15</sup> Att detta verkligen är en låg pantsättningsfrekvens framgår av att det totala antalet giltiga svenska patent överstiger 100 000. Sant är att det indirekta utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är betydligt vanligare. Vid exempelvis pantsättning av aktier spelar

resurser som kreditsäkerhet kan antas innefatta en värdeskapande potential är det en angelägen rättsvetenskaplig uppgift att analysera förutsättningarna för ett sådant utökat utnyttjande.

### **1.1 Att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

Huvuduppgiften inom ramen för denna undersökning är att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Även om ett sådant utökat utnyttjande kan antas innefatta en värdeskapande potential, så kan det av flera olika anledningar även antas föreligga stora risker i samband med en sådan utveckling. Det är därför nödvändigt att närmare analysera såväl de potentiella fördelarna som de möjliga nackdelarna. Eftersom det i hög grad är fråga om gränsöverskridande problem krävs det en bred rättsvetenskaplig ansats för att genomföra undersökningen, som omfattar fyra delar.

Det är för det första nödvändigt att analysera de samhälleliga och ideologiska förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. För det andra är det nödvändigt att förstå hur den typ av resurser som det är fråga om typiskt sett fungerar i praktiken, det vill säga vilka förutsättningarna vanligtvis är för att de intellektuella resurserna skall kunna användas för att skapa värde samt vilken typ av praktisk hantering som är nödvändig för att resurserna skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet. För det tredje är det nödvändigt att förstå hur förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet ter sig mot bakgrund av de för denna problematik relevanta lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet. Mot bakgrund av den analys som genomförs i dessa tre första delar kommer i del 4 en konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet att presenteras. Slutligen kommer, i del 5, de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för undersökningen att utvecklas. Att det handlar just om en utveckling beror på att de närmast följande avsnitten bör ge läsaren en i och för sig tillräckligt klar och tydlig bild av de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för undersökningen. Låt oss således börja med att närmare granska förutsättningarna för analysen i del 1.

---

bolagets intellektuella resurser vanligtvis en betydande indirekt roll. De intellektuella resurserna påverkar (i likhet med bolagets materiella tillgångar) bolagets, och därmed aktiernas, värde. Det händer också att bolagsformen används i syfte att försöka möjliggöra ett mer direkt utnyttjande av specifika intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Intellektuella resurser överförs till ett för detta ändamål särskilt bildat (eller införskaffat) aktiebolag, sedan pantsätts aktierna i detta bolag. Det förhållandevis mer omfattande indirekta utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet till trots, så kan som sagt ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som direkta kreditsäkerhetsobjekt ändå antas innefatta en värdeskapande potential. Det indirekta utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet faller som sagt också utanför ramarna för denna undersökning, se not 1.

### 1.1.1 Om del 1, där frågor om kapitalisering, om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt samt om exklusivitet analyseras

I del 1 placeras kreditsäkerhetsproblematiken in i ett visst ekonomiskt, politiskt och historiskt sammanhang. Syftet är att öka förståelsen för de mer övergripande samhällsliga förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Undersökningen syftar mer i detalj till att öka förståelsen för vilka samhällsliga fördelar respektive nackdelar utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas medföra. För att uppfylla dessa syften är det nödvändigt att analysera kreditsäkerhetsproblematiken mot bakgrund av den samhällsliga och ideologiska kontext som denna problematik befinner sig inom ramen för. Detta gör jag genom att använda mig av för detta ändamål relevant material. Det handlar här bland annat om sådant som ekonomisk teori och ekonomiska argument, argument hämtade från den krediträttsliga respektive den immaterialrättsliga diskussionen samt konkreta erfarenheter av ett för kreditsäkerhetsproblematiken centralt samhällsligt förlopp som finanskrisen.

Av grundläggande betydelse är här att det givetvis handlar om min egen subjektberoende bild av det samhällsliga och ideologiska sammanhanget. Att det inte är möjligt att ge en fullkomligt objektiv beskrivning av samhällsliga fenomen (eller några andra fenomen heller, för den delen) är numera en mycket vanlig vetenskapsteoretisk uppfattning. Det subjektiva momentet kommer in redan i valet av frågeställning och material. Objektivitet i meningen total förutsättningslöshet är alltså en omöjlighet. Det finns dock enligt min mening olika grader av subjektivitet.<sup>16</sup> Genom att förhålla sig kritisk och ifrågasättande, även till sina egna fördomar och värderingar, är det möjligt att moderera subjektiviteten.<sup>17</sup> Det finns dock enligt min mening klara begränsningar för i vilken utsträckning det är möjligt att frigöra sig från sig själv och sin miljö.

---

<sup>16</sup> Detta framhålls bland annat av den kritisk-realistiska skolan, vars kunskapsteoretiska utgångspunkt anges som  $S \rightarrow "O" | O$ . Utgångspunkten är här alltså ontologisk realism. Subjektet (S) observerar ett faktiskt existerande och från S oberoende objekt (O). Genom att sträva efter objektivitet kan S komma ifrån den rena subjektiviteten. Observationen kommer dock som sagt alltid att vara subjektberoende ("O"). Den kritiska realismen framhåller också att när O är ett samhällsligt fenomen – som rätten, till exempel – är O dessutom vanligtvis ett oerhört komplicerat O. Även om ansträngningar kan göras att på olika sätt "stänga" systemet (rätten kan ju faktiskt ses som ett särskilt socialt system vars syfte bland annat är att "stänga" andra sociala system, det vill säga att med hjälp av ett specifikt normsystem försöka skapa en viss grad av ordning och förutsebarhet), så är samhällsliga system vanligtvis i hög grad öppna, det vill säga utsatta för en sådan mångfald av påverkansfaktorer att möjligheterna att göra förutsägelser om händelser i sådana system är högst begränsade. Verklig förståelse kan enligt den kritiska realismen främst uppnås i ett historiskt perspektiv där analysen utförs på flera olika nivåer. (Se vidare om den kritiska realismen Bhaskar 2008; Djurfeldt 1996; Pålsson-Syll 2001.)

<sup>17</sup> En annan sak är att man inte bör väja för att, när det är motiverat av sakliga skäl, presentera slutsatser som i och för sig kan uppfattas som politiska ställningstaganden. Jag menar till exempel att den enda rimliga tolkningen av tillgängliga fakta är att en övertro på marknadsaktörernas "upplysta egenintresse" och en undervärdering av de risker som lånefinansiering för med sig spelade en central roll för finanskrisen.

Därmed blir strävan efter transparens ett centralt vetenskapligt krav. För att kunna bedöma värdet av en vetenskaplig undersökning är det nödvändigt att känna till utgångspunkterna för denna, inte minst underliggande värderingar. Jag menar att undersökningen i del 1 ger läsaren av denna avhandling just den här typen av information.<sup>18</sup>

De mest centrala slutsatserna av den analys som genomförs i del 1 är i korthet följande. Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas vara ett eftersträvansvärt samhällsligt mål. Inte minst skulle en sådan utveckling kunna antas vara särskilt gynnsam för de små och medelstora kunskapsföretag som så ofta sägs vara särskilt viktiga för framtida välstånd och utveckling. Det kan emellertid antas föreligga stora risker i sammanhanget. Dels risker av ett slag som kan beskrivas som finansiella risker och som har med kreditmarknadens funktion att göra, dels risker som har med exklusivitet att göra.

Vad gäller de finansiella riskerna, så är till exempel en klar och tydlig lärdom av den så kallade finanskris som bröt ut under år 2007 att en alltför hög grad av komplexitet bör motverkas i dessa sammanhang. När det gäller finansiella konstruktioner och transaktioner är transparens och enkelhet eftersträvansvärda mål. En annan central lärdom av finanskrisen är att ett alltför högt risktagande måste motverkas.

De risker som har med exklusivitet att göra aktualiseras av att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kräver att resurserna kan kontrolleras och överföras. En alltför omfattande exklusiv kontroll över intellektuella resurser riskerar emellertid att medföra en mängd negativa effekter. Inte minst riskerar en alltför omfattande exklusiv kontroll över dessa resurser att motverka teknologisk och ekonomisk utveckling. Det är alltså en komplex balans vi har att göra med. Den kontroll och överföringsbarhet som en ny finansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser nödvändigtvis måste erbjuda får därför inte bygga på utökad immateriell exklusivitet "erga omnes". Alternativa, betydligt mer begränsade, kontrollmekanismer måste utvecklas.

För att förstå förutsättningarna för att hantera den komplexa balans som vi har att göra med i detta fall, samt för att skapa det slag av begränsade

---

<sup>18</sup> Man kan givetvis invända att detta inte löser frågan om förutsättningarna för just undersökningen i del 1. Jag menar dock att undersökningen reflekterar sina egna förutsättningar tillräckligt väl. Att i detalj försöka ange sina egna värderingar och andra personliga faktorer som påverkat arbetet är enligt min mening knappast meningsfullt. Med Djurfeldt kan man konstatera att det nog finns anledning att vara måttlig med den här typen av introspektiva övningar: "Man kan hålla med Gunnar Myrdal som på sin tid hävdade att vi måste vara medvetna om våra moraliska och etiska utgångspunkter, och försöka förstå hur de påverkar vårt sätt att se på den sociala verkligheten, på teori och metod. Däremot behöver man inte som Myrdal i tid och otid tala om för hela världen vad som är ens etiska program – om inte annat för att det blir så tråkigt. Läs de inledande delarna av *Asian Drama* och håll med om att det är en fullkomligt outhärdlig läsning, en självcentrerad moralisk katalog-aria. Man ska vara medveten om sina moraliska utgångspunkter men man behöver inte trumpeta ut dem i revelj varje morgon." (Se Djurfeldt 1996, s. 103.)

kontrollmekanismer som krävs, är det nödvändigt att förstå vad det är för resurser vi har att göra med. Det är nödvändigt att förstå hur de intellektuella resurserna typiskt sett fungerar. Undersökningens andra del handlar om att skapa en sådan förståelse.

### **1.1.2 Om del 2, där de intellektuella resursernas praktik analyseras**

Del 2 ägnas åt analysen av hur intellektuella resurser typiskt sett fungerar i praktiken. Syftet är att skapa en förståelse för hur de intellektuella resurserna typiskt sett fungerar i värdeskapandehänseende samt vilken typ av praktisk hantering som är nödvändig för att resurser av detta slag skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet.

Frågan är för det första *hur de intellektuella resurserna typiskt sett fungerar i den värdeskapande processen på företagsnivå?* För att konkretisera och avgränsa undersökningen introduceras därför i kapitel 9 exempelföretaget Technology Display AB (TDA). Detta exempelföretag kommer i det följande att genomgående fungera som objekt för analysen. Detta innebär som sagt att denna undersökning i första hand behandlar utnyttjandet av patentbaserade teknologiresurser som kreditsäkerhetsobjekt. Exemplet TDA bygger på en verklig förlaga och har konstruerats dels mot bakgrund av min egen erfarenhet av hur den här typen av resurser fungerar i praktiken – en erfarenhet som ligger till grund för de tre fallstudier som presenteras i kapitel 8 – och dels mot bakgrund av det resursbaserade synsätt på företagsstrategi som presenteras i kapitel 9 samt det konstruktivistiska synsätt avseende hantering av intellektuella resurser som presenteras i kapitel 11. Den beskrivning av de intellektuella resursernas praktik som ges i avhandlingens andra del hämtas alltså från ett antal olika håll. Dels från mina egna observationer i samband med praktiskt arbete med den här typen problem, dels från andras beskrivningar av hur intellektuella resurser fungerar i praktiken.

Slutsatsen i del 2 är i korthet att intellektuella resurser ofta skapar värde i ett visst sammanhang där det råder ett, ofta komplext, inbördes beroende mellan olika resurser och resurselement. Intellektuella resurser kännetecknas alltså ofta av ett kontextuellt beroende och en hög grad av komplexitet. Detta är en av huvudorsakerna till att intellektuella resurser ofta är så svåra att värdera och att det ofta är svårt att skapa den kontroll och överförbarhet som krävs för kreditsäkerhetstransaktioner. Den höga praktiska komplexitetsgraden medför också att det redan i denna del är möjligt att konstatera att det är osannolikt att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan komma till stånd utan medverkan av specialister. Det krävs sannolikt kreditgivare, eller förmedlare av krediter, som är specialiserade på just utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. För att illustrera detta introduceras därför i denna del ytterligare ett exempelföretag; den på intellektuella resurser

specialiserade kreditgivaren I-Capital. Liksom TDA kommer I-Capital, som ett led i konkretiseringen av de praktiska förutsättningar som råder för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet, att förekomma flitigt i resten av undersökningen.

För det andra handlar analysen i del 2 om praktisk hantering av intellektuella resurser: Hur skall de intellektuella resurserna i praktiken hanteras för att ett utökat utnyttjande av dessa resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt? Slutsatsen i denna del är att det krävs omfattande insatser på såväl individuell som kollektiv nivå för att de generella möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall öka. På individuell nivå, det vill säga ur de enskilda aktörers perspektiv som hanterar specifika intellektuella resurser, kan insatserna i korthet beskrivas som att de intellektuella resurserna måste identifieras, struktureras och kodifieras – något som kan sammanfattas som paketering. Eftersom de intellektuella resurserna ofta är relationsberoende kräver en effektiv paketering dessutom ofta relationshantering. Relationshanteringen för givetvis upp hanteringen på en kollektiv nivå där det ur ett mer övergripande perspektiv även är av central betydelse att skapa förtroende inte bara för enskilda intellektuella resurser som kontrollerbara och överförbara "objekt" utan även för den här typen av resurser i stort. De omfattande insatser som kan antas krävas för att intellektuella resurser i högre utsträckning skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet medför att det mot bakgrund av vår nuvarande förmåga knappast är rimligt att i nuläget vänta sig någon mer omfattande utökning av dessa möjligheter. Temat intellektuella resurser som kreditsäkerhet är alltså i hög grad ett framtidsinriktat tema.

Slutligen handlar analysen i del 2 också om *hur intellektuella resurser kan värderas i samband med en kreditsäkerhetstransaktion*. Värderingsfrågan är av central betydelse i kreditsäkerhetssammanhang. Om resurserna i fråga inte har ett värde som går att uppskatta med rimlig säkerhet är det vanligtvis otänkbart att de skulle kunna utnyttjas som säkerhet för en kredit. En utgångspunkt för analysen av värderingsproblematiken är att vad som menas med värde i detta sammanhang – det vill säga när det gäller värdering av tillgångar – beror på det specifika sammanhanget. Frågan är här *vad som avses med värde i samband med utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet?* I korthet är slutsatsen att med värde avses i detta avgränsade sammanhang vanligtvis möjligheten att vid en eventuell realisation av resurserna hitta en köpare som är beredd att betala ett visst pris. Frågan är om detta uppskattade pris är tillräckligt högt för att motivera en viss kredit. Slutsatsen att värdering i kreditsäkerhetssammanhang först och främst handlar om möjligheten att bedöma hur stora möjligheterna är att sälja resurserna i fråga för ett visst pris leder hursomhelst till konstaterandet att de flesta av de mer eller mindre esoteriska värderingsmetoder för intellektuella resurser som florerar på marknaden är av sekundärt intresse för en kreditgivare som I-Capital. Av intresse är också att analysen av värderingsproblematiken ytterligare förstärker bilden av och

fördjupar förståelsen för intellektuella resurser som kontextberoende och komplexa resurser.

Mot bakgrund av resultaten i del 2 återvänder vi i den följande tredje delen av undersökningen till lösningarna i de traditionella rättskällorna. Syftet är att undersöka *hur förutsättningarna att utnyttja komplexa och kontextberoende intellektuella resurser som kreditsäkerhet ter sig mot bakgrund av de lösningar som återfinns i de traditionella rättskällorna?*

### **1.1.3 Om del 3, där de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet analyseras**

I undersökningens tredje del analyseras förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av det traditionella rättskällematerialet. Det handlar här framförallt om lösningar och argument hämtade från källor som lag, förarbeten, rättspraxis och juridisk litteratur. Frågan är *hur förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet ter sig mot bakgrund av de relevanta lösningarna i det traditionella rättskällematerialet?* Det handlar här både om att analysera etablerade krediträttsliga verktyg som pantsättning av patent och varumärken och de mer övergripande föreställningar om sak- och immaterialrätt som i huvudsak återfinns i den juridiska litteraturen.

I korthet kan den övergripande slutsatsen i del 3 sammanfattas som att både de etablerade krediträttsliga verktygen och de gängse föreställningarna om sak- och immaterialrätt nästan uteslutande är inriktade på hantering av immateriella rättigheter som sådana. Det resurs- och relationsperspektiv som är nödvändigt för att hantera transaktioner baserade på överföring av intellektuella resurser saknas nästintill fullständigt. Mot bakgrund av att intresset för hantering av intellektuella resurser och förståelsen av dessa resursers funktion inom ramen för den värdeskapande processen är relativt nytt, så är detta givetvis inte på något sätt förvånande. Inte desto mindre är det ett mycket betydelsefullt konstaterande. En konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste snarare än ett snävt rättighetsperspektiv bygga på ett bredare resursperspektiv.

Det jag metodologiskt sett gör i del 3 är att analysera det traditionella rättsvetenskapliga källematerialet mot bakgrund av de förutsättningar som presenterats i del 1 och del 2. Framställningstekniskt hanteras detta genom att rättskällematerialets lösningar genomgående analyseras mot bakgrund av beskrivningen av TDA och I-Capital och den transaktion som dessa subjekt önskar genomföra. Det handlar dels om att identifiera och analysera de relevanta specifika lösningar som framträder i detta material och dels om att identifiera och analysera eventuella övergripande mönster och tendenser som kan urskiljas i den sak- och immaterialrättsliga argumentationen. Jag är alltså inte ute efter att



fastställa gällande rätt.<sup>19</sup> Snarare vill jag i denna tredje del analysera de juridiska konstruktionernas och den juridiska argumentationens funktion i relation till de för undersökningens huvudtema relevanta samhälleliga och praktiska överväganden som presenteras i del 1 och del 2. Resultaten av analysen i undersökningens tredje del är i korthet de följande.

För det första kan det konstateras att det traditionella rättskällematerialet är tunnsått. Regler om pantsättning av patent respektive varumärken återfinns i 12 kap. patentlagen respektive 34 a-j §§ varumärkeslagen. I övrigt anses det vara oklart huruvida övriga immateriella rättigheter skall kunna pantsättas överhuvudtaget. Som ett resultat av oklarheten har säkerhetsöverlåtelse kommit att bli något av ett standardverktyg, inte minst för utnyttjande av upphovsrätter som kreditsäkerhet. Det finns i övrigt endast ett fåtal spridda lagregler som behandlar det slag av sak- och immaterialrättsliga frågor som kan bli aktuella i samband med överlåtelse och andra typer av förfoganden över immateriella rättigheter. Antalet rättsfall från Högsta domstolen som direkt behandlar sak- och immaterialrättsliga frågor kan räknas på ena handens fingrar. Som ett resultat har de sak- och immaterialrättsliga lösningarna i huvudsak utvecklats i den juridiska litteraturen. Lösningarna bygger i stort sett på att de immateriella rättigheterna förs in i de traditionella sakrättsliga modellerna. De immateriella rättigheterna betraktas i allmänhet som ett särskilt slag av lös egendom. Det finns även en klar tendens att betrakta de immateriella rättigheterna som förmögenhetsobjekt vilka befinner sig i äganderättens och egendomens gränsländ. Intellectuella resurser som faller utanför de immateriella rättigheternas ram (till exempel icke immaterialrättsligt skyddad teknisk know-how) tenderar att betraktas som någonting annat än egendom och därmed som resurser för vilka sakrättsligt skydd inte är möjligt. Som vi kommer att se i del 2 kan en sådan dikotomi mellan egendom och icke egendom antas utgöra ett hinder i vägen för konstruktiva lösningar på kreditsäkerhetsproblematiken, samt även på det sak- och immaterialrättsliga området i stort. De intellektuella resurserna är nämligen i praktiken ofta komplexa och kontextuellt beroende. Ett patent, till exempel, utgör inte sällan endast ett av flera element i den sammansatta resursmassa som i realiteten utgör den värdeskapande resursen.

De sak- och immaterialrättsliga lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet är för övrigt inte heller särskilt väl ägnade att befördra transaktioner som endast omfattar immateriella rättigheter som sådana. Vid pantsättning av patent och varumärken erhåller panthavaren visserligen skydd mot pantsättarens borgenärer, senare förvärvare av grundrättigheten samt

---

<sup>19</sup> Att jag ändå talar om rättskällematerial på denna nivå är alltså inte en värderande utsaga om att samtliga lösningar som återfinns i, eller tolkningar som baseras på innehållet i, detta material nödvändigtvis bör ges företräde vid lösningen av de problem som jag behandlar. Mot bakgrund av en ständigt pågående och snabb teknologisk utveckling samt förhoppningsvis också en kontinuerligt ökad kunskap om hur intellektuella resurser faktiskt fungerar framstår det ju tvärtom som särskilt viktigt att ständigt vara öppen för nya argument på det sak- och immaterialrättsliga området.

senare licenstagare redan i samband med ansökan om registrering. Gentemot äldre anspråk på förvärv eller licens (även oregistrerade, okända sådana) kan panthavaren dock inte uppnå sakrättsligt skydd. Panthavaren kan heller inte skydda sig mot pantsättarens avsaknad av giltigt anspråk på rättigheten. Godtrosförvärv är alltså inte möjligt enligt reglerna om pantsättning i patent respektive varumärkeslagen. Övriga immateriella rättigheter omfattas som sagt inte av några särskilda regler om pantsättning, vilket har lett till att det har ansetts vara oklart huruvida exempelvis upphovsrätter överhuvudtaget skall kunna pantsättas med sakrättslig verkan. Resultatet har blivit att säkerhetsöverlåtelse har utvecklats till något av ett standardverktyg för utnyttjandet av den här typen av immateriella rättigheter som kreditsäkerhet. Överlåtelseformen är dock långtifrån riskfri för förvärvaren. Några exempel: Det anses inte vara möjligt att godtrosförvärva immateriella rättigheter eftersom "det saknas ett legitimerande moment motsvarande besittning". Delvis under påverkan av 1 kap 5 § handelsbalken – den gamla principen "äldst rätt vinner" – anses det inte finnas någon möjlighet för senare förvärvare att försäkra sig om prioritet mot tidigare okända anspråk på förvärv. Senare förvärvare förlorar alltid mot en tidigare. Immaterialrättsförvärvare anses visserligen få borgenärsskydd redan genom avtalet. Detta är "ofrånkomligt" när man laborerar endast med de traditionella sakrättsliga momenten, men knappast en optimal ordning. Det anses vidare vara oklart om en överlåtare skall ges separationsrätt utan förbehåll, frågan anses vara vad besittningsrequisitet i 54 § 4 st., köplagen skall betyda i immaterialrättsliga sammanhang. Motsvarande svagheter kan räknas upp för immaterialrättslicenser. Vid konkurrens mellan licensanspråk är den dominerande uppfattningen att "äldst rätt vinner". I förhållande till en förvärvare av grundrättigheten befinner sig licenstagaren i en än mer osäker position. I detta fall är det föreställningen om nyttjanderätt som en svag sakrätt – i denna specifika situation i form av den gamla principen "köp bryter legostämman" – som dyker upp och skapar osäkerhet. Föreställningen om nyttjanderätten till lös egendom som en svag sakrätt skapar också osäkerhet i samband med immaterialrättslicensgivarens konkurs. Immaterialrättslicenstagare kan alltså inte vara säkra på att få borgenärsskydd.

De etablerade rättsliga verktygen och de lösningar som vi finner i de traditionella rättskällorna behöver alltså utvecklas redan för att möjliggöra ett utökat utnyttjande av *immateriella rättigheter* som kreditsäkerhet. En säkerställd kreditgivare måste ges möjlighet att uppnå en högre grad av trygghet än vad som är fallet i nuläget. En uppenbar möjlighet att öka tryggheten vore att införa ett samlat och mer komplett immaterialrättsregister. Som vi kommer att se i del 4 skulle ett sådant register emellertid endast utgöra ett steg på vägen mot ett verkligt effektivt utnyttjande av *intellektuella resurser* som kreditsäkerhet.

Detta om de konkreta resultaten av analysen i del 3. I det följande skall något sägas om de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för analysen i denna del.

### 1.1.3.1 Något om de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för analysen i del 3

Att det inte är möjligt att fullkomligt objektivt beskriva varken samhälleliga eller några andra typer av fenomen har berörts ovan.<sup>20</sup> Analysen av de rättsliga konstruktionerna och den rättsliga argumentationen omfattas givetvis av samma begränsning. Även i detta fall är det omöjligt att ge en helt och hållet objektiv bild av undersökningsobjektet. Även om jag har försökt att inte låta beskrivningen av de gängse sak- och immaterialrättsliga utgångspunkterna i tredje avdelningen styras av mina egna förutfattade meningar och värderingar, så har jag alltså inte helt och hållet lyckats med detta. Beskrivningen av enskilda lösningar såväl som mer övergripande mönster och tendenser i den sak- och immaterialrättsliga diskussionen är naturligtvis beroende av min subjektsberoende tolkning av underlaget. Eftersom det inte finns något helt fristående och självständigt existerande objekt att observera (rätten präglas ju onekligen av en ständigt pågående förändringsprocess, vissa väljer att tala om en ständig dekonstruktions- och rekonstruktionsprocess) deltar jag givetvis även i viss utsträckning i konstruktionen av dessa mönster och tendenser.<sup>21</sup> Detta är ofrånkomligt om man vill bidra med ny kunskap och föra den rättsvetenskapliga forskningsfronten framåt, något som jag naturligtvis har ambitionen att göra inom ramen för denna undersökning.

För övrigt kan det framhållas att det måste uppfattas som en angelägen uppgift att inom ramen för den rättsvetenskapliga analysen intressera sig för sådant som övergripande samhälleliga och ideologiska förhållanden, praktiska förutsättningar, funktioner samt intresse- och värdeanalys. Avgörande inspirationskällor för denna undersökning har varit arbeten som Jörgen Dalberg-Larsens *Pragmatisk rättsteori*, Mats Glavås och Ulf Petrussons *Illusionen om rätten* samt Thomas Wilhelmssons *Social civilrätt* och *Senmodern ansvarsrätt*.<sup>22</sup> Dessa arbeten betonar alla, på delvis olika sätt, betydelsen av att den rättsvetenskapliga analysen kopplas till en bredare samhällsanalys, samt rättsvetarens ansvar att försöka bidra till en positiv samhällsutveckling.<sup>23</sup> Att det handlar just om inspirationskällor skall betonas. I denna undersökning tillämpas inte någon särskild pragmatisk, socialkonstruktivistisk, "socialcivilrättslig" eller "postmodernistisk" metod. Den metod som tillämpas i denna undersökning kan snarast betecknas som en förhållandevis okomplicerad och rättfram funktionell

---

<sup>20</sup> Se avsnitt 1.1.1.

<sup>21</sup> Detta kan ses som ett givet tema i en socialkonstruktivistisk förståelse av rätten som bland annat betonar just juristens deltagande i konstruktionen av rätten och därmed också det ofrånkomliga individuella ansvaret. (Se vidare Glavå & Petrusson 2002.)

<sup>22</sup> Se Dalberg-Larsen 1999; Glavå & Petrusson 2002; Wilhelmsson 1986 samt 2001.

<sup>23</sup> Det sistnämnda fordrar givetvis alltid ett visst mått av klargörande. Vilken är den positiva utveckling som man som rättsvetare vill bidra till med sin analys? Den undersökning av kreditsäkerhetsproblematikens samhälleliga och ideologiska förutsättningar som genomförs i denna undersökningens första steg kan ses som ett sådant klargörande.

och konstruktiv metod där den samhällsliga och praktiska kontextualiseringen av de rättsliga problemen spelar en framträdande roll.

Värdet av att på olika sätt kontextualisera den rättsvetenskapliga analysen har för övrigt inte bara framhållits av dem som har fört fram (ofta enligt egen utsago) alternativa och kritiska rättsvetenskapliga perspektiv. Även inom ramen för det som måste ses som den etablerade huvudfåran av svensk och nordisk förmögenhetsrättslig forskning har intresset av att på olika sätt vidga den rättsvetenskapliga analysen kommit till klart uttryck. Nedan följer några kortfattade exempel som illustrerar hur forskare i denna etablerade huvudfåra har betraktat sin verksamhet.

Kurt Grönfors intresse för de rättsliga konstruktionernas funktion i förhållande till de underliggande praktiska förutsättningarna är i det närmaste legendariskt. Om avtalslagen hade Grönfors exempelvis följande att säga: "Denna lagens bundenhet vid sedan länge passerade avtalsteorier och samhällsförhållanden måste man ha i minnet när man tillämpar lagen på dagens förhållanden. Vad beträffar avtalsdoktrinen kan man därvid gå tillväga på två olika sätt. Det ena är att hela tiden se lagtexten som ett uttryck för lagskrivarnas föreställningsvärld och tolka både den och dagens aktuella tillstånd i belysning därav, så att säga läsa "inifrån lagtexten". Det andra sättet är att *läsa lagtexten utifrån, så långt möjligt befriad från sin föråldrade dogmatiska bakgrund och "rakt" i ljuset av dagens förhållanden*. Det är den senare vägen som följs i denna kommentar. [...] Vad beträffar tidsbundenheten blir uppgiften för dagens jurister i båda fallen att ta sin utgångspunkt i dagens tekniska och kommersiella verklighet för att på bästa sätt anpassa den gamla lagtexten till nutidens förhållanden. När reglerna på det här rekommenderade sättet uppfattas "neutralt" i förhållande till sekelskiftets avtalsdogmer, blir den tidsmässiga anpassningen lättare att genomföra; man slipper då sådant motstånd som en annan tids idévärld kan erbjuda och kan istället hämta ledning direkt i dagens behov och förutsättningar."<sup>24</sup>

Även Jan Hellner framhöll att sådant som funktionsanalyser och ändamålsöverbäganden (i form av intresseavvägningar och konsekvensanalyser) var en del av hans positivistiska rättsvetenskapliga metod.<sup>25</sup> Hellner beskrev denna metod som "den rättsvetenskapliga metodinriktning som såvitt det är möjligt hämtar *vägledning i lag förarbeten och prejudikat* samt i *rättens konsekvenser för samhällslivet*".<sup>26</sup> Hellner menade för övrigt att han alls inte såg

---

<sup>24</sup> Se Grönfors (medv. Dotevall) 1995, s. 28.

<sup>25</sup> Se Hellner 1997, s. 353 om ställningstagandet för en viss typ av rättspositivism.

<sup>26</sup> Se Hellner 2001, s. 125. Se även Hellner 2001, s. 207ff. om ändamålsargumentens betydelse. Hellners åsikt om dessa arguments potentiella tyngd är intressant. I varje fall när ett funktionsargument framstår som övertygande i meningen att *en rättsregels funktion* framstår som klar hade Hellner inga problem med att tillskriva ett sådant argument en mycket hög prioritet: "Funktioner hos rättsreglerna som kan fastställas med någon säkerhet utmärker sig från metodsynpunkt genom att de bör kunna åberopas av rättsvetenskapen även mot den klara ordalydelsen i ett lagstadgande. De ger med andra ord stöd för s k *reduktionsslut*, vilket eljest av

som sin huvuduppgift att fastställa gällande rätt, något som han menade riskerade att leda till alltför snäva ramar för den rättsvetenskapliga forskningen. Det var snarast en uppfattning som andra hade om det han gjorde. Problemet med att använda "fastställandet av gällande rätt" som ledstjärna för rättsvetenskapen var enligt Hellner att det riskerar att "lägga ovidkommande band på den vetenskapliga verksamheten".<sup>27</sup> Hellner var av i princip samma skäl också kritisk till användandet av begreppet rättskälla.<sup>28</sup> Hellner menade slutligen även att rättsdogmatik knappast var en särskilt lämplig beteckning på det han såg som god rättsvetenskap. Beskrivningen av rättsvetenskaplig verksamhet som dogmatik kunde enligt Hellner lätta leda tankarna till "teologi och utläggning av en troslära, vilket inte kan vara lämpligt för rättsvetenskap".<sup>29</sup>

Vidare har Anders Agell pläderat för en konstruktiv rättsvetenskap där analysen av reglers samhällliga funktion utgör en viktig uppgift: "Den centrala uppgiften för rättsvetenskapsmannens verksamhet bör [...] avse sambandet mellan grundläggande regler och deras samhällliga funktion, sambandet mellan olika regler inbördes samt ändamålsenligheten i den använda begrepps-bildningen."<sup>30</sup> För att göra analysen av de juridiska konstruktionernas samhäll-  
liga funktion mer fullständig kan denna analys enligt Agell med fördel belysas ur olika perspektiv, till exempel historiska, ekonomiska eller sociologiska sådana.<sup>31</sup> Även Agell vände sig för övrigt mot uppfattningen att fastställandet av gällande utgör rättsvetenskapens enda mål, och om begreppet rättsdogmatik ansåg även han att det gav en felaktig bild av vad god rättsvetenskap är.<sup>32</sup>

Viljan att arbeta med den här typen av rättsvetenskapliga perspektiv förefaller också att vara fortsatt stark.<sup>33</sup> Claes Sandgren har beskrivit hur det under de senare decennierna har växt fram en (med Sandgrens ord) *rättsanalytisk form* för det rättsvetenskapliga arbetet: "Den rättsliga analysen görs med användning av inte bara det traditionella rättskällematerialet utan

---

många andra jurister betraktas med misstroende". (Se a.a., s. 209.) Hellner framhöll för övrigt att "en analys av ändamålsargumenten ofta [är] avgörande för en undersöknings kvalitet." (Se a.a.)

<sup>27</sup> Se Hellner 1997, s. 362: "Jag undviker att som rättsvetenskapens uppgift dekretera att den skall skildra och analysera 'gällande rätt', trots att säkerligen många skulle säga att det är just vad jag gör. Det är enligt min mening onödigt, och om begreppet tas på allvar ägnat att lägga ovidkommande band på den vetenskapliga verksamheten, att som metodisk ledstjärna välja en begreppsbestämning av detta slag.[n] Det är enklare att mera direkt bestämma vad man vill skriva om än att gå omvägen att först bestämma ett begrepp 'gällande rätt' och sedan låta denna bestämning vara grunden för uppläggningsen av en undersökning."

<sup>28</sup> Se a.a.

<sup>29</sup> Se Hellner 2001, s. 23. Exakt vad rättsdogmatiken är för någonting (eller kanske snarare, hur den bäst skall beskrivas) kan givetvis diskuteras. (Se vidare kapitel 21.)

<sup>30</sup> Se Agell 1997, s. 43.

<sup>31</sup> Se a.a.

<sup>32</sup> Se a.a., s. 37ff. (om gällande rätt) och s. 46 (om rättsdogmatik).

<sup>33</sup> Lindskog har för övrigt framhållit betydelsen av samhällsperspektiv och ändamålsskäl även i den dömande verksamheten, och då särskilt i Högsta domstolen. Lindskog framhåller bland annat att "en domare alltid måste sätta den tvist han har för ögonen i ett samhällligt perspektiv. Detta gäller särskilt för HD:s verksamhet. Endast med ett initierat samhällsperspektiv på den fråga som skall lösas kan domstolen finna och rätt värdera de ändamålsskäl som så ofta bör vara bestämmande för vilken väg som väljs". (Se Lindskog 2002/03, s. 79-80.)

även av rättsprinciper, utländsk rätt, formulärrätt, beslut av justitiekanslern, och justitieombudsmannen, administrativ praxis, cirkulär och andra föreskrifter, ekonomiska och feministiska argument, ändamålssynpunkter, 'lämplighetsargument', konsekvensresonemang, den sociopolitiska kontexten, intervjuer och observationer. Härtill kommer att analysen har stora inslag av kritisk granskning, resonemang de lege ferenda och andra rättspolitiska argument. Visserligen råder ett ideal att man bör hålla dessa bägge isär, men det är görligt främst i de fall som det finns material och rättsläget är ganska klart; i den mån som författaren tar sig an svårare frågor – och materialet kanske är knapphändigt – glider de bägge typerna av analys delvis samman. Doktrinen huvuduppgift i det beskrivna läget blir att kartlägga och systematisera, att analysera rätten snarare än att «fastställa gällande rätt», att sätta in rätten i sitt sammanhang, att bedöma konsekvenserna av olika lösningar, att kritiskt granska rätten och att utveckla denna.”<sup>34</sup>

Efter att i del 1 och 2 ha analyserat förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av den samhälleliga och ideologiska kontexten, de intellektuella resursernas praktiska funktion och i del 3 mot bakgrund av de relevanta lösningarna i det traditionella rättskällematerialet, så är det dags att i del 4 ge ett förslag på hur intellektuella resurser i högre utsträckning skulle kunna utnyttjas som kreditsäkerhet. Del 4 handlar alltså om att presentera en konstruktiv modell för utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

#### **1.1.4 Om del 4, där en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet presenteras**

Den fjärde och sista delen går ut på att analysera förutsättningarna för att konstruera en ny och bättre modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Modellen bygger på de resultat som har genererats i de tre tidigare delarna.

I korthet går modellen ut på att effektiv paketering av intellektuella resurser skall stödjas. Att paketering skall stödjas skall inte förväxlas med att de rättsliga konstruktionerna skall väga upp bristfällig paketering. En effektiv och väl anpassad praktisk hantering av intellektuella resurser är en grundläggande förutsättning för ett framgångsrikt utnyttjande av den här typen av resurser som kreditsäkerhet. Paketeringen går som sagt, förenklat och i korthet, ut på att genom identifiering, strukturering, kodifiering och relationshantering skapa förutsättningar för kontroll och överförbarhet. Detta kan och bör inte kompenseras av rättsliga konstruktioner. Detta förhållningssätt till paketering skulle kunna sammanfattas som att modellen samtidigt som den stödjer paketering också kräver att det verkligen föreligger en effektiv sådan. Om

---

<sup>34</sup> Se Sandgren 2007, s. 403-404.

parterna inte har genomfört en effektiv paketering riskerar ett rättsligt skydd för kreditgivarens anspråk att bli direkt kontraproduktivt. Kredittagarens konkursbo kan i värsta fall förhindras att förfoga över resurserna samtidigt som kreditgivaren saknar reell möjlighet att överföra resurserna till en köpare. Resultatet kan bli en poänglös och värdeförstörande inlåsning av resurser. Med en effektiv paketering i botten finns det däremot en klar poäng med ett väl avvägt och begränsat skydd för kreditgivarens anspråk. För att skapa trygghet och säkerhet bör det krävas registrering för att anspråket skall ges prioritet.

Med ett nätbaserat så kallat "notice filing" system kan registreringsystemet bli säkert, billigt och lätthanterligt. Registrering bör i första hand ge borgenärsskydd. Förutsatt att paketeringen är effektiv medför en registrering alltså att kredittagarens konkursbo inte har rätt att förfoga över de intellektuella resurser som omfattas av registreringen. Det bör inte ställas alltför höga krav på att registreringen beskriver alla delar av de paketerade resurserna i detalj. Samtidigt måste det vara möjligt att sluta sig till vilken typ av resurser det är fråga om. Frågan om skyddet bör omfatta mer än borgenärsskydd är delikat. Det finns mycket som talar mot ett mer omfattande skydd för de paketerade resurserna som helhet. För det första kan det finnas en mängd legitima anledningar att överföra kunskap och information till tredje man. För det andra finns det en risk att ett mer omfattande sakrättsligt skydd kan utnyttjas för att skapa positioner som kan liknas vid en "erga omnes" kontroll över intellektuella resurser. Detta är som sagt något som bör motverkas. Däremot är det av vikt att sekretessklausuler och konkurrensklausuler kan åberopas av kreditgivaren och en köpare av resurspanketet på samma sätt som kredittagaren skulle ha kunnat åberopa dessa.

Inom ramen för ett effektivt registreringsystem skulle i och för sig ett mer omfattande sakrättsligt skydd vara tänkbart för de mer "synliga" resurserna – det vill säga de registreringsbaserade immaterialrätterna och immaterialrättslicenserna. Samtidigt finns det resurser för vilka någon ensidig kontroll överhuvudtaget inte bör vara möjlig att uppnå. Detta gäller framförallt ömsesidiga kontraktuella relationer som även inom ramen för en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör kräva motpartens samtycke för överföring.

En modell av detta slag möjliggör hursomhelst en graderad "objektsstatus" för olika intellektuella resurser. Från den hårda kärnan av registreringsbaserade immateriella rättigheter, där registreringen möjligtvis (om registreringsystemet är tillräckligt pålitligt) kan leda till fullt sakrättsligt skydd, till mjukare delar som kodifierad know-how för vilka det är möjligt att uppnå borgenärsskydd och möjligtvis ett begränsat omsättningsskydd, för att slutligen omfatta "verkligt mjuka" resurselement, som ömsesidiga kontraktuella relationer, vilka endast är möjliga att överföra med motpartens samtycke.

### **1.1.5 Om del 5, där de teoretiska och metodologiska förutsättningarna för undersökningen utvecklas**

I denna undersöknings femte del utvecklas undersökningens teoretiska och metodologiska utgångspunkter. Syftet är att visa hur det funktionella och konstruktiva tillvägagångssätt som tillämpas i denna undersökning har inspirerats av och anknyter till rättsvetenskapliga teorier och synsätt som pragmatisk rättsteori, social civilrätt, rättskonstruktivism och polycentrism. Alla olikheter till trots har dessa teorier och synsätt det gemensamt att de alla betonar rättens reella brist på enhet och betydelsen av att analysera rättsliga problem i ett bredare samhälleligt perspektiv. Del 5 inkluderar också en presentation av grunderna för det sakrättsfunktionella tänkande som har varit dominerande i Sverige och övriga Norden i närmare 100 år. Detta tänkande går i korthet ut på ett avståndstagande från enhetslösningar och "rättighetsformalism" i syfte att möjliggöra lösningar som i högre grad är anpassade till praktiska behov. En förståelse för det sakrättsfunktionella tänkandet underlättar inte minst förståelsen av den konstruktiva modell som presenteras i del 4.

Det skall betonas att undersökningens femte del är tänkt att utgöra just en utvecklande teoretisk och metodologisk utläggning. Läsaren bör redan genom att ha tagit del av denna inledande och sammanfattande beskrivning av undersökningens fem delar ha fått en i och för sig tillräckligt klar och tydlig bild av varför undersökningen genomförs, den rättsvetenskapliga relevansen, det faktiska genomförandet samt de teoretiska och metodologiska grunderna för detta genomförande. Det som återstår innan det är dags att påbörja den egentliga undersökningen är således att presentera det rättsvetenskapliga forskningsläget och därmed också det övergripande mönstret i det traditionella rättskällematerialet.





## 2 Det rättsvetenskapliga forskningsläget och det övergripande mönstret i det traditionella rättskällematerialet

Temat intellektuella resurser som kreditsäkerhet har hittills inte tilldragit sig någon större rättsvetenskaplig uppmärksamhet. Detsamma kan sägas om sak- och immaterialrättsliga frågor överhuvudtaget – det vill säga frågor som har med immaterialrätt och tredjemansskydd att göra.<sup>35</sup> Möllers *Immaterialrätter och konkurs – en översiktlig karta* från 1997 och Persson, Levin & Wolks (red.) *Immaterialrätt och sakrätt* från 2002 utgör de hittills enda svenska sak- och immaterialrättsliga framställningarna med en mer heltäckande ambition. I det senare av dessa båda verk behandlas också reglerna om pantsättning av patent

---

<sup>35</sup> Att sakrättsliga frågor är av stor betydelse i kreditsäkerhetssammanhang är givet. Utan sakrättsligt skydd mot i varje fall gäldenärens borgenärer skulle, som Helander framhåller, de flesta säkerhetsrätter vara tämligen värdelösa: "Det är tydligt att de sakrättsliga spörsmålen tilldrar sig stort intresse då det gäller säkerhetsrätter, ty en säkerhetsrätt som icke har något skydd mot tredje man är det icke mycket glädje med. I synnerhet är det viktigt för en säkerhetsrätts funktion att den säkerställda borgenären kan räkna med att hans rätt att är skyddad mot gäldenärens övriga borgenärer vid utmätning eller konkurs. Skyddet mot utmätning- och konkursborgenärerna är så centralt att en säkerhetsrätt kan vara värdefull för en säkerställd borgenär även om hans sakrättsliga skydd är begränsat till detta och samtidigt kan den säkerhetsrätt som saknar detta skydd sägas vara skäligen värdelös." (Se Helander 1985, s. 22-23.) En grundläggande distinktion som brukar framhållas i sakrättsliga sammanhang är den mellan dynamisk och statisk sakrätt. Den dynamiska sakrättsproblematiken är den oftast transaktionsrelaterade problematik som i första hand förknippas med det akademiska ämnet sakrätt. Den statiska sakrätten handlar inte om prioritetsproblem, det vill säga problem som har att göra med konkurrerande anspråk mot samma förmögenhetsobjekt. Den statiska sakrätten handlar istället om hur förmögenhetsobjekt får och inte får användas av dem som har en icke-ifrågasatt rätt till dessa, och vilket skydd dessa innehavare har mot angrepp som riktas mot förmögenhetsobjekten. Håstad uttrycker det som att statisk sakrätt handlar om "de regler som beskriver vad som gäller om en sakrätt – i romerskrättslig mening – när denna befinner sig i *viloläge*". (Se Håstad 1996, s. 18.) I denna undersökning behandlas i första hand dynamiska sakrättsfrågor. I samband med att sakrättsbegreppet, i meningen akademiskt ämne och rättsområde såväl som specifikt juridiskt-tekniskt verktyg, diskuteras är det också på sin plats att framhålla att sakrätt inte uteslutande handlar om rätt till saker, utan om tredjemansskydd i vidare mening. Det sakrättsliga grundproblemet är alltså frågan huruvida ett visst anspråk skall prioriteras i förhållande till konkurrerande anspråk från tredje man på motpartens sida. Så har det inte alltid varit. Håstad beskriver hur det tidiga germanska sakrättsbegreppet skiljde sig från det romerskrättsliga. (Se a.a., s. 15.) Det förra användes endast för att beteckna rättigheter vars objekt utgjordes av fasta eller lösa saker, det senare betecknade alla rättigheter som kunde göras gällande mot tredje man. Om det sakrättsbegrepp som numera är det gängse i den svenska sakrättsliga diskussionen framhåller Håstad att det från Hesslers *Allmän sakrätt* (1973) har blivit "vanligt att inom sakrätten behandla *alla slags rättigheter* – även nyttjanderätter och fordringsrätter – och att därvid undersöka *i vad mån rättigheten har skydd mot konkurrerande anspråk från tredje man på motpartens sida*.[n] Den juridiska disciplinen sakrätt refererar då inte till vissa rättigheter utan till ett *problem* som finns vid alla rättigheter". (Se Håstad 1996, s. 16.) Håstad framhåller vidare att: "Detta angreppssätt är ägnat att belysa att indelningen i sakrätter och obligationsrätter inte är låst för all framtid[not utelämnad] utan att också rättigheter som traditionellt ansetts inte utgöra sakrätter kan vara eller bör bli utrustade med visst tredjemansskydd.[n]" (Se a.a.)

och varumärken mer i detalj.<sup>36</sup> En mer detaljerad behandling av pantsättning av patent och varumärken återfinns även i Walins *Panträtt* från 1998 (2 uppl.). I övrigt återfinns kortfattade uttalanden om olika sak- och immaterialrättsliga problem i ett antal standardverk och läroböcker i såväl sakrätt som immaterialrätt. Sak- och immaterialrättsliga frågeställningar berörs kortfattat i bland annat Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgrens *Immaterialrätt* från 2009 (11 uppl.), Helanders *Kreditsäkerhet i lös egendom* från 1984, Hesslers *Allmän sakrätt* från 1974, Håstads *Sakrätt avseende lös egendom* från 1996 (6 uppl.), Levins *Lärobok i immaterialrätt* från 2007 (9 uppl.), Rodhes *Handbok i sakrätt* från 1985 och ovan redan nämnda Walins *Panträtt* från 1998 (2 uppl.). Även i övriga nordiska länder förefaller behandlingen av sak- och immaterialrättsliga frågor vara i huvudsak fragmentarisk och mer heltäckande framställningar följaktligen saknas.

Rättsvetenskapens i huvudsak fragmentariska behandling av sak- och immaterialrättsliga frågor till trots, så är det ändå i den juridiska litteraturen som de sak- och immaterialrättsliga lösningarna huvudsakligen har utvecklats. Det övriga traditionella rättskällematerialet är mycket knapphändigt. Det finns endast ett fåtal lagregler som specifikt behandlar sak- och immaterialrättsliga frågor. Dessa lagregler återfinns i första hand i de olika immaterialrättsliga lagarna. De mest utförliga lagreglerna med specifik sak- och immaterialrättslig relevans handlar faktiskt om immateriella rättigheter som kreditsäkerhet. Pantsättning av patent behandlas i 12 kap patentlagen och pantsättning av varumärken i 34 a-j §§ varumärkeslagen. Antalet rättsfall från Högsta domstolen som direkt berör sak- och immaterialrättsliga frågor är få. I NJA 1966 s 241 och NJA 2005 s 510 behandlades frågan om upphovsrätt och lagerexemplar i konkurs. NJA 2009 s 695 kom att handla om dubbelförfogande över formgivar rätt. I ett särskilt yttrande till NJA 2008 s 684 uttalade sig Håstad i förbigående om immaterialrättsförvärvares borgenärsskydd.

Det traditionella rättskällematerialet må vara knapphändigt och outvecklat – det har varit mer regel än undantag att de som har ägnat sig åt sak- och immaterialrättsliga frågor har framhållit att området i hög grad kännetecknas av vaghet och osäkerhet –<sup>37</sup> inte desto mindre uppvisar detta material ett tydligt

---

<sup>36</sup> Se Persson, Levin & Wolk 2002, kap. IV. I a.a. kapitel VI behandlas även pantsättning av formgivning.

<sup>37</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 294: "[...] det råder betydande osäkerhet om vad som gäller för immaterialrätterna på det sakrättsliga området"; Folkesson 2007, s. 126: "I vissa rörelsedrivande företag kan varumärkesrätter, patent, upphovsrättsliga royaltyn, firmarätter eller andra immateriella ensamrätter vara de största och viktigaste tillgångarna. Det råder stor osäkerhet om vad som gäller för sådana tillgångar om företaget går i konkurs. [...] Jag anser att det är svårt att harmoniera obeståndsrätt med immaterialrätt. Mellan de jurister som arbetar inom respektive område råder också någon slags märklig 'språkbarriär'. Juristerna är rädda för att 'trampa in' på varandras specialområde. I obeståndslitteraturen är immaterialrätten mestadels styvmoderligt behandlad och det omvända gäller förhållandet i den immaterialrättsliga litteraturen"; Levin 2007, s. 470: "Den ökade medvetenheten om immaterialrätters ekonomiska värden gör att intresset för dem som pantobjekt och tillgångar i konkurser har ökat. Det skapar många frågetecken, eftersom immaterialrätters speciella

övergripande mönster: De immateriella rättigheterna framträder som förmögenhetsobjekt vilka huvudsakligen hanteras inom ramen för den befintliga sakrättsliga grundstrukturen.

## ***2.1 Det övergripande mönstret – de immateriella rättigheterna behandlas som förmögenhetsobjekt inom ramen för den befintliga sakrättsliga grundstrukturen***

Den absoluta majoriteten av de hittillsvarande beskrivningarna av sak- och immaterialrättsliga problem utgår från synen på de immateriella rättigheterna som avgränsade förmögenhetsobjekt – en speciell form av lös egendom. De immaterialrättsliga förmögenhetsobjekten placeras sedan in i de traditionella sakrättsliga modellerna. Sak- och immaterialrätten har alltså hittills handlat om frågor som immaterialrättsförvärvarens borgenärsskydd, immaterialrätts-säljarens separationsrätt (det vill säga – med den terminologi som tillämpas i denna undersökning: immaterialrätts-säljarens möjligheter att häva med sakrättslig verkan), immaterialrättsförvärvarens skydd mot konkurrerande förvärvare samt frågan om godtrosvärv av immateriella rättigheter.<sup>38</sup>

### **2.1.1 Borgenärsskydd**

Utgångspunkten för de befintliga sak- och immaterialrättsliga beskrivningarna är som sagt att de immateriella rättigheterna är att betrakta som förmögenhetsobjekt som kan vara föremål för sedvanliga förfoganden som överlåtelse och upplåtelse. Frågan om borgenärsskydd uppkommer när överlåtaren eller upplåtaren drabbas av utmätning eller går i konkurs och är i grunden en fråga

---

egenskaper gör att de inte heller sakrättsligt kan likställas med annan egendom. Sådana frågor har endast utretts i begränsad utsträckning, och hanteringen kräver särskilda överväganden och insikter i både det immaterialrättsliga och det sakrättsliga systemet”; Martinson 2006, s. 22: ”Beträffande immaterialrätter finns det anledning att påpeka att de sakrättsliga strukturerna inte nödvändigtvis passar. Att t ex tala om äganderätt till en immaterialrätt kan skapa följdföreställningar som passar dåligt med det faktum att en immaterialrätt snarast är en balans mellan olika intressen kring främst konkurrensaspekter i samhället”; Möller 1997, s. 15: ”Immateriella rättigheters ställning vid konkurs är ett omfattande ämne som rymmer en mängd praktiskt och principiellt intressanta men också svårbedömda frågor”; Persson & Wolk 2002, s. 40: ”Hur immaterialrätter skall behandlas sakrättsligt och konkursrättsligt rymmer en mängd principiellt intressanta, men även svårbedömda frågor. För det första är det osäkert vilken ställning immaterialrätterna har i t.ex. sakrättsligt avseende, eftersom lagstiftningen kring många av immaterialrätterna endast behandlar obligationsrättsliga sidor av rätten. Vidare verkar till följd av globaliseringen många immaterialrätter inte på en nationell marknad utan på en internationell, vilket försvårar överblicken av rätternas ställning till följd av olika behandling av dem i skilda rättsordningar.”

<sup>38</sup> Den sakrättsliga systematik och terminologi som tillämpas i denna undersökning bygger på Martinson 2006. Martinsons systematik går i stora drag givetvis, liksom övriga i dag i den svenska sakrättsvetenskapen tillämpade strukturer, i stora drag tillbaka på Ross och Hesslers sakrättsliga arbeten. (Se Hessler 1973 och Ross 1935. Bland moderna svenska sakrättsystematiska framställningar märks i övrigt Håstad 1996; Millqvist 2009; Rodhe 1985; Zetterström 2009.)

om prioritet. Borgenärsskyddskonflikten kan illustreras enligt följande där G representerar gäldenären, C representerar den som gör anspråket gällande och F representerar gäldenärens övriga borgenärer.

$$\begin{array}{c} G - C \\ | \\ F \end{array}$$

Gemensamt för såväl överlåtelse- som upplåtelsefallet är att diskussionen i hög utsträckning har handlat om i vilken mån de olika immateriella rättigheterna skall kunna utmätas och ingå i konkurs samt vilket av de traditionella sakrättsliga momenten som i så fall skall tillämpas.

### 2.1.1.1 Utmättnings- och konkurshinder

En första delfråga som brukar behandlas i detta sammanhang är huruvida den immateriella rättigheten i fråga överhuvudtaget skall kunna utmätas och ingå i konkurs. Det är först om så är fallet som det uppkommer en konflikt mellan den som gör anspråk på rättigheten och konkurs- eller utmätningsgäldenärens övriga borgenärer. I de immaterialrättsliga regelverken återfinns ett antal bestämmelser som syftar till att reglera utmättnings- och konkursfallen. Vissa immateriella rättigheter är i detta sammanhang mer svårhanterliga än andra.

*Upphovsrätt* är på många sätt den i obeståndssammanhang mest svårhanterliga immateriella rättigheten. Upphovsrätten omfattas av regler som kan medföra att rättigheten varken kan utmätas för upphovsrättshavarens skulder eller ingå i dennes konkurs. Enligt 42 § upphovsrättslagen kan upphovsrätten för det första inte utmätas hos upphovsmannen. Upphovsrätten kan inte heller ingå i upphovsmannens konkurs.<sup>39</sup> Enligt 28 § upphovsrättslagen krävs det, med undantag för överlåtelse i samband med den rörelse eller del av rörelse som upphovsrätten ingår i, upphovsmannens samtycke för vidareöverlåtelse av upphovsrätten. Den som förvärvat upphovsrätten har alltså inte (med angivet undantag) rätt att förfoga över rättigheten utan upphovsmannens samtycke. I det fall upphovsrätten inte kan överlåtas på grund av överlåtelseförbudet i 28 § upphovsrättslagen kan den heller inte utmätas. Enligt 5 kap 5 § utsökningsbalken får nämligen "egendom, som till följd av sin beskaffenhet, enligt föreskrift vid gåva eller i testamente eller på annan grund som gäller mot envar ej får överlåtas, [...] ej heller utmätas".<sup>40</sup> Innebörden av 5 kap. 5 § utsökningsbalken brukar formuleras som att egendom som omfattas av ett sakrättsligt giltigt överlåtelseförbud inte får utmätas. Överlåtelseförbud som följer av lag anses

<sup>39</sup> Se vidare om detta Möller 1997, s. 16-17; Persson 2008, s. 307 samt NJA II 1961, s. 275.

<sup>40</sup> Om 5 kap. 5 § utsökningsbalken se Walin, Gregow, Löfmarck, Millqvist & Persson 2009, s. 224-226.

vara sakrättsligt giltiga.<sup>41</sup> Upphovsrätt som inte kan utmätas skall inte heller ingå i förvärvarens konkurs. Enligt 3 kap. 3 § konkurslagen ingår endast egendom som kan utmätas i gäldenärens konkurs.<sup>42</sup>

*Patenträtt* anses, som den mer renodlade industriella och kommersiella rättighet den är, självklart kunna utmätas och ingå i konkurs.<sup>43</sup> Detta anses framgå indirekt av 54 § 2 st. patentlagen där det anges att patent inte får förklaras för upphört så länge som det är föremål för bland annat utmätning.

I frågan om huruvida *uppfinnarrätt*, det vill säga rätten att ansöka om patent på en uppfinning, skall kunna utmätas är uppfattningarna delade. Enligt vissa är det tveksamt om utmätning av uppfinnarrätt kan göras innan ansökan om patent har gjorts.<sup>44</sup> Andra hävdar att uppfinnarrätt både kan utmätas och ingå i konkurs.<sup>45</sup>

*Registrerat varumärke* får, efter ändring i varumärkeslagen 1995, både utmätas och ingå i konkurs.<sup>46</sup>

*Inarbetat varumärke* får enligt 34 § 5 st. varumärkeslagen inte utmätas men skall ändå ingå i varumärkeshavarens konkurs.

Varken *mönsterrätt*, *växtförädlarrätt* eller *kretsmönsterrätt* omfattas av några explicita utmätnings- eller konkurshinder. *EU-varumärke* samt *EU-mönster* förutsätts enligt varumärkesförordningen respektive mönsterskydds-förordningen både kunna utmätas och ingå i konkurs enligt nationellt förfarande.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Om överlåtelseförbuds sakrättsliga verkningar, se a.a. samt Håstad 1996, s. 449-451. Vad gäller avtalade överlåtelseförbud, så är, med hänvisning till NJA 1993 s 468 där ett överlåtelseförbud avseende fast egendom som uppställts i säljarens intresse inte medförde utmätningsförbud, den numera dominerande uppfattningen att endast benefika överlåtelseförbud skall respekteras. (Se Håstad 1996, s. 450-451 samt Walin, Gregow, Löfmarck, Millqvist & Persson 2009, s. 224-226.)

<sup>42</sup> Exakt vad "inte ingå" skall innebära kan diskuteras, se Söderlund 2009, s. 338-343.

<sup>43</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 295; Domeij 2003, s. 222; Folkesson 2007, s. 128; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 274; Levin 2007, s. 292; Millqvist 2002, s. 53; Möller 1997, s. 16; SOU 1974:55, s. 222.

<sup>44</sup> Se Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 43 med hänvisning till NU 1963:6, s. 118 där de rent praktiska svårigheter som är förknippade med utmätning av ej patentsökt uppfinning framhölls. Jacobsson, Tersmeden & Törnroth tar fasta på detta och menar att det är troligt att utmätning inte kan ske innan patentansökan har gjorts.

<sup>45</sup> Domeij 2003, s. 223 uttalar sig försiktigt men verkar luta åt att utmätning skall kunna ske; Levin 2007, s. 292 menar att eftersom uppfinnarrätten kan utnyttjas ekonomiskt utan att patent tas ut finns det anledning att anta att den skall behandlas som andra förmögenhetsrätter och kunna utmätas med mera; Millqvist 2002, s. 53 framhåller att några utryckliga hinder för utmätning inte finns. I ovannämnda NU 1963:6, s. 118, slutligen, framhölls inte bara de praktiska svårigheter som kan antas uppkomma i samband med utmätning av uppfinnarrätt. Det framhölls också att inget undantag från utmätning skulle införas i förslaget. För det första eftersom utmätning av uppfinnarrätt kunde antas vara väldigt sällsynt förekommande. För det andra eftersom möjligheten att mäta ut uppfinnarrätt kunde antas utgöra en förutsättning för att uppfinnare skall kunna använda sin uppfinnarverksamhet inklusive uppfinnarrätterna som kreditunderlag.

<sup>46</sup> Se 34 § 5 st. varumärkeslagen e contrario samt prop. 1995/96:26, s. 31f.

<sup>47</sup> Art. 20 och 21 varumärkesförordningen (Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken) respektive art. 31 p. 1 mönsterskydds-förordningen (Rådets förordning (EG) nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning).

*Firmarätt*, slutligen, kan enligt 13 § firmalagen endast överlåtas i samband med överlåtelse av verksamheten och kan enligt 14 § firmalagen överhuvudtaget inte utmätas. Firmarätt skall dock som utgångspunkt ingå i innehavarens konkurs.<sup>48</sup>

I det fall en immateriell rättighet i princip skall kunna utmätas och ingå i överlåtarens eller upplåtarens konkurs uppkommer frågan vad som krävs för att den som gör anspråk på rättigheten skall uppnå borgenärsskydd. Såsom frågan brukar formuleras är detta en fråga om vilket sakrättsligt moment som är tillämpligt. Svaret på frågan skiljer sig åt beroende på vilken typ av förfogande som det är fråga om. Vid överlåtelse av immateriell rättighet anses förvärvaren vara skyddad mot överlåtarens borgenärer redan genom avtalet. Även vid upplåtelse i form av licensiering är den dominerande uppfattningen numera att licenstagaren bör erhålla borgenärsskydd redan genom avtalet. Den gamla föreställningen om immaterialrättslicensen som en nyttjanderätt till lös egendom och därmed som en svag sakrätt vilken saknar borgenärsskydd lever dock fortfarande kvar och är förknippad med en bestående osäkerhet. Vid upplåtelse i form av pantsättning av patent och varumärken krävs enligt patentlagen respektive varumärkeslagen registrering.

### **2.1.1.2 Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskyddet uppkomma redan genom avtalet**

Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskyddet uppkomma redan genom avtalet.<sup>49</sup> Avtalet sägs vara det enda gångbara av de alternativ som står till buds. Utgångspunkten är att det inom ramen för den sakrättsliga strukturen endast finns ett, utöver avtalet, begränsat antal sakrättsliga moment att välja mellan, huvudsakligen tradition, denuntiation och publikation.<sup>50</sup> Inget av dessa

---

<sup>48</sup> Enligt 14 § firmalagen skall firma som innehåller gäldenärens eller, vid handelsbolags konkurs, bolagsmans släktnamn inte ingå i konkurs. Sådan firma får dock användas av konkursboet under den tid som gäldenärens verksamhet drivs vidare.

<sup>49</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 294; Domeij 2003, s. 229; Folkesson 2007, s. 30; Helander 1984, s. 600; Hessler 1973, s. 255; Håstad 1996, s. 266; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Karlgren 1958, s. 224-225; Levin 2007, s. 472; Möller 1988, s. 745; Möller 1997, s. 28; Rodhe 1985, s. 216; Tuula 2002, s. 344; Walin 1975, s. 45-46. Se även Håstads särskilda yttrande i NJA 2008 s 684; Svea hovrätt, mål nr T 1112/85, 1987-06-18; Prop. 1977/78:1 Del A, s. 243; Prop. 1987/88:4, s. 18; SOU 1974:55, s. 222; SOU 1985:10, s. 42-45.

<sup>50</sup> Först med att använda termen sakrättsligt moment lär Hessler 1973, s. 32 ha varit: "I det följande skall vi finna, att det för att ett visst anspråk, A:s eller C:s, skall slå ut det motsatta anspråket i många fall är av betydelse, att vederbörande har etablerat vad som här skall kallas ett *sakrättsligt moment*." (Se till exempel Rodhe 1985, s. 173 som framhåller att: "I regel måste det utöver avtalet tillkomma något ytterligare moment för att den angivna verkan [det vill säga sakrättsligt skydd] skall inträda. Hessler har, med sikte på det moment som ger förvärvaren skydd mot överlåtarens borgenärer, infört termen *sakrättsligt moment* (eller sakrättsmoment).[n]") Huruvida avtalet skall räknas med som ett sakrättsligt moment eller inte är snarast en smaksak. Exempelvis menar Martinson 2006, s. 17 att man i förekommande fall kan tala om att avtalet utgör sakrättsligt moment medan Hessler 1973, s. 85ff. inte räknar in avtalet bland de sakrättsliga moment som han för övrigt delar upp i subjektiva och objektiva. Det subjektiva momentet utgörs av det i vissa fall förekommande kravet på god tro. Till de objektiva momenten räknar Hessler besittning och tradition, inskrivning, märkning samt denuntiation.

moment anses vara möjliga att tillämpa vid överlåtelse av immateriella rättigheter. Tradition anses inte kunna krävas. Vad skulle säljare och köpare tradera? Immateriella rättigheter har ingen fysisk existens. Inte heller denuntiation anses vara praktiskt möjligt. Det finns alltför sällan någon lämplig tredje man som kan fungera som mottagare av ett meddelande. Publikation i form av registrering som sakrättsligt moment har visserligen varit föremål för en långdragen diskussion. Registreringsalternativet har dock alltid avisats av lagstiftaren med hänvisning till att kostnaderna för ett effektivt och pålitligt registersystem med sakrättslig verkan skulle vara för stora i förhållande till de tänkbara vinster som ett sådant system skulle medföra.<sup>51</sup>

Som en konsekvens av att inget av de traditionella sakrättsliga momenten anses vara möjliga att tillämpa vid överlåtelse av immateriella rättigheter anses alltså förvärvarens borgenärsskydd uppkomma redan genom avtalet.

Även om avtalet som sakrättsligt moment vid immaterialrättsförvärv knappast är oproblematiskt - möjligtvis är immaterialrättstransaktioner särskilt sårbara för det som under lång tid har uppfattats som den kanske främsta motiveringen till kravet på sakrättsliga moment: risken för borgenärsbedrägerier – så är det framförallt den objektsbaserade utgångspunkten (med vilken jag avser frånvaron av ett bredare resursperspektiv) som är problematisk.<sup>52</sup> Immateriella rättigheter utgör i många fall endast ett av flera element i den sammansatta resursmassa som utgör den värdeskapande resursen. Kartan stämmer därmed inte överens med verkligheten, enkelt uttryckt. Våra juridiska verktyg är inriktade på att hantera *immaterialrättstransaktioner*, när det egentligen ofta är *överenskommelser baserade på intellektuella resurser* som är det intressanta. De begränsningar som är förknippade med att göra en strikt uppdelning mellan immateriella rättigheter, vilka betraktas som egendom och följaktligen kan vara föremål för sakrättsligt giltiga anspråk, och andra intellektuella resurser, vilka faller utanför

---

<sup>51</sup> Visserligen är det framförallt dubbelförfogandeaspekten som har diskuterats i dessa sammanhang. (Se vidare avsnitt 16.3.4.) Frågan om ett mer heltäckande sakrättsligt skydd genom registrering diskuterades dock i NU 1963:6 där förslaget dock avisades (se NU 1963:6, s. 289).

<sup>52</sup> Som vi har kunnat konstatera är det inte på något vis förvånande att borgenärsskyddet vid immaterialrättsförvärv anses uppkomma redan genom avtalet. Registrering i befintliga register har gång på gång avisats av lagstiftaren som en olämplig lösning och inget av de traditionella sakrättsliga moment som kvarstår är ett realistiskt alternativ. Med den historiskt och institutionellt betingade evolutionära logik som så ofta präglar juridiska resonemang kan det mycket väl framstå som i det närmaste ofrånkomligt att hävda att immaterialrättsförvärvarens borgenärsskydd uppkommer redan genom avtalet. Av motsvarande anledning är det knappast förvånande att det mer övergripande sak- och immaterialrättsliga mönstret är objektsbaserat och mer eller mindre medvetet vilar på en dikotomi mellan egendom och icke egendom (se vidare avsnitt 13.1.5). Intresset för hur immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser faktiskt fungerar i de specifika värdeskapandeprocesser som äger rum inom de produktionsenheter som är verksamma på marknaden är dessutom ett relativt nytt fenomen. Denna undersökning är i mångt och mycket ett försök att föra in den här typen av kunskap i den sak- och immaterialrättsliga diskussionen i syfte att berika denna diskussion med nya, möjliga konstruktiva lösningar.



egendomsdefinitionen och därmed inte kan vara föremål för sakrättsligt skydd, framträder särskilt tydligt i samband med diskussionen om immaterialrättslicenstagarens borgenärsskydd.

### **2.1.1.3 Vid upplåtelse i form av licensiering är den dominerande uppfattningen att licenstagaren bör erhålla borgenärsskydd redan genom avtalet**

Det framhålls ofta att immaterialrättslicenser bör ses som en avtalstyp "sui generis".<sup>53</sup> I sakrättsliga och immaterialrättsliga sammanhang tenderar emellertid immaterialrättslicenser inte desto mindre att hänföras till den breda kategorin upplåtelse och närmare bestämt bruksrätt eller nyttjanderätt till lös egendom.<sup>54</sup> Diskussionen om immaterialrättslicenstagarens ställning vid licensgivarens konkurs har därför förts mot bakgrund av den traditionella föreställningen om nyttjanderätt (och bruksrätt överhuvudtaget) till lös egendom som endast en obligatorisk rättighet – det vill säga en rättighet som endast kan göras gällande mellan parterna. Vid nyttjanderätt till lös egendom har nyttjanderättshavaren traditionellt sett alltså ansetts sakna möjlighet att göra sitt anspråk gällande såväl mot ägarens konkursborgenärer som mot förvärvare av hyresobjektet.<sup>55</sup> Föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som en svag sakrätt har emellertid under lång tid varit utsatt för en omfattande kritik. Denna kritik har framförallt inriktats på att nyttjanderätt till lös egendom numera är av så stor ekonomisk betydelse att det är motiverat att ge i varje fall vissa typer av nyttjanderätt till lös egendom skydd mot upplåtarens borgenärer.<sup>56</sup> På motsvarande sätt är det numera en mycket vanlig uppfattning att immaterialrättslicenstagare bör ges borgenärsskydd.<sup>57</sup> Lösningen motiveras i

---

<sup>53</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 186; Domeij 2003, s. 18; Rosén 2006, s. 109 och 110; Sandgren 1974, s. 116f.; Rodhe 1985, s. 554, n. 6.

<sup>54</sup> Se till exempel Hessler 1973, s. 343-345; Möller 1988, s. 623-624; Rodhe 1985, s. 560.

<sup>55</sup> Se Håstad 1996, s. 431ff. med hänvisningar.

<sup>56</sup> Se Håstad 1996, s. 435 med hänvisningar. Håstad framhåller att: "I doktrinen synes nu de flesta vara positiva till en förutsättningslös omprövning av nyttjanderättens sakrättsliga ställning. Nyanserna gäller främst frågan om tillerkännandet av sakrättsligt skydd är möjligt i rättspraxis eller om lagstiftning krävs." Håstad framhåller vidare att han för egen del inte ser något principiellt hinder "mot att ett generellt sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös egendom skulle kunna införas av domstolarna". (Se a.a., s. 437.)

<sup>57</sup> Redan Hessler 1973, s. 344 (med hänvisning till NU 1963:6 och SOU 1958:10) antydde att immaterialrättslicenstagare borde anses vara skyddade mot licensgivarens konkursborgenärer. Walin 1975, s. 46 menade (med hänvisning just till Hessler) att: "Det anses klart, att överlåtelse av patent, varumärke eller licens liksom upplåtelse av licens gäller mot överlåtarens resp. upplåtarens borgenärer i och med avtalet.[n]" Uppfattningen att immaterialrättslicenstagare skall ges borgenärsskydd delas av Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Möller 1988, s. 656-658; Möller 1996, s. 148f; Möller 1997, s. 28-29; Domeij 2003, s. 226-227; Håstad 2004, s. 38 (tillägg till Håstad 1996, s. 434); Rodhe 1985, s. 580 jfrt med s. 553 (se dock även s. 596 jfrt med s. 554, n. 6, vilket kan läsas som uttryck för motsatt uppfattning). Se även SOU 1974:55, s. 222; SOU 1985:10, s. 44; SOU 1994:120, s. 189f.; Prop. 1987/88:4, s. 18-19. Jfr Millqvist 2002, s. 54-55 som menar att immaterialrättslicenshavare förmodligen inte har borgenärsskydd "på grund av den gamla regeln om avsaknad av sakrättslig verkan för nyttjanderätt till lös egendom".

huvudsak med två olika argument. För det första anses avsaknad av borgenärsskydd riskera att leda till värdeförstöring.<sup>58</sup> Stora investeringar kan ha gjorts i, och en hel verksamhet kan ha byggts upp kring, utnyttjandet av en specifik immaterialrättslicens. För det andra betraktas immaterialrättslicenstagarens borgenärsskydd som en sakrättssystematisk nödvändighet. Eftersom licenstagare enligt 101 § 2 st., 102 § 2 st. och 103 § 2 st. patentlagen (och motsvarande regler i andra styckena i 34 h-j §§ varumärkeslagen) är skyddade mot senare panthavare måste licenstagarna också vara skyddade mot licensgivarens övriga borgenärer. I annat fall skulle förmånsrättsordningen kastas om och resultatet bli en "spektakulär oordning" samt "strida mot all sakrättslig logik".<sup>59</sup>

Även om den dominerande uppfattningen är att immaterialrättslicenstagare skall ges borgenärsskydd utgör den trots allt kvarlevande osäkerhet som den gamla föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom skapar ett problem. Inte minst i sammanhang där det handlar om att utnyttja komplexa och sammansatta intellektuella resurser, där licensrelationer ofta utgör ett centralt element, som kreditsäkerhet.<sup>60</sup> Minst lika problematiska i detta avseende är dock de föreställningar som omgärdar frågan om borgenärsskyddets omfattning.

Frågan om borgenärsskyddets omfattning är särskilt aktuell i licenssammanhang eftersom det är mycket vanligt att licensavtal innehåller så kallade biförpliktelser, det vill säga förpliktelser för licensgivaren som går utöver det rena utnyttjandet av den immateriella rättigheten. Biförpliktelserna kan handla om sådant som överföring av know-how, service- och underhållstjänster, teknisk assistans och så vidare. Med en sak- och konkursrättslig utgångspunkt ligger det nära till hands att dra en skarp gräns mellan den immateriella rättigheten som sådan, vilken klassificeras som lös egendom, och biförpliktelserna, vilka klassificeras som någonting annat än egendom. Resultatet blir att sakrättsligt skyddade anspråk endast kan riktas mot den immateriella rättigheten som sådan – borgenärsskydd för biförpliktelserna blir en omöjlighet.<sup>61</sup> Med en måhända mer immaterialrättsligt inriktad utgångspunkt kan sakrättsligt skydd för åtminstone vissa biförpliktelser som boet kan uppfylla utan större svårigheter kanske framstå som i högre grad inom det möjligas ram.<sup>62</sup> Tendensen att

---

<sup>58</sup> Se till exempel Möller 1988, s. 657; SOU 1985:10, s. 97-98; SOU 1958:10, s. 324f.; SOU 1973:22, s. 237f.

<sup>59</sup> Se Walin 1998, s. 269 respektive Möller 1997, s. 29.

<sup>60</sup> Se vidare del 3.

<sup>61</sup> Se Möller 1988, s. 658-661. Möllers utgångspunkt är (med hänvisning till Hessler 1973, s. 6 och Rodhe 1985, s. 1) att biförpliktelserna inte utgör "förmögenhetsföremål eller egendom i vanlig mening utan normalt tjänsteprestationer, vilka inte regleras av de sakrättsliga reglerna". (Se a.a., s. 660.) Möller framhåller vidare att: "När det gäller rätt att få ta del av licensgivarens know-how, tekniska förbättringar och liknande, är det närmast fråga om anspråk på att få erhålla kunskap, dvs på ett slags immateriell tjänst. Att ett sådant anspråk inte kan insorteras under de sakrättsliga kollisionreglerna följer väl redan av 'sakens natur', om uttrycket tillåts." (Se a.a., s. 660.) Se även Möller 1997, s. 29-30 samt Lindsjogs skiljaktiga mening i NJA 2009 s 695.

<sup>62</sup> Se Domeij 2003, s. 227 som talar om att "sidoförpliktelser för licensgivaren *eventuellt* inte är skyddade i konkursen utan går förlorade vid konkursen[n]" och hänvisar till tysk doktrin där

sakrättsligt sett upprätthålla en skarp gränslinje mellan immateriella rättigheter och andra intellektuella resurselement framträder hursomhelst som ett problem för dem som önskar utnyttja sammansatta och komplexa intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

#### **2.1.1.4 Vid pantsättning av patent och registrerade varumärken är det direkt lagreglerat att borgenärsskydd skall ges genom registrering**

Enligt 95 § patentlagen och 34 b § varumärkeslagen uppkommer pantträtt i patent respektive varumärke genom registrering av pantsättningsavtalet. Den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst anges i 102 § 1 st. patentlagen respektive 34 i § 1 st. varumärkeslagen till när ansökan om registrering inkommer till registreringsmyndigheten. Diskrepansen mellan 95 § patentlagen och 34 b § varumärkeslagen å ena sidan och 102 § 1 st. patentlagen respektive 34 i § 1 st. varumärkeslagen å andra sidan har visserligen gett upphov till viss tveksamhet kring exakt när panthavarens borgenärsskydd skall anses uppkomma: Redan i samband med att ansökan inkommer till registreringsmyndigheten eller först i samband med slutlig registrering?<sup>63</sup> Enligt min mening väger argumenten för borgenärsskydd vid den tidigare av de båda tidpunkterna tyngst.<sup>64</sup> Hursomhelst är de eventuella tveksamheterna kring den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde inte det primära problemet vid pantsättning av patent och varumärken. Istället är det återigen det underliggande snäva objektbaserade synsätt, som även reglerna om pant i patent respektive varumärken är ett uttryck för, som är det stora hindret mot ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Detta kan hävdas vara fallet även vid utnyttjande av övriga immateriella rättigheter som kreditsäkerhet. I dessa fall tillkommer emellertid problemet att det anses vara oklart huruvida det överhuvudtaget är möjligt att åstadkomma en sakrättsligt verksam pantsättning.

---

sakrättsligt skydd för åtminstone vissa biförpliktelse som boet kan uppfylla utan större svårigheter tycks vara den dominerande åsikten.

<sup>63</sup> Walin 1998, s. 274 framhåller att: "Motiven till 95 § kan sägas stå i strid mot bestämmelsen i 101 § i vad avser tidpunkten för inträde av panthavarens skydd. Departementschefen har nämligen uttalat, att först genom registreringen uppkommer det sakrättsliga moment som motsvarar traditionen vid pantsättningen av lös sak. Jfr under X:1.3 ovan. När han vidare förklarar att de rättsliga effekterna av registreringen, dvs. det sakrättsliga skyddet, skall räknas redan från ansöknings, är inte därmed alldeles klart, om det förelegat något skydd under tiden mellan ansökan och patentverkets beslut om registrering. Det sannolika är, att 101 § första st. avser att markera att ett villkorligt skydd skall anses ha inträtt redan när ansökan om registrering inkom." Jfr Persson 2002, s. 99 som inte uppvisar någon tveksamhet avseende borgenärsskyddets inträde redan i samband med att ansökan inkommer.

<sup>64</sup> Se vidare del 3, avsnitt 13.1.2-13.1.3.

### 2.1.1.5 Vid pantsättning av övriga immateriella rättigheter anses det vara oklart huruvida det är möjligt att uppnå borgenärsskydd

Osäkerheten kring huruvida det är möjligt att pantsätta upphovsrätt och andra immateriella rättigheter för vilka det saknas särskilda möjligheter att registrera en panträtt beror på den traditionella föreställningen att sakrättsligt giltig pantsättning aldrig kan uppkomma endast genom pantavtalet.<sup>65</sup> Till följd av denna osäkerhet har säkerhetsöverlåtelse kommit att bli en vanlig form för utnyttjande av i varje fall upphovsrättigheter som kreditsäkerhet.<sup>66</sup>

### 2.1.2 Separationsrätt

Separationsrättskonflikten uppstår när A gör gällande en äldre rätt till egendom som till följd av exempelvis kreditförsäljning eller licensiering även G kan göra anspråk gällande gentemot. Separationsrättskonflikten kan illustreras enligt följande.



Inledningsvis skall frågan om separationsrätt i det fall A har överlåtit en immateriell rättighet på kredit till G behandlas.

---

<sup>65</sup> Helander 1984, s. 603 framhåller att "man ofta synes utgå från att det i svensk rätt finns ett generellt krav på publicitet för giltigheten av en panträtt, i varje fall om rätten uttryckligen framträder som en panträtt. Om denna regel uppfattas som undantagslös skulle det innebära att en giltig panträtt alltid skulle förutsätta etablerandet av något sakrättsligt moment och följden skulle bli att panträtt i immaterialrätterna icke skulle kunna tillåtas". Även Folkesson 2007, s. 128 framhåller frånvaron av sakrättsligt moment som en anledning till varför det anses vara oklart om pantsättning av andra immateriella rättigheter än patent och varumärken kan ske: "Anledningen till att pantsättning inte skulle vara möjlig att göra är att det inte finns några synbara sakrättsliga moment vid pantsättning av immaterialrätter. Svensk rätt ställer ibland hårdare krav på sakrättsmoment vid pantsättning än vid överlåtelse." Se vidare om osäkerheten kring pantsättning av immateriella rättigheter för vilka det saknas möjlighet att registrera panträtt Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 296; Helander 1984, s. 606ff.; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279-280; Godenhielm 1960, s. 181 samt Godenhielm 1986, s. 23; Hessler 1973, s. 431; Myrdal 2002, s. 56-57; Rodhe 1986, s. 401-402; Tuula 2002, s. 250; Walin 1975, s. 66-69 samt Walin 1998, s. 221; Prop. 1966:23, s. 85; Prop. 1977/78:1, s. 247; SOU 1974:55, s. 221f.; SOU 1976:24, s. 247ff. och 277f.

<sup>66</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 296; Folkesson 2007, s. 128; Helander 1984, s. 612; Henriksson 2002, s. 144ff.; Rosén 2006, s. 183; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 280.

### 2.1.2.1 Immaterialrättsöverlåtarens separationsrätt

Frågan om immaterialrättsöverlåtarens separationsrätt anses bli problematisk först i det fall säljaren inte har uppställt ett hävningsförbehåll. När sådant förbehåll finns anses det vara i det närmaste självklart att säljaren skall få häva med sakrättslig verkan.<sup>67</sup> I det fall hävningsförbehåll saknas anses det vara 54 § 4 st. köplagen som medför att bedömningen av säljarens ställning blir osäker.<sup>68</sup> Enligt 54 § 4 st. köplagen får säljaren, när den sålda varan har kommit i köparens besittning, endast häva om säljaren har gjort ett hävningsförbehåll. Köplagen är enligt 1 § 1 st. tillämplig vid försäljning av lös egendom, vilket som sagt anses inkludera immateriella rättigheter,<sup>69</sup> och frågan är därmed hur besittningsrequisitet och kravet på hävningsförbehåll skall behandlas? Immateriala rättigheter saknar fysisk form och anses därför inte kunna vara i någons besittning. 54 § 4 st. köplagen skulle emellertid kunna tillämpas analogt med resultatet att en immaterialrättssäljare som inte har gjort förbehåll om hävning förlorar sin hävningsrätt i det fall köparen uppfyller ett besittnings-substitut, till exempel påbörjat utnyttjandet av den immateriella rättigheten. I det fall en analog tillämpning inte görs anses säljaren ha rätt till hävning även i det fall hävningsförbehåll inte har gjorts.

Mot en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen har hävdats att det inte finns någon anledning att kräva hävningsförbehåll av immaterialrättssäljaren eftersom en immateriell rättighet saknar fysisk existens och därmed är omedelbart återställbar.<sup>70</sup> Köparen har helt enkelt ingen möjlighet att disponera över rättigheten på ett sådant sätt att den inte kan återställas. Mot en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen har också hävdats att en sådan lösning medför att vi undviker besvärliga gränsdragningsfrågor mellan licens och överlåtelse.<sup>71</sup>

Som argument för en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen (det vill säga för ett krav på förbehåll för separationsrätt) har framhållits att det oavsett om hävningsförbehåll krävs för obligationsrättslig hävningsrätt, så kan det knappast föreligga sakrättslig sådan utan ett förbehåll som inkluderar ett förfogandeförbud. Skulle köparen ha rätt att vidareöverlåta immaterialrätten innan full betalning erlagts har den förste säljaren knappast hävningsrätt mot den andre köparen. Därmed bör den förste säljaren inte heller ges separationsrätt. Risker att ett sådant separationsrätt blir meningslöst till följd av att immaterialrätten har överlåtits antas vara alltför stor: "Eftersom det tydligen beror på en slump om immaterialrätten finns kvar hos köparen och är åtkomlig för säljaren, när köparen har haft fri förfoganderätt, borde immaterialrättssäljaren i sådana fall

<sup>67</sup> Se Möller 1996, s. 30; Persson 2002, s. 269.

<sup>68</sup> Se Håstad 1996, s. 199-200; Möller 1997, s. 31; Persson 2002, s. 268-269.

<sup>69</sup> Som Håstad påpekar bör man dock tänka på att: "Köplagen bör läsas med försiktighet när objektet är en immaterialrätt som inte stått i centrum för lagstiftarens uppmärksamhet." (Se Håstad 1997, s. 49.)

<sup>70</sup> Se Möller 1988, s. 742-743. Det skall framhållas att Möller har ändrat mening i denna fråga, se nedan vid not 73.

<sup>71</sup> Se Möller 1988, s. 743; Möller 1996, s. 31; Håstad 1996, s. 199-200.

också sakna skydd mot köparens borgenärer, i enlighet med vad som gäller vid överlåtelse av lösöre.”<sup>72</sup> Det har också hävdats att en hävningsrätt utan förbehåll kan utgöra en plötslig och obehaglig överraskning för köparen och hans borgenärer samt leda till värdeförstöring.<sup>73</sup> Särskilt stor risk för värdeförstöring kan antas föreligga i de vanligt förekommande fall där den immateriella rättigheten utgör endast ett element av flera i en sammansatt och komplex intellektuell resurs. Värdeförstörsargumentet framstår följaktligen som starkt mot bakgrund av de intellektuella resursernas vanligtvis komplexa och kontextberoende karaktär

### 2.1.2.2 Immaterialrättslicensgivarens separationsrätt

Att licensgivaren som utgångspunkt har rätt att, med verkan även mot licenstagarens konkursborgenärer, häva licensavtalet vid licenstagarens konkurs och redan begångna eller anteciperade väsentliga kontraktsbrott anses vara i det närmaste självklart.<sup>74</sup> Licensgivaren likställs med den som har hyrt ut egendom, lånat ut egendom, deponerat egendom och så vidare.

Licenstagarens konkursbo anses emellertid, i varje fall när konkursgäldenären har påbörjat utnyttjandet av licensen eller lagt ned väsentliga investeringar i utnyttjandet, ha rätt att förhindra en hävning genom att inträda i avtalet.<sup>75</sup> Konsekvensen av inträdet blir massaansvar för boet.<sup>76</sup> Huruvida de i licensavtal vanligt förekommande klausuler som föreskriver hävningsrätt för licensgivaren vid licenstagarens konkurs skall anses vara tvingande (det vill säga medföra att inträdesrätten upphör) råder det delade meningar om. Mot bakgrund av en så kallad sak- och konkursrättsligt färgad grundsyn anses sådana klausuler inte binda licenstagarens konkursborgenärer.<sup>77</sup> Det skall inte vara möjligt att skaffa sig fördelar genom att avtala till nackdel för sina konkursborgenärer. Med en kontraktsträttsligt färgad grundsyn bör emellertid konkursklausuler som utgångspunkt anses vara bindande även för borgenärerna. Utgångspunkten för detta synsätt är avtalsfriheten, det vill säga parternas rätt att i frånvaron av tvingande regler ordna sina mellanhavanden

---

<sup>72</sup> Se Håstad 1997, s. 49.

<sup>73</sup> Se Möller 1996, s. 31 (jfr ovan vid not 70); Persson 2001, s. 269.

<sup>74</sup> Se Håstad 1996, s. 199-200; Möller 1988, s. 626; Möller 1996, s. 31. I NJA 2005 s 510 utgick Högsta domstolen från att licensgivaren hade ”separationsrätt till den upplåtta spridningsrätten” förutsatt att hävningsrätt förelåg.

<sup>75</sup> Se Håstad 1996, s. 406; Möller 1998, s. 632; Möller 1997, s. 32-33. Något försiktigare, Domeij 2003, s. 225.

<sup>76</sup> Enligt den dominerande uppfattningen medför NJA 1989 s 206, som gällde lokalhyra, att partiellt inträde inte är möjligt vid nyttjanderättsavtal. För att motpartens hävningsrätt skall upphöra måste alltså boet enligt detta synsätt inträda med massaansvar för tiden både före och efter konkursutbrottet. Håstad 1996, s. 410 menar att ”NJA 1989 s 206 torde medföra att partiellt inträde från konkursdagen blir omöjligt för konkursboet även vid andra nyttjanderättsavtal såsom finansiell leasing,[n] licens- och förlagsavtal.[n]” Se vidare SOU 1994:120, s. 179 samt Ramberg (medv. Herre) 1995, s. 605-606.

<sup>77</sup> Se Håstad 1996, s. 404.

som de önskar.<sup>78</sup> Värt att notera här är att värdeförstörringsresonemang med utgångspunkt i de intellektuella resursernas typiska funktionssätt knappast ger oss någon vidare vägledning i detta fall. Visst kan konkursklausuler med verkan även mot konkursborgenärerna antas medföra en risk att sammansatta och komplexa intellektuella resurser splittras upp och därmed leda till värdeförstörring. Samtidigt kan ett underkännande av konkursklausuler i sakrättsligt hänseende antas riskera att leda till att det blir svårare att sätta samman de värdeskapande resurskomplexen från första början. Risken är att innehavarna blir mindre benägna att licensiera ut sina resurser.

En omdiskuterad fråga är hur exemplar som har tillverkats i enlighet med licensen och som vid licenstagarens konkurs finns kvar i lager skall hanteras. Skall värdet av sådana exemplar tillfalla borgenärskollektivet eller skall de omfattas av licensgivarens separationsrätt – det vill säga skall licensgivaren prioriteras? Ett rättsfall från 1960-talet – NJA 1966 s 241 – har gett upphov till en förhållandevis omfattande diskussion i litteraturen. I NJA 1966 s 241 hade två författare var för sig ingått förlagsavtal med Egeförlaget. Vid Egeförlagets konkurs fanns ett antal exemplar av författarnas verk i förlagets lager. Dessa exemplar såldes av konkursförvaltaren till bokhandel. Författarna menade att försäljningen givit upphov till en massaskuld i enlighet med de av boet icke uppsagda förlagsavtalens royaltyförpliktelser. Högsta domstolens majoritet ogillade författarnas talan med hänvisning till att royaltyfordran måste anses ha uppkommit redan i samband med avtalets ingående, det vill säga före konkursen. NJA 1966 s 241 har blivit föremål för omfattande kritik. En huvudlinje har varit att författarna borde ha fått ersättning i form av massafordran på royalty eftersom konkursboet tillgodogjorde sig en prestation – det vill säga författarnas upphovsrätt – som författarna hade haft möjlighet att stoppa genom hävning av förlagsavtalet.<sup>79</sup> I NJA 2005 s 510 behandlade Högsta domstolen återigen frågan om lagerexemplar i konkurs. Det var återigen fråga om en upphovsrättslicensgivare som hävdade prioritet till lagerexemplar som tillverkats i enlighet med ett förlagsavtal. Högsta domstolen avvisade här med hänvisning framförallt till NJA 1999 s 617 den i litteraturen ofta förespråkade lösningen att konkursboets tillägnande av författarens prestation skall medföra massaansvar. Förutsättningen för att författarpartens anspråk skall prioriteras i fall av det slag som var uppe till bedömning i NJA 2005 s 510 är enligt Högsta domstolen istället att denne har hävt förlagsavtalet innan försäljningen. Efter en hävning av avtalet blir konkursboets försäljning av lagerexemplar att betrakta som ett upphovsrättsintrång som ger upphov till ett skadeståndsansvar och massaansvar för boet. Högsta domstolens resonemang i NJA 2005 s 510 har bland annat kritiserats för att inte ta hänsyn till att 12 kap 31 § 5 st. jordabalken numera ger uttryck för principen att konkursboets utnyttjande av prestation som medkontrahenten hade kunnat stoppa eller ta tillbaka skall medföra

---

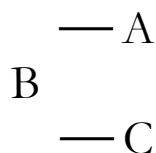
<sup>78</sup> Se Domeij 2003, s. 224; Hellner 1996, s. 89-90; Ramberg (medv. Herre) 1995, s. 607.

<sup>79</sup> Se till exempel Håstad 1996, s. 422; Lindskog 1993, s. 162-167; Möller 1988, s. 623.

massaansvar.<sup>80</sup> Högsta domstolens resonemang i NJA 2005 s 510 kan också sägas vara ett tydligt exempel på hur de sak- och immaterialrättsliga lösningarna tenderar att bli tämligen formalistiska. Istället för att resonera kring den faktiska lämpligheten av att prioritera upphovsrättslicensgivare (och i förlängningen säkerligen också övriga immaterialrättslicensgivare) framstår det som mer eller mindre självklart att rättigheten skall ha full effekt även i konkurs.

### 2.1.3 Dubbelförfogande

Dubbelförfogandekonflikten uppstår när två konkurrerande anspråk på samma egendom härleds från samma subjekt. Dubbelförfogandekonflikten kan illustreras enligt följande där B först har förfogat över egendomen till A och sedan till C, vilkas anspråk därför befinner sig i konkurrens med varandra.



Den dominerande uppfattningen är att såväl dubbelöverlåtelse som dubbelupplåtelse över immateriella rättigheter skall lösas i enlighet med en prioritetsprincip. Den som gör gällande det äldsta anspråket skall alltså prioriteras. Lösningen har sannolikt inspirerats av 1 kap 5 § handelsbalken, det vill säga den regel i handelsbalken som ger uttryck för den princip som många säkerligen uppfattar som den naturliga utgångspunkten i dubbelförfogandekonflikter, nämligen "äldst rätt vinner".<sup>81</sup> Vid pantsättning av patent och varumärken är prioritetsprincipen kodifierad. Vid dubbelupplåtelse av panträtt i patent respektive varumärke skall, enligt 95 § 3 st. patentlagen respektive 34 b §

---

<sup>80</sup> Se Persson 2006-07, s. 181-182. Se även den kritik som framförts av Lindskog i dennes skiljaktiga mening i NJA 2009 s 41. Även Håstad uttalar sig kritiskt om NJA 2005 s 510 i sitt tillägg i NJA 2009 s 41.

<sup>81</sup> Håstad 1996, s. 83 menar att: "När B säljer samma individuellt bestämda egendom först till A och sedan till C, måste utgångspunkten rimligen vara, att den förste förvärvaren A får bättre rätt till egendomen, om inga speciella synpunkter talar för motsatt lösning.[n] Denna princip framgick också av det ålderstigna stadgandet i 1:5 HB." Håstad fortsätter dock med att ifrågasätta om det egentligen inte funnes skäl att ge C en möjlighet att erhålla prioritet även vid ond tro: "Emellertid kunde det diskuteras, om inte C borde kunna förvärva bättre rätt till egendomen på *lindrigare villkor* efter dubbelöverlåtelse än när B aldrig haft äganderätt till egendomen; man kunde exempelvis tänka sig att C blir skyddad så snart C fått egendomen i sin besittning men utan avseende på om han var i god tro om den tidigare överlåtelsen.[n] Vid tvesala, där egendomen utgivits till C, har A aldrig besuttit och nyttjat egendomen, och man kunde kanske tycka att C inte behövde vara skyldig att visa A särskild hänsyn, om nu B föredragit att leverera till C. [...] Varken lagstiftare eller praxis har emellertid lindrat förutsättningarna för godtrosvärv efter dubbeldispositioner i förhållande till godtrosvärv från annan än rätt ägare såvitt gäller lös egendom. God tro krävs således för att den senare förvärvaren skall vinna." (Se a.a., s. 83-84.)



3 st. varumärkeslagen, den som har det äldsta anspråket prioriteras.<sup>82</sup> Panthavaren har sedan, i enlighet med 101 § 1 st. patentlagen respektive 34 h § 1 st. varumärkeslagen, prioritet i förhållande till såväl senare förvärvare av rättigheten som senare licenstagare. Att tidigare licenstagare har prioritet i förhållande till senare panthavare anges i 101 § 2 st. patentlagen respektive 34 h § 2 st. varumärkeslagen.

När det gäller immateriella rättigheter, som till sin natur är icke-exklusiva resurser, är det emellertid uppenbart att binära lösningar på dubbelförfogandekonflikten inte är de enda möjliga. Mycket riktigt har det också föreslagits lösningar baserade på samutnyttjande. Det är i princip möjligt att låta såväl A:s som C:s anspråk stå sig och låta dem söka ersättning från B.<sup>83</sup> Ett tungt vägande argument för att samutnyttjande, åtminstone i vissa fall, skall vara en möjlig lösning är att det är uppenbart att prioritetsprincipen kan leda till värdeförstöring hos en C som ovetande om A:s tidigare anspråk har byggt upp en kanske omfattande verksamhet kring utnyttjandet av en immateriell rättighet eller en licens. Ett motargument från dem som förespråkar prioritetsprincipen är att exklusiviteten vanligtvis är så central för immaterialrätts- och licenshavarna att en lösning baserad på samutnyttjande är olämplig.<sup>84</sup> Den för registreringsbaserade immateriella rättigheter ganska uppenbara möjligheten att låta registrering utgöra sakrättsligt moment har gång på gång avvisats av lagstiftaren, framförallt med hänvisning till att kostnaderna för en sådan lösning sannolikt skulle överstiga de förväntade vinsterna.<sup>85</sup>

Den osäkerhet som – pantsättning av patent och varumärken undantaget – trots allt råder kring dubbelförfogandekonflikten kan givetvis ge upphov till mer allmänna negativa effekter av olika slag, till exempel uteblivna transaktioner och ett minskat förtroende på marknaden.<sup>86</sup> Binära lösningar i enlighet med prioritetsprincipen kan som sagt också ge upphov till värdeförstöring hos en C som har lagt ned stora investeringar i utnyttjandet av en immateriell rättighet eller immaterialrättslicens. Ett hinder i vägen för ett utökat utnyttjande av sammansatta och komplexa intellektuella resurser som kreditsäkerhet, kan de

---

<sup>82</sup> Parterna har möjlighet att avvika från denna prioritetsregel genom att avtala om annan ordning. (Se 95 § 3 st. patentlagen och 34 b § 3 st. varumärkeslagen in fine.) Skulle två konkurrerande ansökningar inkomma samma dag skall den äldsta upplåtelsen prioriteras. Är upplåtelseerna samtidigt, eller kan det inte avgöras vilken ansökan om som är äldst, skall panthavarna ges lika rätt. (Se 95 § 3 st. patentlagen och 34 b § 3 st. varumärkeslagen.)

<sup>83</sup> Lösningar baserade på samutnyttjande har diskuterats av Bernitz 1959, s. 41ff.; Hessler 1973, s. 231f.; Martinson 2006, s. 22-23; Rodhe 1985, s. 58. Se även SOU 1958:10, s. 323 samt SOU1965:14, s. 70ff.

<sup>84</sup> Se Domeij 2003, s. 217.

<sup>85</sup> Se SOU 1958:10, s. 19 och 323; Prop. 1960:167, s. 167; NU 1963:6, s. 41 och 287ff.; Prop. 1966:40, s. 165; SOU 1976:24-25, s. 249; Prop. 1977/78:1 Del A, s. 247f.; Prop. 1988/87:4, s. 43-44.

<sup>86</sup> I frånvaron av ett effektivt och pålitligt registreringssystem ger även de konkurrerande lösningarna som sådana var för sig upphov till osäkerhet. Med prioritetsprincipen utsätts förvärvaren eller licenstagaren för risken att det dyker upp tidigare anspråk som skall prioriteras. Med en samutnyttjandelösning utsätts förvärvaren eller licenstagaren för risken att behöva dela sitt utnyttjande med både tidigare och senare förvärvare.

lösningar som har beskrivits ovan framförallt utgöra på grund av frånvaron av resursperspektiv. När en immateriell rättighet utgör endast ett av flera element i en sammansatt och komplex resursmassa kan de negativa effekterna av framförallt en prioritetsprincip bli omfattande. I grunden handlar även detta om ett värdeförstörsargument. De investeringar som har lagts ned på att producera de intellektuella resurserna, och dessa resursers sammantagna värdeskapande potential, riskerar att omintetgöras. Samma grundläggande problem föreligger i samband med obehöriga förfoganden över immateriella rättigheter och immaterialrättslicenser.

#### 2.1.4 Obehörigt förfogande

När någon förfogar över egendom utan att ha ett giltigt anspråk kan man tala om ett obehörigt förfogande. Denna konflikt kan illustreras enligt följande där B får representera den som i avsaknad av giltigt anspråk ändå förfogar över egendom, A får representera den som kan göra gällande en äldre och bättre rätt än B, och C den som förvärvar från B.

A — B — C

Svaret på frågan hur konflikten mellan A och C skall behandlas i det fall C har förvärvat en immateriell rättighet från B är enligt den dominerande uppfattningen enkelt: Det finns inga möjligheter att godtrosvärva immateriella rättigheter, varken vid överlåtelse eller upplåtelse.<sup>87</sup> Frånvaron av godtrosvärvmöjlighet förklaras med avsaknaden av legitimerande moment.<sup>88</sup> Någon motsvarighet till besittningen, som utgör legitimerande moment vid godtrosvärv av lösa saker, anses det inte finnas för immateriella rättigheter.

Liksom prioritetsprincipen vid dubbelöverlåtelser riskerar frånvaron av godtrosvärv vid obehörigt förfogande att resultera i värdeförstöring hos C. I värsta fall eftersom komplexa och sammansatta intellektuella resurser splittras upp och blir oanvändbara. I frånvaron av ett effektivt och pålitligt immaterialrättsregister finns det inte heller någon möjlighet för C att försäkra sig om skydd mot eventuella krav från en A som gör gällande en äldre och bättre rätt än både B och C grundat på B:s avsaknad av giltigt anspråk.

---

<sup>87</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 472; Domeij 2003, s. 217; Hessler 1973, s. 138; Håstad 1999, s. 77; Levin 2007, s. 445-446; Rosén 2006, s. 84; SOU 1985:10, s. 38; Undén 1915, s. 110; Walin 1998, s. 267 samt 98 § patentlagen och 34 e § varumärkeslagen.

<sup>88</sup> Se Hessler 1973, s. 138 samt prop. 1987/88:4, s. 15 och SOU 1985:10, s. 38.

## **2.2 Sammanfattningsvis om forskningsläget och det övergripande sak- och immaterialrättsliga mönstret**

Det övergripande sak- och immaterialrättsliga mönstret i den juridiska litteraturen bygger på en dikotomi mellan immateriella rättigheter som en särskild form av lös egendom och övriga intellektuella resurser som någonting annat. De immateriella rättigheterna behandlas som objekt som i huvudsak hanteras inom ramen för hävdvunna sakrättsliga modeller. Detta övergripande mönster återspeglas även i det övriga traditionella rättskällematerialet. I den fragmentariska lagstiftning som finns på området behandlas de immateriella rättigheterna som avgränsade förmögenhetsobjekt. I det fåtal domar som finns på området reflekteras dessutom en förhållandevis hög grad av formalism.<sup>89</sup> Den benägenhet att argumentera kring olika lösningars tänkbara praktiska förutsättningar och konsekvenser som utmärker vissa andra sakrättsliga frågor förefaller saknas när det gäller sak- och immaterialrättsliga problem. Mot bakgrund av att intresset för och kunskapen om de intellektuella resursernas funktion i värdeskapandeprocessen är en ganska ny företeelse är detta i och för sig knappast särskilt förvånande. Inte desto mindre kan ett snävt objektbaserat förhållningssätt antas utgöra ett hinder i vägen för inte bara ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet utan ett konstruktivt utnyttjande av den här typen av resurser överhuvudtaget.

Redan vad gäller de immateriella rättigheterna som sådana, sedda för sig, medför ett objektbaserat synsätt enligt ovan att till och med uppenbara lösningsalternativ och möjligheter lätt förbises eller i varje fall inte ses som seriösa alternativ. Ett exempel är hur prioritetsprincipen anses vara mer eller mindre självklar. Lösningar baserade på samutnyttjande antingen ignoreras eller avvisas mer eller mindre kategoriskt med hänvisning till intresset av exklusivitet. Mot bakgrund av de intellektuella resursernas funktion, där de immateriella rättigheterna ofta utgör endast ett element i en sammansatt och komplex resursmassa, framstår det objektbaserade synsättet som än mer problematiskt. Risken att ett sådant synsätt leder till onödig värd förstörelse kan inte ignoreras.

Behovet av nya konstruktiva lösningar som bygger på ett resursperspektiv snarare än ett objektperspektiv är följaktligen stort. I det närmast följande kommer de yttre ramarna för en sådan konstruktion avseende intellektuella resurser som kreditsäkerhet att analyseras. Vad det handlar om mer i detalj är att placera in kreditsäkerhetsproblematiken i en viss ekonomisk, politisk och historisk kontext.

---

<sup>89</sup> Se dock Lindskogs skiljaktiga mening i NJA 2009 s 695.

# Del 1

Om kapitalisering, om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt samt om exklusivitet



### **3 Introduktion till del 1 (kap 4-6): Om kapitalisering, om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt samt om exklusivitet**

Del 1 handlar som sagt om att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av en bredare samhällslig och ideologisk kontext. I kapitel 4 kommer den värdeskapande potentialen i ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet – eller, som det allt oftare uttrycks, som kapital – att analyseras. Kapitel 5 kommer att handla om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt. Frågan är vilken betydelse förekomsten av ett antal specifika finansiella risker kan antas ha för hanteringen av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Det finansiella riskperspektivet följs sedan, i kapitel 6, upp med en analys av vissa risker som har med exklusivitet att göra. Frågan är hur dessa risker påverkar förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Syftet med att i dessa tre inledande kapitel genomföra denna analys är som sagt att möjliggöra en förståelse för förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Analysen är således nödvändig för att kunna komma med konstruktiva förslag kring ett sådant utnyttjande.

Slutsatserna av analysen i del 1 är i korthet att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet i princip kan antas innefatta en värdeskapande potential av stora mått. Framförallt kan ökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet antas gynna små och medelstora teknologiföretag. Det kan emellertid också antas föreligga stora risker i samband med en sådan utveckling. Dels handlar det om finansiella risker som har att göra med kreditmarknadens funktion. Mot bakgrund av de erfarenheter som kan dras av den finanskris som bröt ut år 2007 kan det exempelvis konstateras att det kan antas vara av stor betydelse att motverka att nya säkerhetskonstruktioner och finansieringsformer blir alltför komplexa och svårförståeliga. En alltför hög komplexitetsgrad kan inte minst leda till att de risker som konstruktionerna för med sig döljs. Dels handlar det om risker som har att göra med att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet förutsätter att resurserna är överförbara, vilket i sin tur förutsätter en förhållandevis hög grad av kontroll över resurserna. Frågan om kontroll över intellektuella resurser är av central betydelse i sammanhanget. Balansen mellan icke-exklusivitet och exklusivitet till intellektuella resurser är en faktor av stor samhällslig betydelse, inte minst eftersom denna balans påverkar förutsättningarna för teknologisk och ekonomisk utveckling. Att öka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet genom en generell och mer omfattande utökning av den privata rättsliga kontrollen över

den här typen av resurser är därmed knappast lämpligt. Alternativa rättsliga mekanismer som möjliggör kontroll och överförbarhet utan att rubba balansen mellan exklusivitet och icke-exklusivitet måste konstrueras.

## 4 Om kapitalisering

Vi befinner oss i en situation där vi har en mängd mycket värdefulla resurser som sällan eller aldrig utnyttjas som kreditsäkerhet. Om man utgår från att möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet kan bidra till ekonomisk utveckling och välstånd, så måste utökade möjligheter att använda intellektuella resurser som kreditsäkerhet betraktas som eftersträvansvärt ur ett värdeskapandeperspektiv.<sup>90</sup> Föreställningen om samhällsnyttan med kreditsäkerhet är stark inom såväl krediträttslig som ekonomisk teori. Utökade möjligheter att utnyttja just intellektuella resurser som kreditsäkerhet sägs också vara av särskilt stor betydelse för mindre och medelstora kunskapsföretag.

### 4.1 *Synen på kreditsäkerhet som en samhällsnyttig företeelse är stark inom krediträtten...*

Ur ett krediträttsligt perspektiv framhålls det ofta att möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet underlättar kreditgivning.<sup>91</sup> En dynamisk och väl fungerande kreditmarknad betraktas som en förutsättning för ett konkurrenskraftigt näringsliv. På kreditmarknaden kan företagen införskaffa medel för de investeringar som är en förutsättning för ekonomisk tillväxt och

---

<sup>90</sup> I denna undersökning används begreppet värdeskapande i den mer allmänna betydelse som har blivit vanlig under senare år. I denna mening refererar begreppet mer allmänt till olika produktionsprocesser som genererar olika typer av värden ("rent" monetära såväl som bruks-, intellektuella-, kulturella-, miljövärden och så vidare). Det ansluter heller inte till någon specifik ideologisk helhetssyn eller till någon specifik ekonomisk teori. I sådana sammanhang är det annars vanligt att begreppet värdeskapande ges en mer exakt betydelse. "Värdeskapande" och "värdeskapande process" (eller "värdeförmeringsprocess" som är den term som används i den första svenska översättningen av *Kapitalet*, se Marx 1930, s. 152ff.) är till exempel ett fundamentalt begrepp hos Marx. Den värdeskapande processen beskrivs av Marx som den övergripande process som styr över arbetsprocessen och följaktligen anses utgöra ett av kapitalismens mest utmärkande karaktärsdrag: "När produktionsprocessen ses som en arbetsprocess, betraktar inte arbetaren produktionsmedlen som kapital utan som medel och material för sin egen ändamålsenliga, produktiva verksamhet. I ett garveri behandlar han t.ex. hudarna endast som sina arbetsföremål. Det är inte för kapitalisten han garvar dem. Saken blir helt annorlunda, så snart vi betraktar produktionsprocessen som en värdeskapande process. Produktionsmedlen förvandlas då genast till medel att insuga främmande arbete. Det är inte längre arbetaren, som använder produktionsmedlen, utan det är tvärtom produktionsmedlen, som använder arbetaren. I stället för att förbrukas av honom som materiella beståndsdelar i hans produktiva verksamhet förbrukar de honom som ett jäsämne i sin egen livsprocess, och kapitalets livsprocess består endast i dess verksamhet som självförökande värde." (Se Marx 1974, s. 268-269.) I nutida "corporate finance" sammanhang avses med värdeskapande helt enkelt att ett företag gör en vinst eftersom avkastningen på det totala kapitalet överstiger kostnaden för detsamma (se till exempel [http://www.vernimmen.com/html/glossary/gl\\_v.html](http://www.vernimmen.com/html/glossary/gl_v.html)).

<sup>91</sup> Se till exempel Brækhus 1994, s. 207-208; Drobniç 1998, s. 54; Goode 1998, s. 33; Helander 1984, s. 19; Håstad 1996, s. 125 samt 282; Lennander 1977, s. 3. Martinson 2001, s. 50-56 tecknar en bred bild av en krediträttslig ideologi enligt vilken kreditsäkerhet anses utgöra en källa till värdeskapande. McCormack 2004, s. 21 beskriver detta synsätt som "the general international consensus".



utveckling.<sup>92</sup> Ju större mångfald av kreditsäkerhetsformer desto större anses dessa möjligheter vara.<sup>93</sup> Det framhålls också andra fördelar med kreditsäkerhet, till exempel att kostnaden för krediterna (det vill säga räntan) blir lägre.<sup>94</sup>

## 4.2 ...såväl som inom ekonomisk teori.

De krediträttsliga föreställningarna om kreditsäkerhet som en samhällsnyttig företeelse stöds även av ekonomisk teori. Under senare år har uppfattningen att kapitaliseringsmöjligheter, i meningen möjlighet att utnyttja resurser som kreditsäkerhet,<sup>95</sup> utgör den kanske viktigaste faktorn bakom ekonomisk

---

<sup>92</sup> Även i den primära svenska lagstiftningen om kreditsäkerhet i intellektuella resurser, det vill säga det registreringsbaserade system för pantsättning av patent som infördes år 1988, kan detta synsätt spåras. (Den enda övriga svenska lagstiftningen om pantsättning av intellektuella resurser, det vill säga den år 1995 införda regleringen om pantsättning av varumärken, baseras helt och hållet på de tidigare reglerna om pantsättning av patent.) I centrum för motivens diskussion om pant i patent står föreställningen om den kapitalsvage uppfinnaren som har ett behov av ökade finansieringsmöjligheter. I motion 1980/81:688, den motion som utgjorde startskottet i lagstiftningsprocessen, påtalades att det, i syfte att underlätta för uppfinnare att få tillgång till lånat kapital, vore önskvärt att införa en möjlighet att pantsätta patent. Som exempel på det praktiska behovet av en sådan möjlighet framhölls det i motionen att det är kostsamt att "exploatera ett patent och se till att en uppfinning blir tillgänglig för allmänheten". (Se mot. 1980/81:688, s. 4.) I det betänkande från lagutskottet (LU 1981/82:6) som följde på motionen konstaterades det att "även om behovet av att kunna utnyttja patent som kreditsäkerhet torde vara begränsat", så skulle en sådan möjlighet troligtvis underlätta för uppfinnare att finansiera nyföretagande. (Se LU1981/82:6, s. 13.) Att behovet skulle vara begränsat höll dock inte de i den följande utredningen (SOU 1985:10) tillfrågade kreditinstituten med om. Från detta håll framhölls tvärtom att "ett system för pantsättning av patent skulle vara av stort värde" samt att "behovet av krediter för utvecklingsändamål är mycket stort och möjligheten att pantsätta patent skulle 'fylla en lucka' i kreditsäkerhetssystemet". (se SOU 1985:10, s. 71.) I utredningen konstaterades också slutligen att: "Några bestämda slutsatser kan givetvis inte dras om i vilken utsträckning patent och patentansökningar skulle komma att användas som kreditunderlag om en lagstiftning angående pantsättning av dessa objekt kommer till stånd. Ett rimligt antagande förefaller dock vara att en sådan lagstiftning åtminstone skulle fylla ett praktiskt behov." (Se SOU 1985:10, s. 76.) Även i propositionen framhölls att reglerna om pant i patent syftar till att underlätta för uppfinnare att finansiera sin innovationsverksamhet: "Det är i regel dyrbart att utveckla en uppfinning från en idé om en teknisk lösning till en praktiskt användbar produkt eller produktionsmetod. Ett patent kan ofta representera ett betydande ekonomiskt värde, och det skulle utan tvivel underlätta finansierandet av utvecklingskostnaderna om patentet kunde utnyttjas som säkerhet för lån." (Se prop. 1987/88:4, s. 8.)

<sup>93</sup> Se Martinson 2002, s. 51.

<sup>94</sup> Se till exempel Brækhus 1994, s. 198; Lennander 1977, s. 4.

<sup>95</sup> Med kapital avses med denna begreppsanvändning alltså resurser som kanske bäst kan beskrivas som finansiellt kapital i meningen att resurserna i fråga kan utnyttjas som kreditsäkerhet.

"Kapital" och "kapitalisering" är annars begrepp med en lång och brokig historia. Att redogöra för denna historia är tyvärr omöjligt i detta sammanhang. Ingenting (eller nåja...) skulle ha kunnat glädja mig mer än att här kunna hänvisa till ett gediget översiktsverk om dessa begrepps historia. Sådana verk förefaller dock – förvånansvärt nog – lysa med sin frånvaro. Jag finner mig därför nödgad att säga något kort om i varje fall två olika användningar av begreppet kapital som har haft, och fortfarande har, stor betydelse.

Ett vanligt synsätt är det där kapital ses som en av de tre klassiska produktionsfaktorerna: arbete, jord och kapital. Detta synsätt är dominerande inom gängse ekonomisk teoribildning av idag. (Se till exempel Case, Fair, Gärtner, Heather 1999, s. 252; Söderberg 2007, s. 8). Med kapital avses här "allt sådant som människan har skapat för att effektivisera eller underlätta

utveckling, och därmed en avgörande faktor för lösningen av underutvecklingens problem, fått stort genomslag. Denna uppfattning, som har fått stor spridning inte minst till följd av den lättillgängliga och populära form som den har presenteras i, förefaller i hög grad ha inspirerats av ekonomisk teori där klara, tydliga och väldefinierade äganderätter ses som det optimala verktyget för skapandet av ekonomiskt välstånd. Vidare har, för just intellektuella resurser, betydelsen av kapitalisering betonats inom ramen för en evolutionär värdeskapandemodell där konstruktionen av intellektuellt kapital utgör ett viktigt mål för den kommersiella hanteringen av intellektuella resurser.

#### **4.2.1 Kapitalisering som den främsta förutsättningen för välstånd och som den generella lösningen på underutvecklingens problem**

På senare tid har möjligheterna att utnyttja resurser som kreditsäkerhet – eller, som det har uttryckts i dessa sammanhang, som kapital – framhållits som en

---

produktionen [...] tillverkade föremål som redskap, maskiner, byggnader eller vägar [...] husdjur som människan fött upp [...] arbeten som lagts ned för att förbättra jorden [...] förvärvad kunskap som ibland även kan kallas för mänskligt kapital". (Se Söderberg 2007, s. 8.)

Ett annat synsätt utgörs av det marxistiska. Enligt Marx skall kapital egentligen inte förstås som ett objekt (även om det sägs vara just ett objekt som blir resultatet av kapitaliseringsprocessen) utan som en (social) process som inte går att skilja från varufiktionen och den exploatering av arbetskraften som i Marx värld är det enda som skapar mervärde. Kapital är alltså för Marx egentligen ingenting annat än arbete som fixerats i en ständigt självförökande process: "Kapitalet är dött arbete, som blott lever upp på vampyrvis genom att insuga levande arbete och lever dess kraftigare, ju mer det insuger därav." (Se Marx 1930, s. 204.)

Marx syn på kapital kan dock inte förstås separerad från hans värdeteori – arbetsvärdeteorin: "Låt oss vidare ta två varor, t.ex. vete och järn. Vilket än deras utbytesförhållande är, kan det alltid framställas i en ekvation, vari ett givet kvantum vete sätts lika med ett visst kvantum järn, t.ex. 1 quarter vete lika med 2 ctr järn. Vad innebär denna ekvation? Att något gemensamt och av samma storlek existerar i två olika ting, i 1 quarter vete och likaledes i 2 ctr järn. Båda äro alltså lika något tredje som i och för sig varken är det ena eller det andra. Var och en av dem bägge måste, såvitt de äro bytesvärden, kunna reduceras till detta tredje." (Se Marx 1930, s. 21.) Denna tredje faktor är enligt Marx lika med det arbete som har behövt läggas ner för att producera varorna i fråga. (Rättare sagt så avgörs varors värde enligt Marx av det samhälleliga genomsnittsarbete som har lagts ner – annars skulle varor som har tillverkats av mindre skickliga, långsamma arbetare vara mer värda än varor som tillverkats av skickligare, snabbare arbetare.) Kapitalisten måste följaktligen, för att de transaktioner som företas skall generera en vinst – ett mervärde – exploatera arbetarna. Något värde utanför det som har skapats av arbetet finns ju inte. (Marx bortser alltså helt från att bytesvärde kan avgöras av faktorer som tillgång och efterfrågan, känslor, skönhetsuppfattningar, regleringar och så vidare. Det vill säga att bytesvärdet kan avgöras av en mängd olika faktorer och inte nödvändigtvis går att reducera till en enskild faktor.) Föreställningen om att varor skulle ha ett inneboende bytesvärde (skilt från arbetsvärdet) avfärdade Marx som en "varufetisch" – det vill säga en naiv "metafysisk" uppfattning. Det är i samband med detta som han presenterar sin berömda bordsmetafor som avslutas med påståendet att varufetischen omvandlar relationerna mellan människor till relationer mellan objekt. Kapitalistens vinst i samband med en egendomstransaktion utgörs enligt Marx alltså av det arbetsvärde som han "stjäl" från de arbetare som har tillverkat den sålda varan. Det kapitalistiska systemet bygger alltså i grunden på exploatering av arbetskraft och kapital är helt enkelt lika med skillnaden mellan arbetets reella värde och det värde som tillfaller dem som faktiskt utfört arbetet.

faktor av central betydelse för ekonomisk utveckling.<sup>96</sup> Det som har betonats särskilt inom ramen för detta synsätt – ett synsätt som (med visst våld å paradigmbegreppet, det skall erkännas) skulle kunna betecknas som ett kapitaliseringsparadigm – är att kapitalisering möjliggör ett utnyttjande av resurser i flera dimensioner samtidigt. Med detta synsätt ses kapital som resurser vilka genom en representationsprocess fått förmågan att "leva ett osynligt, parallellt liv vid sidan av sin materiella existens".<sup>97</sup> Att egendom kan användas som säkerhet för en kredit är enligt detta synsätt det främsta uttrycket för denna parallella existens. Det finansiella systemet gör det exempelvis möjligt att utnyttja ett hus inte bara för att till exempel bo i, som kontorslokal eller som försäljningslokal utan också som medel för att dra in ytterligare resurser som i sin tur kan användas för olika investeringar. Dessa investeringar genererar sedan ytterligare resurser. Resurser som sedan i sin tur givetvis kan användas som kapital, vilket möjliggör ytterligare investeringar. Som genererar ytterligare resurser. Och så vidare... Kapitalisering ses inom ramen för detta synsätt alltså som ett oundgängligt verktyg för ekonomisk utveckling. Fattiga människor i tredje världen anses heller inte i första hand lida brist på tillgångar. Den så kallade tredje världens slumområden beskrivs tvärtom som områden där det sjuder av ekonomisk aktivitet och där människor har tillgång till mängder av resurser. Det som dessa fattiga människor sägs sakna är istället formella äganderättssystem. En grundläggande förutsättning för att kapitaliseringen skall fungera anses nämligen vara klara, tydliga och väl avgränsade äganderätter. Kapitaliseringsparadigmets grundläggande idé kan alltså i korthet beskrivas som: Ge tredje världens fattiga tillgång till samma slags äganderättssystem som finns i västvärlden och de kommer relativt snabbt att "väcka liv" i sitt "döda kapital" och underutvecklingens problem skulle kunna få en relativt snabb lösning.<sup>98</sup>

För att rätt förstå den betydelse som i dessa sammanhang läggs vid klara, tydliga och väl avgränsade äganderätter är det nödvändigt att förstå den bredare teoretiska ram inom vilken dessa föreställningar växt fram. Det handlar här om en teoribildning som har benämnts äganderättssystemet och som kan karakteriseras som en underdisciplin inom neoinstitutionalismen. I denna tradition anses klara, tydliga och väl definierade äganderätter vara avgörande inte bara för kapitalisering utan för effektivt resursutnyttjande i stort.

---

<sup>96</sup> Till särskilt pregnant uttryck kommer denna föreställning i de Soto 2004. Hernando de Soto har betecknats som "ett slags utvecklingsekonomins superstjärna", se Granér 2005, s. 59, se även Gilbert 2002, s. 2-3. de Sotos arbete har både hyllats av många av världens politiska ledare (bland annat George Bush, Kofi Annan, Bill Clinton, Margaret Thatcher och Ronald Reagan – och i Sverige: Allan Larsson) och höjts till skyarna av inflytelserika akademiker (exempelvis Ronald Coase och Milton Friedman), se <http://ild.org.pe/en/recognition> samt exempelvis Gilbert 2002, s. 2-3.

<sup>97</sup> Se de Soto 2004, s. 18. Som synes talar de Soto i första hand om materiella resurser. I princip är de Sotos synsätt dock applicerbart även på intellektuella resurser.

<sup>98</sup> Se de Soto 2004, exempelvis s. 17-19.

#### 4.2.2 De klara, tydliga och väl avgränsade äganderätternas betydelse för kapitaliseringsprocessen och det effektiva utnyttjandet av resurser: Äganderättsparadigmet

Föreställningen om den privata äganderättens stora betydelse för ekonomisk effektivitet och utveckling har sedan 1960-talet växt sig så stark att det talas om ett särskilt äganderättsparadigm inom den ekonomiska teoribildningen. Äganderättsparadigmet kan beskrivas som en subdisciplin inom neoinstitutionalismen.<sup>99</sup> Neoinstitutionalismen kan i korthet beskrivas som ett försök att svara på frågan hur den rigorösa men ack så statiska neoklassiska modellen skulle kunna utvidgas till att omfatta även de dynamiska faktorer som alla vet i realiteten spelar en så stor roll för samhällliga processer; inte minst ekonomisk utveckling.<sup>100</sup>

Inom ramen för äganderättsparadigmet har analysen inriktats på hur olika institutionella arrangemang kring resursutnyttjande kan antas påverka individers beteende och därmed i förlängningen ekonomisk effektivitet och utveckling. Slutsatsen är att starka privata äganderätter i allmänhet genererar en betydligt högre grad av ekonomisk effektivitet än arrangemang som bygger på gemensamt ägda resurser eller begränsade äganderätter.<sup>101</sup>

Insikten om den privata äganderättens stora betydelse som samhälllig institution och teorier kring äganderättens betydelse och funktioner är för övrigt givetvis ingenting nytt. Analysen av olika aspekter av äganderätten utgör numera också ett i det närmaste oändligt forskningsområde. Det har anlagts otaliga perspektiv på frågan. Äganderätten kan till exempel analyseras ur ett konstitutionellt perspektiv och som en grundläggande mänsklig rättighet.<sup>102</sup> Rätten till privat egendom som en mänsklig rättighet kommer till exempel till uttryck i artikel 17 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna samt i artikel 1 i första tilläggsprotokollet till Europakonventionen samt i 2 kap 18 § regeringsformen. Äganderätten som mänsklig rättighet reflekterar en lång och komplicerad historisk-politisk process. Effektivitetsaspekten är långt ifrån det enda perspektiv som har förts fram för att motivera den privata äganderätten. Minst lika viktiga har till exempel moraliska argument (den som först har tillägnat sig eller lagt ned arbete på att ta fram en resurs har en moralisk rätt till resursen) och "vertikala" argument varit (den privata äganderätten är nödvändig som ett skydd för den enskilde gentemot övergrepp från staten). I båda dessa fall är en hänvisning till John Locke på sin plats: "Though the earth and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has *Property* in his own *Person*. This no Body has any right to but himself. The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joynd to it something that is his own, and

---

<sup>99</sup> Några tidiga och centrala bidrag inom äganderättsparadigmet och neoinstitutionalismen, eller mer exakt "New Institutional Economics", är Alchian & Demsetz 1973; Coase 1937; Coase 1960; Demsetz 1967.

<sup>100</sup> Se till exempel Pålsson Syll 2007, s. 487-488 samt Sandelin 1998, s. 137. Se även Ronald Coases nobelprisföreläsning, [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/-coase-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/-coase-lecture.html).

<sup>101</sup> Väldigt tydliga med detta är Alchian & Demsetz 1973. Även om de Soto betonar just kreditgivningens och kreditsäkerhetens betydelse i högre grad än vad som har varit gängse inom äganderättsparadigmet, så kan enligt min mening de Sotos arbete som sagt, åtminstone i viss utsträckning, ses som en populär och lättillgänglig version av det teoretiskt mer svårtillgängliga äganderättsparadigmet.

<sup>102</sup> Se till exempel Åhman 2000 samt Åhman 2009.

thereby makes it his *Property*.”<sup>103</sup> Intressant att notera är att Locke här fortsätter och framhåller att äganderätten till arbetsresultatet kräver att det finns “enough and as good left in common for others”.<sup>104</sup> Detta kan givetvis framstå som ett oväntat radikalt uttalande från en enclosureapologet som Locke.<sup>105</sup> En vanlig tolkning av Locke är dock att även ett tillägnande som innebär att andras situation faktiskt försämras i vissa avseenden skall anses vara legitimt, så länge som det inte försämrar någons totala situation. Backstugusittaren kanske blir av med möjligheten att valla sina getter på allmanningen. Möjligheterna att få ett betalt jobb hos jordägaren eller att köpa billigare produkter ökar emellertid, tycks Locke mena. Detta eftersom privat kontroll över resurser möjliggör ett så mycket effektivare värdeskapande än gemensam kontroll.<sup>106</sup> Lockes främsta syfte med att framhålla att äganderätten grundas på tillägnande var dock att motivera suveränens skyldighet att respektera den privata äganderätten. Eftersom det första tillägnandet historiskt sett föregick statens uppkomst hade ägarna en naturlig prioritet framför staten.<sup>107</sup> Det handlar med andra ord om ett så kallat vertikalt perspektiv.

Den teoretiska grunden för påståendet att starka privata äganderätter i allmänhet genererar en betydligt högre grad av ekonomisk effektivitet än arrangemang som bygger på gemensamt ägda resurser baseras på antagandet att oklart formulerade äganderätter (eller, för den delen, arrangemang som går ut på kollektivt utnyttjande) leder till externa effekter som motverkar ett optimalt utnyttjande av resurser.<sup>108</sup> När oklart formulerade äganderätter leder till att resurser överutnyttjas, och i vissa fall kanske till och med förstörs, talar man om negativa externa effekter. Grundproblemet är i detta sammanhang att de som kontrollerar resurserna i fråga inte bär den fulla (samhälleliga) kostnaden för

---

<sup>103</sup> Se Locke 1996, s. 287-288.

<sup>104</sup> Se Locke 1996, s. 288.

<sup>105</sup> Se vidare avsnitt 6.4 om enclosuresrörelsen.

<sup>106</sup> Se vidare Kymlicka 1999, s. 116ff. om detta så kallade ”Lockeska villkor”. Värt att notera om Locke är också att han, i samband med det berömda avsnittet om ”ekollon plockade under en ek” och ”äpplen plockade från träden i skogen”, förde fram ett argument som med dagens terminologi skulle klassificeras som ett klockrent transaktionskostnadsargument. Lockes poäng var att privat kontroll över resurser är nödvändig inte bara för att uppnå ett optimalt utnyttjande av resurser utan för att möjliggöra ett utnyttjande överhuvudtaget: ”And will any one say that he had no right to those Acorns and Apples he thus appropriated, because he had not the consent of all Mankind to make them his? Was it a Robbery thus to assume to himself what had belonged to all in the Common? If such a consent as that was necessary, man had starved, notwithstanding the Plenty God had given him.” (Se Locke 1996, s. 288. Se även Merges 2008a, s. 108.)

<sup>107</sup> Se vidare Hansson 1994b, s. 101ff. som även framhåller hur västs kolonisering av övriga delar av världen ofta motiverades med det Lockeska argumentet: ”John Lockes teori om ägandet har haft stort inflytande på den västerländska rättsuppfattningen. Den användes inte bara för att hävda ägares rätt gentemot statsmakten, utan också för att motivera kolonistörers rätt att beslagta mark från naturfolk. Att använda mark för jakt och fiske ansågs inte vara en tillräcklig ’inblandning’ av eget arbete för att ge upphov till äganderätt. Därför ägde Nordamerikas indianer inte den mark de var beroende av för sin försörjning. Det var fritt fram för nybyggarna att lägga beslag på den och göra den till sin egen åkermark. Så sent som år 1979 använde filosofen David Gauthier väsentligen detta argument till stöd för kolonisationen av Nordamerika.[n]” (Se a.a., s. 102-103.)

<sup>108</sup> Den teoretiska grunden för detta resonemang lades av Coase 1960 i den numera så berömda artikeln *The Problem of Social Cost*. Detta problem har också beskrivits som ”the tragedy of the commons”. (Se Hardin 1968.) Numera är det, som Ostrom påpekar (se Ostrom 1990, s. 2-7), vanligt att problemet motiveras teoretiskt även med spelteori (närmare bestämt det spel som brukar kallas fångarnas dilemma) samt med det som brukar kallas ”the logic of collective action” (det vill säga Mancur Olsons teori vars kärna är att ”unless the number of individuals is quite small, or unless there is coercion or some other special device to make individuals act in their common interest, *rational self-interested individuals will not act to achieve their common or group interests*”. (Se Olson 1965, s. 2.)

utnyttjandet. I de fall frånvaron av väldefinierade äganderätter leder till att den som investerar i produktionen av en resurs inte har möjlighet att kontrollera det värde som genereras av investeringen talar man om positiva externa effekter.

I båda dessa fall sägs alltså de externa effekterna leda till att det samlade välståndet minskar. I närvaron av negativa externa effekter finns det inga incitament för den enskilda individen att, i syfte att uppnå en långsiktig hållbarhet, begränsa sitt resursutnyttjande. Vanliga exempel på detta fenomen är utfiskning och utrotning av bytesdjur på land respektive markerosion till följd av överbetning och andra typer av miljöförstöring.<sup>109</sup> För den enskilde är det i dessa fall rationellt (givet det neoklassiska rationalitetskriterium som neoinstitutionalismen och äganderättsparadigmet håller sig med) att så fort som möjligt utnyttja en så stor andel av resurserna som möjligt: "Om inte jag utnyttjar resurserna nu, så kommer någon annan att göra det." När det däremot föreligger positiva externa effekter eroderas incitamenten att investera i produktionen eller förbättringen av resurserna. Den som investerar kommer ju inte att få skörda de ekonomiska frukterna av den nedlagda kostnaden. I varje fall inte i tillräckligt hög utsträckning för att motivera det risktagande som investeringen innebär.<sup>110</sup> Förekomsten av positiva externaliteter är för övrigt den numera

---

<sup>109</sup> Se till exempel Alchian & Demsetz 1973, s. 19-20. I mer avgränsad mening är det just den här typen av överutnyttjande av ändliga resurser som brukar betecknas "the tragedy of the commons".

<sup>110</sup> Ett aktuellt exempel där detta perspektiv ofta anförs är skivindustrins problem till följd av digitaliseringen. Det är, som Schollin med hänvisning till Coase 1937 framhåller (se Schollin 2008, s. 130), också möjligt att förklara skivindustrins problem med att informations- och kommunikationsteknologins utveckling har medfört att stora delar av de transaktionskostnader som motiverade skivbolagens existens nu har försvunnit (se vidare om den här typen av transaktionskostnadsbaserade förklaringar till organisationers uppkomst, avsnitt 6.5). I grunden utgörs skivindustrins produkt av information; en typ av vara vars kostnad har sänkts dramatiskt i takt med den tekniska utvecklingen. Möjligt är också att skivindustrins problem har förvärrats av ett alltför krampaktigt fasthållande vid en, mot bakgrund av den tekniska utvecklingen, sannolikt föråldrad affärsmodell baserad på exemplarförsäljning. Det är i varje fall möjligt att slå fast att skivindustrin endast har reagerat långsamt och till synes motvilligt på de tekniska förändringarna. (Se vidare Schollin 2008, s. 129ff.) (Kanske ser vi dock för tillfället början till skivindustrins verkliga skifte bort från exemplarmodellen. Apple har, i samarbete med världens största skivbolag, valt att överge det DRM-baserade kopieringsskydd som hittills har omfattat de låtar som sålts via iTunes – världens största musikaffär. Se till exempel <http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=3130&a=870729>. iTunes utveckling bort från DRM startade emellertid redan i april 2007 då EMI beslutade att via iTunes sälja hela sin katalog utan DRM-skydd. Se vidare om detta, Schollin 2008, s. 332ff. Spotify växer – men gör ännu inte någon vinst, tvärtom – och inkluderar i alltfler telefoni och bredbandstjänster. Att detta sammanfaller med att skivindustrin under de första nio månaderna år 2009, för första gången sedan 2001, ökade sina intäkter, med 18 procent, se Johansson & Larsson 2009, s. 2, är kanske inte en slump...) Vårt att framhålla är att skivindustrin inte skall blandas ihop med musikindustrin, vilken som helhet inte förefaller att ha drabbats särskilt hårt av digitaliseringen. Se till exempel Johansson & Larsson 2009 som konstaterar att "total revenues for the Swedish music industry have stayed basically the same since 2000, [...] artist's revenues have increased and [...] collecting activities have become crucially important for the whole industry". Se även Times Online Lab <http://labs.timesonline.co.uk/blog/2009/11/12/do-music-artists-do-better-in-a-world-with-illegal-file-sharing/> som visar på ungefär motsvarande resultat avseende den brittiska musikindustrin. Skivindustrins stora tapp har kompenseras av de ökade inkomsterna från livespelningar. De ökade inkomsterna från livespelningar är också anledningen till att artisternas

främsta motiveringen, i form av ett incitamentsargument, för förekomsten av immateriella rättigheter överhuvudtaget.<sup>111</sup> Intellectuella resurser är typexempel på resurser som kännetecknas av positiva externaliteter.

Hur kan man då enligt äganderättsparadigmet komma till rätta med externalitetsproblemet? Jo, för att undvika att de externa effekterna leder till ineffektivitet måste dessa effekter internaliseras. Den aktör som utnyttjar en resurs måste också bära de fulla kostnaderna för detta utnyttjande, liksom den aktör som investerar i produktionen av en resurs måste ges möjlighet att kontrollera intäkterna från denna resurs. Endast då kan man förvänta sig ett optimalt resursutnyttjande.

Det är visserligen möjligt att tänka sig en mängd sätt varigenom externa effekter skulle kunna internaliseras.<sup>112</sup> Det mest uppenbara är kanske olika typer av offentliga ingrepp. Negativa externa effekter kan motverkas genom beskattning och avgifter.<sup>113</sup> De incitamentshämmande effekterna av positiva externa effekter kan mildras genom olika typer av offentligt stöd. Statliga subventioner riktade till privata producenter, produktion i offentlig regi samt olika offentliga belöningsmodeller för produktionen av nya värdefulla intellektuella resurser är typexempel på alternativa arrangemang för att skapa incitament för produktion av intellektuella resurser.<sup>114</sup> Det kan även tänkas att externa effekter kan motverkas och hanteras genom olika typer av "privata" normsystem.<sup>115</sup> Det vill säga arrangemang som växer fram spontant bland dem som hanterar resurserna.

Enligt äganderättsparadigmet är dock arrangemang som går ut på privat äganderätt och utbyte på en fri marknad i allmänhet ett överlägset alternativ. De kollektiva lösningsalternativen avvisas framförallt på grund av övervaknings-

---

inkomster, enligt Johansson & Larsson 2009, s. 6, har ökat med 34,6 procent sedan år 2001. Johansson & Larsson, s. 6-7 är dock noga med att framhålla att detta inte skall tolkas som att det nu står klart "fildelning är bra för artisterna": "Although the music industry system as a whole is generating basically the same amount of total revenues as earlier, the downturn in recording revenues can still have severe long term effects for the music industry, since record labels have been important investors and financiers of new and creative music releases. This could change if business models change radically, with new actors taking over roles previously carried out by the traditional record companies. [...] as revenue streams have shifted there is still a need for concern regarding cultural creativity and new production. Traditionally, the live sector has not invested in building new talents by producing, recording and marketing the music. The radical decline in the recording sector has probably affected new releases and new artists in a negative way. Whether this will be handled by the major players in the new economic reality remains to be seen."

<sup>111</sup> Se vidare avsnitt 6.1.

<sup>112</sup> Se vidare till exempel Granér 2002, s. 28-29.

<sup>113</sup> För de välfärdsekonomer som Coase i första hand vände sig mot var det framförallt beskattning som var det självklara botemedlet mot den här typen av marknadsmisslyckanden. (Om välfärdsekonomerna, se Pålsson Syll 2007, s. 315-316.)

<sup>114</sup> Exempelen hämtade från David 1993, s. 27. Se även Granstrand i SOU 2006:80, s. 131. I praktiken utnyttjas också den här typen av arrangemang flitigt, i kombination med immaterialrättsliga system. Den faktiska produktionen av intellektuella resurser är en mycket komplicerad historia.

<sup>115</sup> Se vidare avsnitt 6.5.

problem. Den enskilde anses nämligen ha ett incitament att åka snålskjuts på kollektivets insatser – det så kallade fripassagerarproblemet.<sup>116</sup> Detta kan också i sig ses som en särskild form av externalitet. Den optimala lösningen på problemet anses som sagt vara att aktörerna får fördela privata äganderätter på en fri marknad. Med en sådan lösning anses externalitetsproblemet få sin lösning genom de spontana fördelningar som aktörerna själva, drivna av intresset att maximera sitt eget ekonomiska utfall, kommer fram till. I korthet skulle man kunna beskriva utfallet av den privata fördelningen som att marknadsmekanismen medför att en resurs hamnar hos den som har kapacitet att utnyttja (eller inte utnyttja – det vill säga har ett effektivare alternativ att erbjuda) den på effektivast möjliga sätt. I varje fall anses detta vara fallet så länge som transaktionskostnaderna inte är alltför höga.<sup>117</sup> Förekomsten av transaktionskostnader (det vill säga de kostnader som är associerade med att hitta en avtalspart, genomföra förhandlingen och sedan övervaka efterlevnaden av avtalet) anses nämligen kunna leda till att andra arrangemang än privat äganderätt och marknadsutbyte genererar ett efter omständigheterna optimalt resursutnyttjande.<sup>118</sup> Det är alltså inte så att äganderättsparadigmatikerna är omedvetna om eller väljer att bortse från realiteterna. De är väl medvetna om att den verkliga världen i hög grad kännetecknas av transaktionskostnader och bristande information.<sup>119</sup> Äganderättsparadigmatikerna menar dock att det finns

---

<sup>116</sup> Alchian & Demsetz 1973, s. 21, 22. Detta problem kopplas sedan (i Hayeks anda) ihop med en nödvändig framväxt av centraliserade, auktoritära och indoktrinerande system: "[...] it is necessary for societies which fail to establish private rights to move ever closer to a social organization in which the behavior of individuals is directly regulated by the state or indirectly influenced by cultural indoctrination." (Se a.a., s. 23.)

<sup>117</sup> Enligt Coase 1960 spelar det – i ett transaktionskostnadsfritt tillstånd, det vill säga när perfekt konkurrens råder och prissystemet alltså fungerar utan kostnader – exempelvis ingen roll om den vars aktivitet orsakar en skada är ersättningsskyldig eller inte. Det spelar med andra ord ingen roll hur rättigheterna är fördelade. Möjligheten att ingå avtal på den fria marknaden leder till att resurserna utnyttjas optimalt i vilket fall som helst. I det fall skadegöraren (A) är ersättningsskyldig kommer A att ersätta den skadelidande (B) i det fall den vinst A kan göra genom den skadegörande aktiviteten är tillräckligt stor för att kompensera B:s förlust och samtidigt lämna kvar ett överskott till A. (Ergo, mot bakgrund av den "rättframma kostnadsintäktskalkyl" som Coase tillämpar, A:s aktiviteter var mer värdeskapande än B:s och fick till följd av den osynliga handens verkningar fortsätta – om än inte ostört.) I det fall det inte föreligger någon ersättningsskyldighet för A kommer B att betala A för att upphöra med den skadegörande aktiviteten om B:s potentiella vinst räcker till för att kompensera A och samtidigt lämna kvar ett överskott till B. (Se Coase 1960, s. 6.) Vem som är ersättningsansvarig har alltså ingen betydelse för slutresultatet – i frånvaron av transaktionskostnader blir resultatet optimalt hur detta ansvar än är fördelat. Det betyder dock inte att frågan om ersättningsansvar – eller, med andra ord, fördelningen av rättigheter överhuvudtaget – är betydelselös. Tvärtom. Utan en ursprunglig fördelning av rättigheter kommer inget avtal att komma till stånd, och därmed ingen optimal fördelning. (Se Coase 1960, s. 7.).

<sup>118</sup> Den teoretiska grunden för detta argument lades av Coase redan 1937 i *The Theory of the Firm*. Förekomsten av ekonomiska organisationer som bolag, vilka i sig själva utgör icke marknadsbaserade lösningar (inom bolaget sker ju utbytet och kontakterna mellan aktörerna inte efter strikt marknadsekonomiska principer), vilket ur ett strikt neoklassiskt perspektiv i grunden måste ses som irrationellt, förklaras alltså av neoinstitutionalisterna som fullt rationella försöka att komma till rätta med transaktionskostnaderna.

<sup>119</sup> Coases kanske främsta poäng var ju faktiskt att institutioner och förekomsten av transaktionskostnader måste börja tas på allvar och inkluderas i den ekonomiska analysen. (Se



ett tillräckligt starkt empiriskt stöd för att man skall kunna hävda att det i allmänhet faktiskt är så att ett system baserat på privata äganderätter som transfereras på en fri marknad är överlägset samtliga alternativa arrangemang.<sup>120</sup>

---

Coase 1960, s. 10; Coase 1988, s. 15.) Att förekomsten av institutioner, organisationer och andra sammanslutningar (som ur ett strikt neoklassiskt perspektiv som sagt är anomalier) ges en enkel och, för många ekonomer, "inomvetenskaplig" förklaring framhålls också ofta som en av neoinstitutionalismens främsta prestationer. Se till exempel nobelpriskommitténs motivering ([http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/press.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/press.html)) samt Coases egen nobelprisföreläsning [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html). Exakt vad Coase egentligen menade i *Social Cost* är dock omtvistat. (Se till exempel Halpin 2007, s. 1.) Uppenbart är att han själv känner sig djupt missförstådd av såväl många av sina efterföljare som många av sina kritiker. (Se Coase 1988, s. 159.) Båda kategorierna har en tendens att endast intressera sig för det transaktionskostnadslösa idealtillståndet. Coases tänkande präglas hursomhelst av en som utgångspunkt negativ inställning till offentliga ingrepp i ekonomin. (En annan sak är att han är väl medveten om att en fungerande marknad bygger på ett komplicerat nätverk av normer där offentlig reglering av olika slag spelar en avgörande roll. (Se Coase 1988, s. 9)) I *Social Cost* intar Coase en tveksam hållning till offentliga ingrepp som svar på externalitetsproblem (Se Coase 1960, s. 9-10). Denna negativa inställning är ännu tydligare i *The Firm, the market and the law* från 1988: "The ubiquitous nature of 'externalities' suggests to me that there is a *prima facie* case against intervention, and the studies on the effects of regulation which have been made in recent years in the United States, ranging from agriculture to zoning, which indicate that regulation has commonly made matters worse, lend support to this view". (Se Coase 1988, s. 24-26.) I både *Social Cost* och *The Firm, the market and the law* framhålls dessutom att det av kostnadsskäl ofta kan antas vara bättre att inte göra någonting alls åt externaliteter (Se Coase 1960, s. 10 respektive Coase 1988, s. 26). Det är alltså sammanfattningsvis inte särskilt långsökt att läsa Coase som att han faktiskt menar att fördelning av privata äganderätter på en fri marknad inte bara är en överlägsen fördelningsmodell i den transaktionskostnadslösa utopin utan även i levande livet, om än i detta senare fall inte en lösning som alltid leder till teoretiskt optimala resultat.

<sup>120</sup> Redan 1980, alltså precis i den brytningstid då Reaganomics och Thatcherism med den åtföljande vågen av privatiseringar och avregleringar var på väg att slå igenom på allvar, kunde De Alessi sammanfatta det empiriska stödet för äganderättsparadigmet enligt följande: "Common and usufruct rights, relative to property rights, weaken the incentive to conserve resources. Thus, common ownership of land in Tripolitania and of oysterbeds in the United States is associated with lower average productivity of labor, lower labor income, smaller total product, greater seasonal variation in output, and less efficient use of resources. Common ownership of capital in Yugoslavia and in the British footwear industry is associated with a higher proportion of current income devoted to wages rather than to investment; moreover, worker managed firms are smaller, grow at a slower rate, and use less investment per worker. Similar usufruct rights to land on the Navajo and Cheyenne reservations lead to overgrazing and in Mexico yield lower average and marginal productivity of labor, higher average and marginal productivity of capital, and faster population growth. Usufruct rights to human capital in the Americas under the Spanish Crown encouraged using up the Indian populations [sic!]. [...]" Och så vidare. (Se De Alessi 1980, s. 44ff.) Man kan nog för övrigt konkludera att äganderättsparadigmets betydelse för samhällsutvecklingen de senaste decennierna sannolikt har varit mycket stor, även om man räknar bort fixstjärnor som de Soto och Coase. Teorins företrädare berömmar sig i varje fall själva av att äganderättsparadigmet i kombination med "public choice"- och "government failure"-teori har utgjort ett effektivt intellektuellt verktyg i händerna på dem som har förespråkade omfattande privatiseringar och avregleringar: "A confluence of political and economic factors gave the initial impetus to privatization and deregulation. On the political front, a reaction set in against the growth of the public sector in the previous decades. Big government became a particular target because high inflation rates were squeezing private consumption. On the economic front, advocates of privatization and deregulation could draw on an evolving intellectual heritage: the property rights, public choice and government failure literature [...]" (Se Bailey & Pack Rothenberg 1995, s. xiii.)

### 4.2.3 Kapitalisering som slutfasen i en evolutionär värdeskapandemodell för intellektuella resurser

Betydelsen av egendomifiering och kapitalisering har även framhållits särskilt för intellektuella resurser inom ramen för vad som kan betecknas som en evolutionär värdeskapandemodell. Begreppen tillgång, egendom respektive kapital befinner sig enligt denna beskrivning i ett slags utvecklingsförhållande till varandra; för att en tillgång skall kunna omvandlas till kapital måste den först ha omvandlats till egendom.<sup>121</sup>

Med intellektuell tillgång avses en intellektuell resurs som är värdefull för innehavaren men inte möjlig att kontrollera i någon högre grad. Typiskt sett kan det handla om resurser som exempelvis en framgångsrik organisationsstruktur eller oidentifierad och ostrukturerad know-how. I det senare fallet kan en viss grad av kontroll uppnås genom exempelvis en medveten strategi som syftar till att identifiera, strukturera och hemlighålla den know-how som det är fråga om. En ännu högre grad av kontroll kan vanligtvis åstadkommas med hjälp av olika immaterialrättsstrategier. I dessa fall blir det ofta möjligt att börja utnyttja den intellektuella resursen på ett objektsliknande sätt. Vanligt förekommande är till exempel att kommersialisera den här typen av intellektuella resurser med hjälp av en licensstrategi. Kontrollmöjligheterna kommer emellertid sällan upp i nivå med den kontroll som en ägare till en materiell resurs vanligtvis åtnjuter. Det är till exempel som sagt ännu mycket ovanligt att intellektuella resurser kan utnyttjas som kreditsäkerhet – det vill säga som intellektuellt kapital. Att uppnå den typ av kontroll som krävs för att möjliggöra kapitalisering av intellektuella resurser betraktas inom ramen för detta synsätt som ett mål, inte bara för de enskilda aktörer som innehar och hanterar intellektuella resurser utan även för samhället i stort. Det handlar i detta sammanhang inte enbart om utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kapital i meningen kreditsäkerhet utan även om möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som plattformar, byggstenar och verktyg för affärsverksamhet i en alltmer intellektualiserad ekonomi.<sup>122</sup>

Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som just kreditsäkerhet har hursomhelst ansetts kunna antas gynna framförallt de små och medelstora kunskapsföretag som vanligtvis anses spela en central roll för den tekniska och ekonomiska utvecklingen.

---

<sup>121</sup> Se Petrusson 2004, s. 231.

<sup>122</sup> Se vidare kapitel 11.

### **4.3 Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas få positiva effekter för framförallt mindre och medelstora kunskapsföretag**

Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet framstår som särskilt betydelsefullt för de mindre och medelstora kunskapsföretag som så ofta framhålls som särskilt betydelsefulla för tillväxt och framtida välstånd.<sup>123</sup> Ett teknologiföretag i vardande har i allmänhet behov av stora summor för fortsatt utveckling av teknologin i fråga samt för att framgångsrikt genomföra kommersialiseringen av den eller de produkter som bygger på denna teknologi. Samtidigt har den här typen av företag sällan några materiella resurser att tala om. Företagets intellektuella resurser kan emellertid vara mycket värdefulla. Det är dock viktigt att understryka att detta inte innebär att alla kunskapstunga små och medelstora företag är lämpliga kandidater för lånefinansiering baserad på kreditsäkerhet i intellektuella resurser.

För att lånefinansiering baserat på intellektuella resurser skall bli aktuellt kan det antas att det i de flesta fall krävs att företagets produkt fått åtminstone ett första fäste på marknaden och att det står klart att det finns utsikter för vidare kommersialisering.<sup>124</sup> I tidigare faser – när teknologin är oprövad och det inte finns några inkomster som skulle kunna användas för att betala av ett lån med – föreligger i allmänhet så pass stora risker att verksamheten lämpligen finansieras på annat sätt, till exempel genom riskkapital.<sup>125</sup>

Det är alltså i allmänhet först när tekniken är i det närmaste färdigutvecklad och verksamheten har börjat generera vissa intäkter som det kan antas bli aktuellt med lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser. I denna fas behövs ofta ytterligare kapital för att täcka kostnader för sådant som marknadsföring, ytterligare forskning och utveckling samt kostnader för verksamheten i allmänhet. Att få tillgång till ytterligare riskkapital i denna fas kan emellertid ofta vara svårt.<sup>126</sup> De risker som är förknippade med den ursprungliga utvecklingen är passerade och det finns en produkt som är gångbar

---

<sup>123</sup> Se till exempel Europeiska kommissionen 2000; Prop. 2002/03:49, s. 64-65; UEAPME 2005.

<sup>124</sup> Se Davies 2006, s. 560. Jfr prop. 1987/88:4, s. 69-70 där det antogs att pantsättning av patent skulle komma att utnyttjas såväl under det initiala arbetet med att utveckla en innovation som under senare faser när produktion har kommit igång.

<sup>125</sup> Riskkapital definieras ofta som investeringar i bolagets egna kapital. Till skillnad från lånekapital ger riskkapital alltså investeraren en ägarandel (eller i varje fall möjlighet att erhålla en sådan) i bolaget. Begreppsförvirringen tenderar för övrigt att vara relativt stor i dessa sammanhang. Ofta används engelska begrepp som "private equity" och "venture capital". Med "private equity" avses vanligtvis investeringar i onoterade bolag. Investerarens avsikt är vanligtvis att avyttra investeringen inom 3-7 år. Även "venture capital" betecknar vanligtvis investeringar i onoterade bolags egna kapital. Ibland används "venture capital" och "private equity" synonymt, men ibland får "venture capital" beteckna endast investeringar i tidiga utvecklingsfaser. I begreppet "venture capital" läggs också ofta att investeraren är en aktiv investerare vars erfarenhet och kunskap kommer portföljbolaget till del. (Se till exempel Brealey, Myers & Allen 2008, s. 410-412 samt Nyman 2002, s. 15-17.)

<sup>126</sup> Och detta var fallet även under åren strax innan finanskrisen, när kapitalet flödade på ett sätt som vi kanske aldrig kommer att få se igen.

på marknaden, vilket innebär att verksamheten är i en fas där det av olika anledningar ofta kan vara mindre intressant för riskkapitalister att gå in med kapital.<sup>127</sup> Ytterligare riskkapitalrundor kan även framstå som mindre lockande för de ursprungliga investerarna (det vill säga ofta entreprenören/uppfinnaren själv). Finansiering genom riskkapital medför till exempel i allmänhet utspädningseffekter och även minskat inflytande över verksamheten i stort. De ursprungliga investerarna har alltså ofta ett intresse av att i denna fas hitta andra finansieringskällor.<sup>128</sup> Ett så kallat finansieringsgap (eng. "finance gap") riskerar att uppkomma.<sup>129</sup> Lånefinansiering baserat på utnyttjande av intellektuella resurser som säkerhet kan därmed i många fall vara ett intressant alternativ för den här typen av verksamheter, som annars är hänvisade till mer kostsamma, osäkrade finansieringslösningar – i den mån sådana överhuvudtaget finns att tillgå. I många fall kan detta självfallet vara lika med ingen finansiering alls, vilket givetvis kan leda till att värdefulla innovationer aldrig kommer samhället till del.

Den primära målgruppen för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet får alltså antas vara små och medelstora kunskapsföretag som har fått ett första fotfäste på marknaden för sina produkter. Det är emellertid möjligt att det i framtiden blir intressant för betydligt fler typer av företag att utnyttja sina intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Om en av finanskrisens långsiktiga konsekvenser blir att kostnaden för risk ökar och tillgången på krediter minskar betydligt kan även stora och stabila företags möjligheter att lösa inte minst sina kortfristiga finansieringsbehov minska. Därmed kan även större kunskapsstunga företag hamna i en situation där de ser ett klart och tydligt behov av att kunna använda intellektuella resurser som kreditsäkerhet.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Se Davies 2006, s. 560.

<sup>128</sup> Se Bezant 1998, s. 240-241.

<sup>129</sup> Se till exempel Davies 2006, s. 560 samt Bridging the Finance Gap 2003, särskilt s. 7 för den finanshistoriskt intresserade som vill veta lite mer om historien bakom termen "finance gap" men annars s. 9 för en sammanfattning om "the finance gap" i samband med lånefinansiering.

<sup>130</sup> Jag menar alltså inte att anledningen till att de större aktörerna (företag som till exempel IBM, Texas Instruments, Microsoft, Dow Chemical med flera) inte kan antas tillhöra den målgrupp för vilken den här typen av finansiering är mest aktuell beror på att den här typen av aktörer i många fall redan har väl utvecklade metoder för att utvinna värde med hjälp av sina intellektuella resurser. Utnyttjande av en resurs som kreditsäkerhet innebär ju som sagt att den kan utnyttjas på flera olika plan samtidigt. Att IBM effektivt utnyttjar sin teknologi genom sin mycket framgångsrika licensstrategi (som under många år lär ha genererat inkomster i storleksklassen en miljard dollar om året; en uppgift som i och för sig så smått har börjat ifrågasättas, se [www.iam-magazine.com/blog/Detail.aspx?g=3ad6b235-1a58-42a8-bb07-62bd4984f712](http://www.iam-magazine.com/blog/Detail.aspx?g=3ad6b235-1a58-42a8-bb07-62bd4984f712)) innebär ju inte med nödvändighet att de inte samtidigt skulle vilja utnyttja samma intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Anledningen till att det trots allt har varit ovanligt att den här typen av större, sedan länge väl etablerade, kunskapsföretag har utnyttjat sina intellektuella resurser som kreditsäkerhet är istället att de typiskt sett har haft betydligt större tillgång till kapitalmarknaderna överlag än de mindre aktörerna. När till exempel IBM har behövt låna kapital har det långtifrån alltid varit nödvändigt för bolaget att ställa säkerhet för en kredit. Ett stort antal olika möjligheter har varit öppna för en aktör av denna storlek. Exempelvis har det varit möjligt för ett bolag av IBM:s kaliber att finansiera sig genom att ge ut företagspapper. (Och det har inte alltid handlar om kortfristig finansiering. En transaktion som fick stor uppmärksamhet var när IBM 1996 gav ut en så kallad "century bond", det vill säga en

Ytterligare en aspekt av mer generellt intresse i detta sammanhang är att utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet även kan betraktas som en samhällsekonomiskt betydelsefull och önskvärd företeelse som kan stärka det nationella näringslivets internationella konkurrenskraft.<sup>131</sup> Det har med denna utgångspunkt hävdats att ett fungerande system för lånefinansiering baserat på intellektuella resurser är ett nationellt intresse eftersom frånvaron av ett sådant system försätter det egna näringslivet – och då i synnerhet de innovativa teknologiföretag, vilka som sagt ofta antas vara särskilt viktiga för den ekonomiska utvecklingen – i en sämre position än de utländska företag som har sin bas i jurisdiktioner där det finns fungerande system för sådan lånefinansiering.<sup>132</sup>

#### ***4.4 Sammanfattningsvis om den värdeskapande potentialen i ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet***

Sammanfattningsvis finns det alltså mycket som tyder på att det skulle vara önskvärt med utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Mot bakgrund av den stora betydelse som tillmäts utnyttjande av resurser som kreditsäkerhet i allmänhet kan det till och med verka lockande att helt oreserverat svara med ett rungande ja på frågan om vi inte borde göra allt för att möjliggöra att även de intellektuella resurserna skall kunna leva upp till sin fulla potential inom ramen för det finansiella system som ju i övrigt medger utnyttjande av de flesta typer av materiella resurser som kreditsäkerhet. Det kan emellertid som sagt antas föreligga vissa risker i sammanhanget. Det handlar dels om risker som har med kreditmarknadens funktionssätt att göra och dels om risker som har koppling till de möjliga konsekvenserna av en utökad exklusiv kontroll över den här typen av resurser. Inledningsvis skall vi titta närmare på de finansiella riskerna.

---

obligation som löper på 100 år. Det sammanlagda lånade beloppet uppgick till 850 miljoner dollar och räntan till 7,22 procent.) (Se Samuels, Wilkes & Brayshaw 1999, s. 215).

<sup>131</sup> Om den här typen av konkurrenskraftsideologi, se vidare Petrusson 1999, s. 96ff. där konkurrenskraftsideologins betydelse som motivering till patentsystemet diskuteras.

<sup>132</sup> I Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007, s. 2 uttrycks konkurrenskraftsideologin tydligt: "Many companies, including technology companies that currently have resort only to equity investors as a source of capital, as well as more traditional companies that rely increasingly on the use of intellectual property in their businesses, would benefit from access to low-cost secured credit predicated upon the value of their intellectual property rights. [...] In the absence of such a favorable legal environment, these companies will be deprived of an important source of potential financing, and will be placed at a competitive disadvantage in the global marketplace when pitted against companies located in jurisdictions having more favorable secured lending laws."



## 5 Om finansiella risker och kreditmarknadens funktionssätt

Ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan som sagt antas medföra vissa risker. Detta kapitel handlar om de risker som kan beskrivas som finansiella risker med en särskild koppling till kreditmarknadens funktionssätt. Som utgångspunkt kan varje utvidgning av möjligheterna att utnyttja resurser som kreditsäkerhet antas medföra vissa typiska risker. Som exempel kan nämnas risk för överskuldssättning, minskad effektivitet och ökade transaktionskostnader. Inom såväl den krediträttsliga diskussionen som den ekonomiska teoribildningen finns det också mycket riktigt föreställningar som går ut på att utökade möjligheter att utnyttja resurser som kreditsäkerhet inte alltid är något odelat positivt.<sup>133</sup>

### 5.1 *Föreställningar om behovet av en begränsning av möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet...*

Uppfattningen att möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet bör begränsas grundas för det första på en föreställning om att alltför vidsträckta möjligheter kan leda till minskad effektivitet till följd av den olikhet som förekomsten av kreditsäkerhet ger upphov till. Det har till och med hävdats att olikheten kan antas resultera i att kreditsäkerhet inte genererar några positiva samhällsekonomiska effekter överhuvudtaget. Uppfattningen att möjligheten att utnyttja resurser som kreditsäkerhet bör begränsas grundas för det andra på en föreställning om att vidsträckta möjligheter att utnyttja resurser som kreditsäkerhet kan orsaka riskpreferens, det vill säga leda till ett alltför stort risktagande. Inledningsvis kommer antagandet om att den olikhet som kreditsäkerhet medför kan leda till negativa effekter att behandlas.

---

<sup>133</sup> Denna uppfattning delas (givetvis) inte av alla. Helander är en av dem som är särskilt tydliga med den motsatta uppfattningen. I varje fall i meningen att han uttryckligen anger att förutsättningen för hans undersökning är att: "[...] det är ett samhälleligt intresse att kreditgivning underlättas, att så sker genom adekvat utformade möjligheter till kreditsäkerhet i lös egendom, och att det därför bör finnas säkerhetsformer som på ett effektivt och rationellt sätt möjliggör att *alla slag av lös egendom som kan vara av värde som kreditsäkerhet också kan utnyttjas som säkerhetsobjekt.*" (Se Helander 1984, s. 19-20. Min kurs.) Helander är emellertid alls inte omedveten om det som här benämns riskperspektivet. Han verkar dock mena att riskperspektivet lämpligast undersöks på ett annat plan och med andra metoder än de han har valt att tillämpa i sin undersökning. (Se Helander 1984, s. 19-20.) Denna Helanders utgångspunkt är kanske den, medvetet eller omedvetet, vanligaste utgångspunkten i krediträttsliga sammanhang. Kanske bör därför riskperspektivet snarare beskrivas som ett alternativt perspektiv i förhållande till ett dominerande krediträttsligt synsätt som inte fäster någon nämnvärd uppmärksamhet vid de mer generella risker som kan antas uppkomma i samband med kreditsäkerhet.

### 5.1.1 Olikhetsperspektivet

Med olikhetsperspektivet står förhållandet mellan säkrade och osäkrade fordringsägare i fokus.

Det har för det första hävdats att den olikhet som förekomsten av kredit-säkerhet ger upphov till inte kan antas leda till ett ökat utbud av förhållandevis billigare kredit.<sup>134</sup> Förekomsten av prioriterade kreditgivare kan nämligen antas medföra att kostnaden för osäkrade krediter ökar: "In a first approximation, secured credit should offer little advantage to the borrowing firms. The higher costs of credit from everyone but the secured lender offset the principal advantage, the lower interest rate charged by the secured creditor. To the extent the secured lender enjoys first priority in a debtor's assets, other lenders and suppliers assume increased risk when they deal with the debtor."<sup>135</sup>

Antagandet att kreditsäkerhet inte medför någon egentlig ekonomisk fördel eftersom de icke säkerställda borgenärerna anpassar sig till förekomsten av kreditsäkerhet grundas på Modigliani och Millers så kallade irrelevanteori.<sup>136</sup> Modigliani och Millers poäng är att på en perfekt marknad (det vill säga en marknad där alla aktörer är rationella, har full information, transaktionskostnaderna är obefintliga och så vidare) påverkar företagets kapitalstruktur inte företagets värde. På en perfekt marknad kommer icke säkerställda kreditgivare och aktieägare givetvis att anpassa sig till förekomsten av kreditsäkerhet. Möjligheten att ställa säkerhet kommer därmed inte att ge upphov till några ekonomiska fördelar på aggregerad nivå. Snarare tvärtom, eftersom de kostnader som är associerade med att hantera kreditsäkerheten inte vägs upp av några samhällsliga fördelar. I den tidiga rättsekonomiska litteraturen ansågs irrelevanteorin ge upphov till en gåta. Om nu kreditsäkerhet inte ger upphov till några egentliga ekonomiska fördelar. Varför i hela fridens namn är då kreditsäkerhet så vanligt förekommande? Genom årens lopp har det förts fram många alternativa förklaringar.<sup>137</sup> De flesta av förklaringarna bygger på introduktionen av faktorer som går utanför de antaganden som ligger till grund för irrelevanteorin.<sup>138</sup>

Det teoretiska frågetecknet kring kreditsäkerhetens effekter förefaller dock inte få något stöd i den empiri som finns tillgänglig. Tvärtom förefaller det traditionella antagandet att kreditsäkerhet trots allt sammantaget resulterar i ett ökat utbud av förhållandevis billiga krediter stödjas av ett antal nyligen genomförda empiriska undersökningar.<sup>139</sup> Slutsatserna av dessa undersökningar kan sammanfattas som att ju större möjligheter att ställa säkerhet och ju starkare position som borgenärerna ges desto större blir tillgången på krediter till ett förhållandevis lägre pris. Förutsättningarna för att hävda att "the old-fashioned belief that secured credit is largely a way for debtors who might not

---

<sup>134</sup> Se till exempel Eisenberg i SOU 1999:1, Del II, Bilaga 7 med hänvisningar.

<sup>135</sup> Se Eisenberg i SOU 1999:1, Del II, Bilaga 7, s. 13.

<sup>136</sup> Se Modigliani & Miller 1958.

<sup>137</sup> Den litteratur som behandlar detta tema är vid det här laget (när debatten har pågått i trettio år, det bidrag som anses ha utgjort startskottet är Jackson & Kronman 1979) enormt omfattande. Lipson 2004, s. 45 beskriver hur "asking and answer the questions posed by the Modigliani-Miller puzzle, as writ small in commercial finance law, became an enormously attractive enterprise for legal academics".

<sup>138</sup> För en sammanfattning av de svar som givits, se till exempel Armour 2008, s. 4ff.; Lo Pucki 1994, s. 1892; McCormack 2004, s. 3.

<sup>139</sup> Se Armour 2008, s. 19 med hänvisningar.



otherwise obtain credit to borrow is, at least in part, true” förefaller alltså inte ha ändrats.<sup>140</sup>

Med utgångspunkt i Modigliani och Millers irrelevante teori är det alltså möjligt att sätta ett teoretiskt frågetecken kring huruvida möjligheten att ställa säkerhet ökar förekomsten av förhållandevis billigare krediter. Det teoretiska frågetecknet förefaller dock inte få något stöd i den tillgängliga empirin. Möjligheten att ställa kreditsäkerhet verkar i realiteten faktiskt leda till ökade kreditmöjligheter på förhållandevis bättre villkor även på en aggregerad nivå. Det har dock hävdats att det bakom detta förhållande döljer sig en kostnad som medför att kreditsäkerhet som institution i vilket fall kan ifrågasättas. Det hävdas att ställande av säkerhet leder till en överföring av värde till de (ofta relativt starkare) säkerställda borgenärerna från de (ofta relativt svagare) icke säkerställda borgenärer som inte kan kompensera sig för förekomsten av kreditsäkerhet. Med hjälp av kreditsäkerheten får en borgenär möjlighet att minska sin egen risk och göra en vinst på övriga borgenärers och fordringsägares bekostnad.<sup>141</sup> Denna möjlighet kan ses som ett typexempel på hur en institution kan skapa negativa externaliteter, det vill säga kostnader som parterna inte tar hänsyn till i sin förhandling och i sitt utnyttjande av resurserna i fråga.<sup>142</sup> Med detta synsätt kan därmed den olikhet som möjligheten att ställa kreditsäkerhet ger upphov till trots allt antas ha en negativ inverkan på den ekonomiska effektiviteten. Den säkrade kreditgivaren och gäldenären har incitament att överföra risker och kostnader på de icke-säkerställda borgenärer som har de minsta möjligheterna att förutse och skydda sig mot dessa risker och förluster. Möjligheten att överföra kostnader på de sistnämnda kan också leda till överbelåning och att gäldenär och säkerställd kreditgivare undervärderar de risker som vidlåder gäldenärens verksamhet. Huvudpoängen brukar i detta sammanhang dock vara en annan. Nämligen att möjligheten att ställa kreditsäkerhet som institution måste analyseras inte bara utifrån effektivitetshänsyn utan också mot bakgrund av denna institutions redistributiva effekter.<sup>143</sup>

---

<sup>140</sup> Se Eisenberg i SOU 1999:1, Del II, Bilaga 7, s. 30.

<sup>141</sup> Se till exempel Bebchuk & Fried 1996, s. 105; LoPucki 1994, s. 80; Eisenberg i SOU 1999:1, Del II, Bilaga 7, s. 25-26; Martinson 2001, s. 64-65; Scott 1977, s. 32; Warren 1997, s. 1376. Det var givetvis detta synsätt som låg bakom de begränsningsregler som infördes med 2003 års lag om företagsinteckning (2003:528). Begränsningsreglerna har som bekant upphört med 2008 års lag om företagshypotek (2008:990).

<sup>142</sup> Se avsnitt 4.2.2 om begreppet negativa externaliteter.

<sup>143</sup> Se till exempel McCormack 2004, s. 27 samt Warren 1997, s. 1377. Skillnaden mellan dem som kritiserar möjligheten att ställa kreditsäkerhet mot bakgrund av Modiglianis och Millers irrelevante teori och dem som framhåller risken för att osäkrade borgenärer kommer i kläm har beskrivits med en höger-vänster-terminologi: "There has been an extensive debate, going back over twenty years, among legal academics in the US about whether secured credit is efficient, and this debate has gained particular momentum in the context of the revision of Article 9. The prevailing legal norm, still reflected in Article 9, is based on full priority for secured credit over unsecured credit, but there have been critics of this orthodoxy both from 'right' and 'left' perspectives. Those from the right generally hail from the 'law and economics' camp and essentially argue that secured credit is not economically efficient, or at least has not been proved to be economically efficient. Those from the left have been dubbed 'Symps', or Sympathetic Legal

Givetvis har även kritiken ovan ifrågasatts. Det har hävdats att utanför USA (i USA råder på grund av de förhållandevis vanligt förekommande skadeståndsborgenärerna särskilda förutsättningar), så har de flesta borgenärer inte några problem att kompensera sig för förekomsten av kreditsäkerhet.<sup>144</sup> Den grupp som vanligtvis förs fram som icke-kompenserande, det vill säga leverantörerna, sägs i realiteten faktiskt ofta anpassa sig till förekomsten av kreditsäkerhet.<sup>145</sup> Men inte genom att höja priset för krediterna utan genom att låta krediternas storlek variera.

Slutligen har olikheten sagts leda till att de säkerställda borgenärernas intresse av att handla på ett sätt som gynnar fordringsägarkollektivet minskar. För det första kan det handla om att en säkerställd borgenär som, till skillnad från övriga fordringsägare, har information om att gäldenären befinner sig i en ekonomiskt ohållbar situation inte bryr sig om att försätta gäldenären i konkurs.<sup>146</sup> Gäldenären kan då fortsätta sin verksamhet längre än vad som är önskvärt ur ett effektivitetsperspektiv. Gäldenären kan också orsaka större ekonomiska skador för sina ovetande motparter än vad hon hade kunnat annars. För det andra kan det handla om att en säkerställd borgenär inte är villig att stödja ett rekonstruktionsförfarande eller ett ackord och att företag som egentligen är livskraftiga därför ändå går i konkurs.<sup>147</sup>

Inte heller dessa kritiska invändningar har fått stå oemotsagda i den rättseconomiska debatten. Det har blivit vanligt att hävda precis motsatt uppfattning i förhållande till den ovan beskrivna. Med stöd i ett antal empiriska undersökningar,<sup>148</sup> sägs säkerställda borgenärer med en stark position snarare kunna antas spela en positiv roll i samband med ekonomisk kris hos gäldenären. Att det skulle vara vanligt att en stark säkrad position leder till ointresse för gäldenärens ekonomiska situation samt för rekonstruktion och ackord sägs alltså motsägas av den (visserligen än så länge begränsade) empiri som finns tillgänglig.<sup>149</sup> Det framhålls också att en stark säkerställd borgenär kan antas fungera som koordinatör av borgenärsintressena, vilket kan leda till att förlamande intressekonflikter kan undvikas.

Den centrala frågan för denna undersöknings del är hur de ovannämnda potentiella risker som olikheten har antagits ge upphov till påverkar konstruktionen av en ny lånefinansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser.

Skulle möjligheten att ställa kreditsäkerhet verkligen vara en meningslös eller till och med skadlig företeelse, så skulle det givetvis inte finnas anledning att försöka utvidga möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Det förefaller dock vara ett rimligt antagande att möjligheten att ställa kreditsäkerhet ökar tillgången till förhållandevis billigare krediter,

---

Scholars, and these legal scholars argue against secured credit, or at least full priority for secured credit, because of concerns that this might be unfair or damaging to the interests of unsecured – particularly non-adjusting or involuntary – creditors.” (Se McCormack 2004, s. 22.)

<sup>144</sup> Se Armour 2008, s. 12 med hänvisningar.

<sup>145</sup> Se a.a.

<sup>146</sup> Se Eisenberg i SOU 1999:1, Del II, Bilaga 7, s. 26; Martinson 2001, s. 65.

<sup>147</sup> Se prop. 2002/03:49, s. 66-67.

<sup>148</sup> Rättsekonomin sägs på senare år ha genomgått en “empirisk vändning”. Det så ofta kritiserade teoretiserandet baserat på ett antal orealistiska antaganden (den enskilda kritik på detta tema som har fått störst genomslag förefaller vara Kripke 1985) sägs i allt högre utsträckning ha ersatts av analyser baserade på empiriska undersökningar. (Se Armour 2008, s. 30.)

<sup>149</sup> Se Armour 2008, s. 17-18 med hänvisningar.

framförallt för mindre, nystartade verksamheter. Det förefaller också vara rimligt att anta att säkerställda kreditgivare faktiskt kan spela en positiv roll i samband med gäldenärens ekonomiska kris. Med detta menar jag inte att risken för att en säkrad borgenär får minskade incitament att dela med sig av relevant information eller delta i rekonstruktion med mera inte skall tas på allvar. Risken förefaller emellertid inte vara så överhängande att en finansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser framstår som helt och hållet olämplig. Det skulle annars ha kunnat vara fallet. En verkligt effektiv säkerhet i intellektuella resurser kan nämligen antas ge borgenären en mycket stark ställning. Eftersom säkerheten i intellektuella resurser ofta innebär säkerhet i många av en verksamhets allra mest centrala resurser – i varje fall i mindre företag får det nog ofta antas röra sig om i det närmaste allt som behövs för att kunna starta verksamheten, eller i varje fall en del av verksamheten, på nytt – kan den säkerställda kreditgivaren uppleva sig ha en mycket stark position. Detta kan leda till att ovannämnda risker aktualiseras. En säkerhetskonstruktion av detta slag, det vill säga med en potentiellt mycket vid omfattning, skulle även kunna antas utnyttjas för olika typer av missbruk i särskilt hög utsträckning. Den kan till exempel komma att utnyttjas för att försöka ”komma åt resurserna och verksamheten” eller för att på annat sätt utöva påtryckningar och på olika sätt påverka gäldenären.

Det går sannolikt inte att helt undvika dessa risker. Fördelarna av utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste dock anses väga tyngre än de nackdelar som dessa risker utgör. Det finns dock anledning att, inom ramen för en ny modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet, ändå försöka motverka riskerna i den utsträckning det är möjligt. Det är till exempel möjligt att borgenärer med säkerhet i intellektuella resurser bör anses ha en utökad skyldighet att ta ett visst ansvar och vara lojala mot såväl gäldenären som övriga borgenärer som fordringsägare.

Kreditsäkerhet kan som sagt även antas ge upphov till potentiella negativa effekter som har att göra med riskpreferens. Det vill säga ett beteende som innebär att riskerna med lånefinansiering undervärderas.

### **5.1.2 Riskpreferensperspektivet**

Riskpreferensperspektivet handlar för det första om förekomsten av riskpreferens hos gäldenärerna. Riskpreferens sägs vara särskilt vanligt förekommande i samband med ekonomisk kris eftersom gäldenären i en sådan situation inte sällan undervärderar de risker som överbelåning för med sig.<sup>150</sup> Ju

---

<sup>150</sup> Se Martinson 2001, s. 64 med hänvisningar. För ett antal direkta observationer av riskpreferens som leder till ökad skuldsättning i samband med ekonomisk kris, och vilka konsekvenser detta kan leda till, se Sundin 1998. Se även Kahneman & Tversky 1974; Kahneman & Tversky 1979 samt Guthrie 2002 om den empiriskt grundade ”prospect theory”, om mänskligt beteende i valsituationer, som bland annat visar att människor: ”generally make [...] risk seeking decisions when choosing between options that appear to be losses” (se Guthrie 2002, s. 7) eller

fler resursslag som det är möjligt att utnyttja som kreditsäkerhet – det vill säga ju fler kreditsäkerhetsformer som är tillgängliga – desto större blir, enligt detta synsätt, riskerna för överbelåning. I värsta fall kombineras överskudsättningen med dubbelförfogande över kreditsäkerhetsobjektet. I hopp om att kunna lösa sina ekonomiska problem pantsätter gäldenären samma objekt till flera sinsemellan ovetande kreditgivare.

Frågan är huruvida risken för överskudsättning och dubbelförfogande av detta slag typiskt sett kan antas vara särskilt stor i samband med utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Svaret är sannolikt nej. Snarare kan risken antas vara något mindre än vid de flesta andra lånefinansieringsformer. Lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser kan, som vi kommer att se, vanligtvis antas kräva ett relativt omfattande samarbete mellan gäldenär och borgenär.<sup>151</sup> Ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kommer sannolikt i allmänhet att kräva förhållandevis stora och tidskrävande insatser i form av bland annat identifiering, strukturering och kodifiering i syfte att uppnå kontroll och överförbarhet av gäldenärens resurser, dessa tre aktiviteter i denna undersökning sammanfattade som paketering. Lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser är alltså knappast en säkerhetsform som är särskilt användbar för den gäldenär som befinner sig i akut ekonomisk kris och behöver ”snabba pengar”.<sup>152</sup> Detta kan även antas motverka risken för överbelåning till följd av riskpreferensdrivet dubbelförfogande över kreditsäkerhetsobjektet (det vill säga de paketerade intellektuella resurserna).

Riskpreferensperspektivet handlar för det andra om att det finns anledning att begränsa möjligheterna att finansiera sig genom att lämna kreditsäkerhet eftersom förekomsten av kreditsäkerhet även påverkar kreditgivarens

---

med andra ord ”when making uncertain decisions, people are more likely to take risks to avoid losses than to accumulate gains” (se Guthrie, s. 75). I den krediträttsliga diskussionen har förekomsten av riskpreferens vanligtvis knutits till uppoffringsargumentet. Se till exempel Håstad 1996, s. 286 som beskriver hur traditionskravet vid pantsättning av lös sak delvis har motiverats med ”att det är önskvärt att en gäldenär inte erhåller kredit utan en viss *uppoffring*, som besittningstagandet innebär, därför att gäldenären annars skulle frestas att försöka låna sig ur svårigheter när detta endast kan leda till att hans situation förvärras”. Se vidare Helander 1983, s. 363; Undén 1974, s. 55f. Se även Myrdal 2002, s. 46, n. 126 som betecknar denna aspekt av uppoffringsargumentet som ett synsätt som ”idag knappast är relevant”. För mer om just överskudsättning som ett problem i skärningspunkten juridik/samhälle se till exempel Reifner, Kiesilainen, Huls & Springener 2003, s. 69ff. För den mer generella diskussionen om de kreditgivande institutionernas sociala ansvar (inklusive ett möjligt ansvar för kredittagarnas miljöskadliga verksamhet), se Wilhelmsson 2001, s. 264-270 med hänvisningar.

<sup>151</sup> Se kapitel 20.

<sup>152</sup> I det fall det handlar om utnyttja inkomstströmmar (eller med andra ord fordringar) från intellektuella resurser (framförallt inkomster från olika typer av immaterialrättslicensiering) kan det däremot finnas anledning att vara mer misstänksam i överskudsättningshänseende. Pantsättning av framtida inkomster är typiskt sett en företeelse som kan medföra en ökad risk för likviditetsproblem och i värsta fall gäldenärens konkurs. Möjligheterna att pantsätta framtida inkomster från immateriella rättigheter bör därför möjligtvis begränsas, åtminstone i viss utsträckning. Om pantsättning av framtida fordringar, se Martinson 2002, s. 350ff. med hänvisningar, särskilt s. 379.

risktagande. Frånvaron av kreditsäkerhet anses leda till att kreditgivarna typiskt sett gör en noggrannare bedömning av gäldenärens betalningsförmåga.<sup>153</sup>

Enligt en i förhållande till de två antaganden om risk som har beskrivits ovan i det närmaste diametralt motsatt uppfattning leder förekomsten av kreditsäkerhet tvärtom till att gäldenärernas möjlighet att agera i enlighet med sin riskpreferens minskar. De säkerställda borgenärerna sägs vanligtvis utnyttja sin kontroll och sin insyn för att motverka ett alltför riskfyllt beteende från gäldenärens sida.<sup>154</sup> En säkerställd borgenär antas till exempel kunna förhindra att gäldenären säljer av tillgångar med stabilt värde för att istället investera resurserna i mer riskfyllda projekt.<sup>155</sup> Befintlig kreditsäkerhet medför också att det blir svårare för gäldenären att ta upp nya lån för att finansiera riskfylld verksamhet.<sup>156</sup> Med detta synsätt skapar kreditsäkerhet faktiskt positiva externaliteter.<sup>157</sup> När gäldenären får svårare att vidta riskfyllda och för sin egen ekonomi oftast skadliga handlingar gynnas samtliga borgenärer (och även samhället i stort). Även om dessa antaganden om kreditsäkerhetens potentiellt positiva effekter mycket väl kan ha visst fog för sig, så har det väl aldrig varit klarare än nu att kreditgivare inte alltid fungerar som en broms för gäldenärernas risktagande. Den finanskris som bröt ut under år 2007 visar tydligt att överdrivet risktagande inte bara är något som drabbar gäldenärer i ekonomisk kris. Riskpreferens, som får sitt utlopp i överdriven skuldsättning, kan även förekomma bland kreditgivare; och detta i samband med kraftig ekonomisk expansion. Under de år som närmast föregick finanskrisen uppvisade många av finansmarknadens aktörer en i det närmaste total frånvaro av riskmedvetenhet. Finanskrisens förhistoria handlar också i mångt och mycket om nya, exotiska och höggradigt komplexa finansiella konstruktioner. De lärdomar som eventuellt redan nu kan dras av finanskrisens förlopp och dess orsaker är därmed intressanta för analysen av förutsättningarna för nya finansieringsformer baserade på intellektuella resurser. Som vi kommer att se finns det också betydelsefulla och tydliga beröringspunkter mellan den tidigare kris som brukar benämnas IT-kraschen och finanskrisen. Det finns därför all anledning att i detta sammanhang titta närmare på finanskrisens förlopp och dess orsaker. Hur uppstod den kris som enligt många bedömare kan ses som den allvarligaste sedan 1930-talets depression?

---

<sup>153</sup> Brækhus 1994, s. 198 framhåller att "den personlige kreditt er verdifull fra kredittpolitiske og almindelige samfundsmessige synspunkter. Den er mer selektiv enn realkreditten; den satser mer på låntagarens personlige dyktighet og innsatsvilje". Se vidare Martinson 2002, s. 58.

<sup>154</sup> Se Armour 2008, s. 17-19 med hänvisningar samt s. 30; McCormack 2004, s. 10; Schwarcz 1997, s. 425.

<sup>155</sup> Se Armour 2008, s. 6.

<sup>156</sup> Se a.a.

<sup>157</sup> Se avsnitt 4.2.2 om externalitetsbegreppet.

### 5.1.3 Finanskrisens yttre förlopp

Finanskrisen har hittills spelats ut i tre akter. I den första akten gör många av finansmarknadens största och mest betydelsefulla aktörer enorma vinster på hanteringen av värdepapperiserade bolån. Förblindade av dessa enorma vinster tog allt fler finansinstitutioner på sig allt större risker. Akt två börjar med en skakning på nedre däck. Ett antal hedgefonder som investerat stora belopp i värdepapperiserade bolån gör stora förluster och måste avvecklas. Det blir snart uppenbart att det inte handlar om enstaka isolerade fall. Kreditgranskningen har i alltför många fall varit allt annat än seriös. Det visar sig snart också att de kanske mest komplexa finansiella konstruktioner som världen någonsin skådat inte kan skydda investerarna från gäldenärernas betalningsoförmåga. Detta sätter igång en seriereaktion som leder till de mest omfattande omstruktureringarna på finansmarknaden sedan den stora depressionen. Ett flertal av Wall Streets så kallade titaner – de stora och mäktiga investmentbanker som under många decennier (i vissa fall sedan andra halvan av förrförra århundradet) befunnit sig högst upp i den ekonomiska näringskedjan – går antingen under, blir uppköpta av reguljära banker eller tvingas överge sin traditionella affärsmodell. I tredje akten utvidgas finanskrisen till en global recession. Den fullskaliga depressionen undviks (antagligen) endast tack vare enorma statliga stödpaket och stimulansåtgärder.<sup>158</sup>

#### 5.1.3.1 Första akten: Ett "genialt koncept" skapar enorma vinster

Konceptet var i teorin genialt. Med hjälp av värdepapperiseringstekniken omvandlades bolån till objekt representerade av värdepapper. Dessa värdepapper kunde sedan handlas på en global marknad. Förbi var dagarna då kreditgivaren lånade ut pengar och sedan snällt väntade på att kredittagaren genom amorteringar plus räntebetalningar så småningom hade betalat av hela kreditbeloppet. Värdepapperiseringstekniken möjliggjorde för kreditgivarna att låna ut pengar och samtidigt få betalt nästan omedelbart. Kreditrisken övertogs alltså av köparna av de utgivna värdepapperen, i utbyte fick köparna en viss riskpremie.<sup>159</sup>

---

<sup>158</sup> Den mest grundläggande orsaken till att kriser i just den finansiella sektorn är särskilt allvarliga för ekonomin i stort är givetvis att finansiering är en grundläggande förutsättning för all ekonomisk verksamhet. Till detta kan läggas den explosionsartade tillväxt av finansmarknaderna som framförallt de senaste decenniernas informationsteknologiska utveckling och avregleringar har fört med sig. Sedan 1970 uppskattas dessutom värdet av världens samlade finansiella tillgångar i förhållande till den samlade bruttonationalprodukten ha ökat från 50 till 300 procent. Finanssektorn har också stått för en stor del av de senaste årens samlade bolagsvinster; i USA för 41 procent under 2000-2007. (Se de Vylder 2009, s. 53.)

<sup>159</sup> Fjärde kvartalet år 2008 hade 85 procent av de amerikanska bolånen, vilka vid denna tidpunkt sammanlagt uppgick till 10 454 miljarder dollar (att jämföras med USA:s nominella BNP år 2008 som uppgick till 14 200 miljarder dollar), värdepapperiserats. (Se Lybeck 2009, s. 57-59, 75.)

Värdepapperiseringskonstruktionen bygger alltså i korthet på att beräknade framtida inkomster diskonteras. Den som önskar diskontera sina framtida förväntade inkomster kallas vanligtvis för originator. I syfte att skära av originatorns möjligheter att förfoga över de framtida inkomsterna och att förhindra att dessa dras in i dennes eventuella konkurs eller utmäts för dennes skulder, så överförs de inkomstgenererande tillgångarna till ett från originatorn fristående subjekt. En så kallad "bankruptcy remote vehicle" eller, på svenska, ett specialbolag; i Sverige vanligtvis ett aktiebolag med minimalt aktiekapital, ägt av en stiftelse. Vid värdepapperisering av bolån är det kreditgivarens fordringar på bolåntagarna som överförs till specialbolaget. Det är sedan specialbolaget som ger ut de obligationer, det vill säga de värdepapper, som representerar de beräknade framtida inkomsterna.<sup>160</sup>

Många av de värdepapperiserade bolånen var visserligen så kallade "subprime"-lån. Det vill säga lån till låntagare med låg kreditvärdighet.<sup>161</sup> Trots att låntagarnas låga kreditvärdighet utgjorde en uppenbar risk i sammanhanget ledde flera olika faktorer till att den sammanlagda kreditrisken i många fall ansågs vara mycket liten.

Bolånen hade för det första "poolats". Det vill säga att varje värdepapperiseringstransaktion omfattade en mycket stor mängd bolån. Därmed spreds riskerna, vilket ökade känslan av trygghet för köparna av värdepapperen. För det andra omfattades värdepapperiseringstransaktionerna nästan alltid av olika försäkringslösningar. Med hjälp av de instrument som kallades för "bond wrappers" eller "credit default swaps" försäkrades investerarna mot låntagarnas eventuella betalningsoförmåga. Mot bakgrund av dessa åtgärder ansågs många värdepapperiseringstransaktioner i princip vara helt riskfria. Många värdepapperiserade bolån åsattes därför det allra högsta betyg som de ansedda riskvärderingsinstitut vilka anlätades i dessa transaktioner delade ut: AAA – så kallat "triple A"-betyg.<sup>162</sup>

Värdepapperiseringstrenden spelade för övrigt även en betydelsefull roll för det särskilda IP-finansieringssegment som föreföll vara på väg att växa fram under denna period. På sina håll var förhoppningarna stora att så kallad IP-baserad värdepapperisering (eng. "IP-backed securitization") skulle bli nästa stora steg i den finansiella utvecklingen.<sup>163</sup> Ett antal uppmärksammade IP-baserade värdepapperiseringstransaktioner hade också redan genomförts. Pionjär på området var David Bowie som redan år 1997 värdepapperiserade en stor del av sina beräknade framtida royaltyinkomster (närmare bestämt inkomsterna från 25 album).<sup>164</sup> Därav det inte helt ovanliga uttrycket "Bowie-bonds" för att beteckna IP-baserade värdepapper. Under

---

<sup>160</sup> Se vidare om värdepapperisering, till exempel Månsson & Andersson 1995 samt Stone & Zissu 2005.

<sup>161</sup> För tio år sedan förekom det knappt några "subprime"-lån överhuvudtaget, nu uppgår dessa lån till ett samlat belopp av 1 300 miljarder dollar, det vill säga 12 procent av lånestocken i USA. (Se Lybeck 2009, s. 60.) Vårt att notera är dock att även om andelen nödlidande krediter var störst i de lägsta inkomstgrupperna, så var värdet av dessa krediter större inom de högre inkomstgrupperna. (Se de Vylder 2009, s. 60 som också framhåller att: "Bolånekrisens mest dramatiska förluster har inte inträffat i fattiga storstadsområden utan i stater som Florida och Kalifornien, i stor utsträckning i välbeställda bostadsområden.[n]")

<sup>162</sup> Betyget AAA används av Standard and Poor's och av Moody's, de två kanske mest namnkunniga rating-instituten. Andra institut använder andra beteckningar, till exempel Best, vars högsta betyg är A++.

<sup>163</sup> The Economist beskrev till exempel år 2006 värdepapperisering som "the method of choice" för IP-baserad finansiering. (Se The Economist 17 juni 2006.)

<sup>164</sup> Se Hillery 2004, s. 5.

de följande åren följdes Bowies exempel av artister som till exempel James Brown.<sup>165</sup> Eftersom värdepapperiseringskonstruktionen i princip är applicerbar på alla typer av rättigheter som har beräkningsbara framtida inkomster knutna till sig, så dröjde det givetvis inte länge innan även andra typer av rättigheter började värdepapperiseras. Det finns ett flertal exempel på uppmärksammade transaktioner av detta slag. Ett sådant exempel är Dunkin' Donuts-transaktionen, där de framtida beräknade inkomsterna från varumärket Dunkin' Donuts värdepapperiserades. Transaktionen sägs ha genererat 1,7 miljarder dollar.<sup>166</sup> Ett annat exempel är Royalty Pharma Trust-transaktionen där de framtida beräknade inkomsterna från ett antal läkemedelspatent värdepapperiserades.<sup>167</sup> Den senare transaktionen är ett exempel på hur en IP-baserad värdepapperisering har misslyckats på grund av att de framtida inkomsterna inte blev lika stora som beräknat. I och med finanskrisen har den uppåtgående IP-baserade värdepapperiseringstrenden avbrutits. Huruvida det i framtiden kommer att uppstå en mer omfattande marknad för IP-baserad värdepapperisering återstår att se. Avgörande kommer sannolikt att vara dels hur värdepapperiseringskonceptet som helhet påverkas av det missbruk av konstruktionen som ledde fram till finanskrisen och dels hur stor andel av de immateriella rättigheterna som i framtiden kommer att ha inkomstströmmar knutna till sig som är möjliga att beräkna med en tillräckligt hög grad av säkerhet. Värderingsfrågan har setts som den stora frågan i samband med IP-baserad värdepapperisering. För IP-baserad värdepapperisering som finansieringsform för teknologiföretag är dock frågan om inte de immateriella rättigheternas och de intellektuella resursernas kontextuella beroende utgör en minst lika hög tröskel. En förutsättning för värdepapperisering är som sagt att tillgångarna är självständigt värdegenererande och möjliga att helt och hållet separera från gäldenären och dennes verksamhet. Dessa krav är sannolikt sällan uppfyllda när det gäller patentbaserade teknologiresurser.<sup>168</sup> Hur som helst är det kontextuella problemet och värderingsproblematiken intimt sammankopplade. IP-baserad värdepapperisering kommer inte att analyseras mer i detalj inom ramen för denna undersökning, vilken som sagt i första hand är inriktad på utnyttjandet av intellektuella resurser som sådana som kreditsäkerhet, och inte de inkomstströmmar som kan vara knutna till dessa resurser.<sup>169</sup>

Särskilt för de traditionella bankerna var värdepapperiseringskonstruktionen som en skänk från ovan. Mot bakgrund av de kapitalkrav som ställs på traditionella banker har den affärsmodell där banken lånar ut pengar och sedan tålmodigt inväntar amorteringar och räntebetalningar sina givna begränsningar. För varje utlånad krona eller dollar krävs det ett visst antal ören eller cent i eget kapital.<sup>170</sup> Med värdepapperiseringstekniken försvinner denna begränsning.<sup>171</sup> Banken kan låna ut pengar och sedan sälja de värdepapperiserade lånen till exempelvis en stor pensionsfond eller investmentbank, som inte har motsvarande kapitalkrav. Inte helt sällan var emellertid köparen en annan bank. Eftersom de värdepapperiserade lånen ansågs vara en bra investering, så ville

---

<sup>165</sup> Se a.a., s. 23.

<sup>166</sup> Se [http://w4.stern.nyu.edu/news/news.cfm?doc\\_id=6129](http://w4.stern.nyu.edu/news/news.cfm?doc_id=6129) samt The Economist 17 juni 2006.

<sup>167</sup> Se Hillery 2004, s. 27ff.

<sup>168</sup> Se vidare del 2.

<sup>169</sup> Se not 1.

<sup>170</sup> Enligt 2 kap. 3 § lag (2006:1371) om kapitaltäckning och stora exponeringar (som implementerar det så kallade kapitaltäckningsdirektivet samt Basel II reglerna i svensk rätt) skall banker och andra kredit- och värdepappersinstitut exempelvis hålla ett totalkapital som motsvarar minst åtta procent av de riskvägda tillgångarna. (Se vidare om kapitalkrav, Lybeck 2009, s. 144ff.) Ett kapitalkrav på åtta procent ger bankerna en möjlighet att expandera sin utlåning 12,5 gånger. Exakt hur stor hävstångseffekt en bank kan utnyttja varierar dock eftersom olika tillgångar viktas olika i riskhänseende. År 2007 hade till exempel Deutsche Bank en hävstång som uppgick till 70:1. (Se de Vylder 2009, s. 69.)

<sup>171</sup> I en marxistiskt färgad analys kan konceptets lockelse givetvis förklaras med att det möjliggjorde för finansinstitutet att öka kapitalets cirkulationshastighet.



bankerna gärna få en del av kakan även i denna ände.<sup>172</sup> För att undkomma kapitalkraven placerades dessa tillgångar i hög utsträckning i så kallade "structured investment vehicles" eller "conduits", det vill säga specialbolag som visserligen kontrollerades av banken men som inte formellt räknades som en del av denna, vilka inte sällan förlades "off shore", det vill säga i skatteparadis som till exempel Kajmanöarna.<sup>173</sup> De mycket höga marginaler som hanteringen av värdepapperiserade bolån genererade i kombination med de mycket låga räntor som till synes stabila och pålitliga aktörer kunde räkna med medförde också att det lånades friskt i alla ändar av transaktionerna. Det var till exempel inte ovanligt att investmentbanker lånade upp pengar både för att kunna låna ut dem på den lönsamma "subprime"-marknaden och för att kunna köpa på sig redan värdepapperiserade bolån.

### 5.1.3.2 Andra akten: Finanskrisen briserar

Redan i februari 2007 stod det klart att en oroväckande hög andel av "subprime"-låntagarna befann sig i betalningsdröjsmål. Misstankarna att någonting var fundamentalt felaktigt på finansmarknaden började emellertid ta fart på allvar först när två av investmentbanken Bear Stearns hedgefonder – *the High-Grade Structured Credit Strategies Fund* och *the High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage Fund* – kollapsade i början av juli 2007.<sup>174</sup> Den chockvåg av förluster som följde kom på mycket kort tid att leda till drastiska omstruktureringar av finansmarknaden; omstruktureringar som för bara några år sedan skulle ha ansetts vara i det närmaste otänkbara.<sup>175</sup> Bland annat har USA:s regering tagit kontroll över – det vill säga nationaliserat – USA:s största köpare av bostadslån, fonderna Fannie Mae och Freddie Mac.<sup>176</sup> Flera av de stora investmentbanker som tidigare betraktades som Wall Streets crème de

---

<sup>172</sup> De värdepapperiserade bolånen klassades som sagt ofta som AAA, det vill säga en risknivå i paritet med statsobligationer. De bolånebaserade värdepapperens ränta var dock högre än statspapperens. (Se Lybeck 2009, s. 11.)

<sup>173</sup> Som exempel på hur stora belopp som kunde döljas på detta sätt tar de Vylder (2009, s. 71) Citigroups balansräkning som år 2006 redovisade tillgångar på 1800 miljarder dollar, men där de dolda tillgångarna uppgick till 2100 miljarder.

<sup>174</sup> Se <http://www.nytimes.com/2007/07/18/business/18bond.html>. Se i detta sammanhang givetvis även Bird & Fortune, <http://www.youtube.com/watch?v=mzJmTCYmo9g>. Därmed inte sagt att det inte förekom tidiga varningar, se de Vylder 2009, s. 90ff. som bland annat framhåller hur Nassim Taleb och Nouriel Roubini tidigt varnade för en global finanskris. Ytterligare en känd ekonom som varnade på ett tidigt stadium var Robert Shiller, se Shiller 2005 (Shiller förutsåg för övrigt även IT-kraschen, se Shiller 2000).

<sup>175</sup> En utmärkt sammanfattning av krisens förlopp finns att ta del av på New York Times hemsida. Se [http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/c/credit\\_crisis/index.html](http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/c/credit_crisis/index.html).

<sup>176</sup> Fannie Mae skapades 1938, under den stora depressionen, och Freddie Mac kom till 1970. Dessa båda institutioner har sedan sin tillkomst haft som uppdrag att underlätta för "vanliga amerikaner" att finansiera sina bostadsförvärv. Detta framförallt genom att i stor skala köpa upp bolån från olika kreditgivare. Både Fannie Mae och Freddie Mac var så kallade "Government Sponsored Entities" (GSE:s), det vill säga privatägda aktiebolag med bolagsordning upprättad av staten. Den implicita statsgaranti som Fannie Mae och Freddie Mac åtnjöt kan antas ha utgjort en faktor bakom krisen, se vidare avsnitt 5.1.4.4.

la crème har antingen blivit uppköpta, gått i konkurs eller på annat sätt övergivit sin tidigare affärsmodell. När Bear Stearns förvärvades av JP Morgan Chase innebar detta att en institution som före december 2007 aldrig någonsin under sin 85-åriga historia gått med förlust upphörde att existera.<sup>177</sup> Efter att den amerikanska staten deklarerat att Lehman Brothers, som hade gjort stora förluster på handeln med värdepapperiserade bolån, inte kunde räkna med något statligt stöd lämnade Lehman Brothers in en ansökan om konkursskydd, vilken följdes av en likvidation av bolaget.<sup>178</sup> Under påverkan av Lehmans öde gjorde investmentbanken Merrill Lynch upp med Bank of America om ett förvärv. Till följd av Bank of Americas egna, mycket stora, problem och det faktum att Merrill Lynchs förluster visade sig vara mycket större än vad man hade räknat med, genomfördes köpet slutligen endast efter det att myndigheterna gått in med ett mycket omfattande stöd (20 miljarder i kapitaltillskott och sammanlagt 118 miljarder dollar i garantier).<sup>179</sup> Inte ens Goldman Sachs, den kanske mest respekterade och beundrade av alla Wall Streets aktörer, klarade sig oskadd undan finanskrisens verkningar. Goldman Sachs såg sig tvingat att, i varje fall tillfälligt, överge sin affärsmodell och ansöka om ändring av sin formella status till bankholding-bolag, det vill säga till i stort sett en "vanlig" kommersiell bank. Till stor del var Goldmans beslut att formellt sett upphöra att vara en investmentbank orsakat av de problem som dess kanske viktigaste affärspartner, försäkringsbolaget American International Group (AIG), hade hamnat i. AIG, USA:s största försäkringsbolag, hade under flera år tjänat stora pengar på att försäkra värdepapperiseringstransaktioner genom att sälja så kallade "credit default swaps". När finanskrisen slog till med full styrka medförde detta att AIG riskerade att gå i konkurs. För att undvika en katastrof har den amerikanska centralbanken, i utbyte mot kontroll över bolaget, gått in med mycket stora belopp.<sup>180</sup> De amerikanska myndigheterna har även tagit kontroll över och tvångsrealiserat en mängd banker.<sup>181</sup> Samtliga större banker i

---

<sup>177</sup> Förvärvet möjliggjordes genom att den amerikanska staten ställde 30 miljarder dollar i krediter till JP Morgan Chases förfogande.

<sup>178</sup> Se [http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/lehman\\_brothers\\_holdings\\_inc/index.html?scp=1&sq=lehman%20brother&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/lehman_brothers_holdings_inc/index.html?scp=1&sq=lehman%20brother&st=cse). De höga likvidationskostnaderna har fått viss uppmärksamhet. De första 16 månaderna kostade likvidatorernas arbete konkursboet sammanlagt 642 miljoner dollar. Denna kostnad skall dock betraktas mot bakgrund av att Lehmans konkurs är den största i USA:s historia och att boets samlade tillgångar uppgick till 639 miljarder dollar. Se <http://dealbook.blogs.nytimes.com/2010/02/19/lehman-paid-bankruptcy-advisers-642-million/>.

<sup>179</sup> Se <http://www.nytimes.com/2009/01/17/business/17bofa.html?hp>. Giftermålet mellan Bank of America och Merrill Lynch har inte varit helt oproblematiskt. Situationen underlättades inte när det kom fram att Merrill strax innan förvärvet (i förtid) hade delat ut sin 3,6 miljarder dollar stora bonuspool för 2008. Närmare 700 Merrill-anställda fick en miljon eller mer i bonus. Se <http://www.nytimes.com/2009/02/12/business/12merrill.html?em>.

<sup>180</sup> I nuläget drygt 180 miljarder dollar, se [http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/american\\_international\\_group/index.html?scp=1&sq=american%20insurance%20group&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/american_international_group/index.html?scp=1&sq=american%20insurance%20group&st=cse).

<sup>181</sup> Däribland Washington Mutual (WaMu), tidigare USA:s största sparbank och USA:s 7:e samt världens 39:e största bank, se [http://www.nytimes.com/2008/09/26/business/26wamu.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2008/09/26/business/26wamu.html?_r=1) samt Lybeck 2009, s. 10.

USA har också erhållit (och i vissa fall varit tvungna att mot sin vilja acceptera) ett omfattande statligt stöd.<sup>182</sup>

En viktig anledning till att det ansågs vara nödvändigt att gå in med den här typen av mycket omfattande stödåtgärder är Lehman Brothers konkurs, vars effekter tydligt visade, om än i begränsad skala, vilka dramatiska konsekvenser systemiskt betydelsefulla institutioners konkurs kan ha på ekonomin i stort.<sup>183</sup> En konsekvens av Lehmans konkurs var att den ledde till att marknaden för företagspapper nästintill upphörde att fungera. Företagspapper ges ut av större företag och är ett sätt för dessa att få in lånat kapital "direkt från marknaden". Företagspapperen köps i hög utsträckning av så kallade "money market funds". I samband med Lehman Brothers konkurs gjorde en av dessa fonder, som för stora summor köpt företagspapper av Lehman Brothers, stora förluster. Detta ledde till att förtroendet för den här typen av fonder, som tidigare betraktats som nästintill lika säkra investeringar som att sätta in pengar på ett vanligt bankkonto, plötsligt försvann. Resultatet blev att investeringarna i fonder som köper företagspapper i praktiken upphörde och att företag fick mycket svårt att klara av sin kortfristiga finansiering. Ytterligare en effekt av Lehmans konkurs, som tydligt visade hur interdependenta och därmed sårbara finansmarknadens aktörer är, var att en mängd hedgefonder fick se hur mycket stora summor "frystes" i Lehmans konkurs. För hedgefonderna, vars affärsmodeller vanligtvis går ut på att hela tiden kunna flytta klienternas pengar dit där avkastningen antas vara som störst, var detta givetvis en mardröm. Den direkta konsekvensen av detta var att förtroendet för investmentbankerna i stort minskade så mycket att många hedgefonder började flytta sina pengar även från de investmentbanker – exempelvis Goldman Sachs – som i övrigt framstod som stabila.

Ytterligare en aspekt av finanskrisen var att även de reguljära bankerna upphörde att låna ut pengar till varandra.<sup>184</sup> Till följd av den komplexitet som kännetecknar många av de transaktioner som gjordes, och framförallt de så kallade "credit default swaps", vilka ursprungligen konstruerades för att minska riskerna på värdepapperiseringsmarknaden, gick det inte att förutse vilka av finansmarknadens aktörer som stod den slutgiltiga risken för de verkligt stora förlusterna.<sup>185</sup> Den så kallade interbankmarknaden upphörde därför att fungera. Eftersom ingen bank har möjlighet att fullt ut finansiera sina aktiviteter endast

---

<sup>182</sup> Det omtalade amerikanska räddningspaketet (Troubled Asset Relief Program – TARP) omfattade sammanlagt 700 miljarder dollar, se [http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/c/credit\\_crisis/bailout\\_plan/index.html?scp=1-spot&sq=troubled%20asset%20relief%20program&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/c/credit_crisis/bailout_plan/index.html?scp=1-spot&sq=troubled%20asset%20relief%20program&st=cse). Se vidare om de många olika stödpaketet i USA och Europa, Lybeck 2009, s. 118ff.

<sup>183</sup> För en beskrivning av den händelsekedja som sattes i rörelse till följd av Lehmans konkurs, se <http://www.nytimes.com/2008/10/02/business/02crisis.html?pagewanted=2>.

<sup>184</sup> Under loppet av en enda dag, den fjärde dagen efter Lehmans konkurs, steg interbankkräntan från 3,75 procent till 6 procent. (Se Lybeck 2009, s. 16.)

<sup>185</sup> Om "credit default swaps" och andra former av kreditderivat som "credit line notes" och "total return swaps", se Lybeck 2009, s. 78ff.

med insatta medel kan den här typen av låsning inte bestå alltför länge utan att leda till verkligt allvarliga konsekvenser. De ovan nämnda omständigheterna är några av de avgörande bakgrundsfaktorer som medfört att läget har ansetts vara så allvarligt att offentliga stödpaket på astronomiska belopp samt tidigare otänkbara statliga ingrepp i marknaden plötsligt har blivit vardagsmat.<sup>186</sup>

Värt att framhålla är att den nuvarande finanskrisen är en i raden av de många och ständigt återkommande kriser som världen har sett under de senaste fyra decennierna. Ett "IMF Working Paper" från 2008 identifierar sammanlagt 124 stycken systemiska bankkriser under perioden 1970-2007.<sup>187</sup> Till dessa läggs 208 valutakriser och 163 skuldkriser. Inte sällan har de olika kriserna uppträtt i kombination med varandra.<sup>188</sup> Det som särskiljer finanskrisen är framförallt att den fick en verkligt global spridning samt att den av så många bedömare har betraktats som den allvarligaste ekonomiska krisen sedan 1930-talets stora depression, som även den var en verkligt global kris.<sup>189</sup>

---

<sup>186</sup> de Vylder 2009, s. 118ff. beskriver ett antal försök att beräkna finanskrisens kostnader. För det första har givetvis värdet av många finansiella tillgångar minskat dramatiskt till följd av krisen. Fram till och med april 2009 har den finansiella sektorns nedskrivningar beräknats uppgå till 4 000 miljarder dollar. För det andra har endast de amerikanska hushållens samlade kapitalförluster beräknats till 50 000 miljarder dollar. För det tredje har OECD-ländernas finanspolitiska stimulanspaket beräknats uppgå till minst 3 000 miljarder dollar. Den verkligt allvarliga samhällsekonomiska kostnaden är dock, slutligen, den (mot bakgrund av historiska erfarenheter säkerligen långvarigt) minskade produktion av varor och tjänster samt den lägre sysselsättningsgrad som krisen sannolikt kommer att leda till. De kostnader det handlar om är visserligen utan tvekan enorma, men som de Vylder framhåller är det dock omöjligt att med någon större precision beräkna krisens kostnader. Alla kvantifieringar utgör endast mer eller mindre osäkra uppskattningar. Den centrala lärdomen av krisen och reaktionerna på den är inte heller exakt hur stora kostnader krisen orsakade. Man kan, som Zizek, hävda att det som verkligen är värt att reflektera över snarare är hur överväldigande responsen på finanskrisen var jämfört med responsen på många andra allvarliga kriser: "although we always recognized the urgency of the problem when we were fighting AIDS, hunger, water shortages, global warming, and so on, there always seemed to be time to reflect, to postpone decisions (recall how the main conclusion of the last meeting of world leaders in Bali, hailed as a success, was that they would meet again in two years to continue their talks...). But with the financial meltdown, the urgency to act was unconditional; sums of unimaginable magnitude had to be found immediately. Saving endangered species, saving the planet from global warming, saving AIDS patients and those dying for lack of funds for expensive treatments, saving the starving children ... all this can wait a little bit. The call to 'save the banks!' by contrast, is an unconditional imperative which must be met with immediate action. The panic was so absolute that a transnational and non-partisan unity was immediately established, all grudges between world leaders being momentarily forgotten in order to avert *the catastrophe*. But what the much-praised 'bi-partisan' approach effectively meant was that even democratic procedures were *de facto* suspended: there was no time to engage in proper debate, and those who opposed the plan in the US Congress were quickly made to fall in with the majority. Bush, McCain and Obama all quickly got together, explaining to confused congressmen and women that there was simply no time for discussion – we were in a state of emergency, and things simply had to be done fast... And let us not forget that the sublimely enormous sums of money were spent not on some clear 'real' problem or concrete problem, but simply to *restore confidence* in the markets, that is simply to change people's beliefs! Do we need more proof that Capital is the Real of our lives, a real whose imperatives are much more absolute than even the most pressing demands of our social and natural reality?" (Se Zizek 2009, s. 80.)

<sup>187</sup> Se Laeven & Valencia 2008, s. 5ff.

<sup>188</sup> Se a.a.

<sup>189</sup> I april 2009 framhöll exempelvis Kevin H. O'Rourke och Barry Eichengren att finanskrisen, betraktad ur ett globalt och inte endast ett amerikanskt perspektiv, framstod som en till och med potentiellt allvarligare kris än den stora depressionen: "the world is currently undergoing an

### 5.1.3.3 Tredje akten: Global recession

Omfattande omstruktureringar och statliga ingrepp på finansmarknaden var dock inte det enda resultatet av finanskrisen. Finanskrisen utgjorde som sagt också den tändande gnista som startade den världsomspännande recession som av många bedömare hävdas vara den allvarligaste sedan 1930-talets depression. Den reala ekonomiska nedgången har i sin tur lett till ytterligare kostnader för stöd- och stimulanspaket riktade till såväl specifika branscher som ekonomin i stort.<sup>190</sup>

Nog om finanskrisens yttre förlopp. Den verkligt intressanta frågan är varför krisen inträffade. Det är framförallt analysen av krisens orsaker som kan antas generera relevanta slutsatser för den som studerar förutsättningarna för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

### 5.1.4 Finanskrisens orsaker

Det är sannolikt alldeles för tidigt att skriva finanskrisens historia. Det är kanske också omöjligt att, så här mitt uppe i händelseförloppet, klart och tydligt se det större sammanhanget. Närhet i tid är dock knappast ett tungt vägande skäl för att inte ens försöka analysera en företeelse vars orsaker är av stor betydelse för avhandlingens huvudtema. Jag kommer därför ändå att, med ovannämnda begränsningar i minnet, försöka mig på en sådan analys.<sup>191</sup>

#### 5.1.4.1 Frånvaro av riskmedvetenhet – förekomsten av riskpreferens

Frånvaro av riskmedvetenhet eller förekomsten av riskpreferens, hur man nu väljer att se det, är som sagt den kanske tydligast framträdande orsaken till finanskrisen. Men det är i det närmaste självklart att en omvälvande samhällsprocess av detta slag inte bara kan förklaras med en enkel hänvisning till en enda faktor.<sup>192</sup> Frånvaro av riskmedvetenhet må vara den direkt utlösande orsaken till krisen. Den verkligt intressanta frågan är *varför* så många av

---

economic shock every bit as big as the Great Depression shock of 1929-30. Looking just at the US leads one to overlook how alarming the current situation is even in comparison with 1929-30. The good news, of course, is that the policy response is very different.” (Se O’Rourke & Eichengren 2009.)

<sup>190</sup> Se som sagt Lybeck 2009, s. 118ff.

<sup>191</sup> Jag är ju heller inte ensam om att försöka. Vid det här laget har litteraturen om finanskrisen hunnit bli relativt omfattande.

<sup>192</sup> Förutsättningar för analysen av finanskrisens orsaker måste givetvis förstås utifrån att det är ett samhälleligt, historiskt förlopp som vi har att göra med. Som Shiller 2005, s. 31 framhåller är det knappast möjligt att uppnå absolut säkerhet i den här typen av sammanhang: “Most historical events, from wars to revolutions, do not have simple causes. When these events move in extreme directions, it is usually because of a confluence of factors, none of which is by itself large enough to explain these events. [...] This ambiguity is unsatisfying to those of us seeking scientific certitude, especially given that it is so hard to identify and isolate the precipitating factors to begin with. But that is the nature of the history, and such ambiguity justifies the constant search for new and better information to expose at least the overall contours of causation.”

finansmarknadens aktörer uppvisade denna frånvaro. Vilka mekanismer var det som fick förment seriösa, stabila och i många andra sammanhang konservativa aktörer, som dessutom ansågs vara världens främsta experter på hantering av ekonomisk risk, att riskera sin egen existens genom att totalt ignorera de risker som byggdes upp i systemet?

#### **5.1.4.2 Finanskrisens strukturella koppling till IT-kraschen – Lågräntepolitiken som förutsättning för fastighetsbubblan samt överdriven tro på ny teknologi och nya affärsmodeller**

En omständighet som ofta beskrivs som en sorts grundförutsättning för finanskrisen är finanskrisens strukturella koppling till den tidigare kris som vanligtvis benämns IT-kraschen.<sup>193</sup> I samband med IT-kraschen sänkte nämligen

---

<sup>193</sup> Den IT-bubbla som föregick IT-kraschen sägs ofta ha pågått från och med den 9 augusti 1995, dagen då Netscape børsintroducerades. Början till slutet dateras ofta till Boo.coms konkurs i maj år 2000. Shiller 2005, s. 33ff. som anger följande spekulationsdrivande bakgrundsfaktorer som förklaring till IT-bubblan (Shiller menar för övrigt att flera av dessa faktorer har påverkat även framväxten av fastighetsbubblan), nämligen: (i) "The Capitalist Explosion and the Ownership Society", det vill säga, bland annat, det kapitalistiska systemets triumftåg över världen efter det att Sovjetunionen bröt samman, med Kina som något slags höjdpunkt; fackföreningarnas och de kooperativa rörelsernas allt svagare ställning; de allt större osäkerheterna på arbetsmarknaden när anställningar allt mer uppfattas som varor som handlas på en global marknad; den ökade andel av arbetstagarnas ersättning som utgick i form av andelar i det egna företaget; det ökade individuella ansvaret – kopplat till marknadslösningar – inom ramen för olika socialförsäkringssystem. (ii) "Cultural and Political Changes Favoring Business Success", det vill säga en signifikant förstärkning av "materialistiska värderingar" där förmögenhet värderas mycket högt och den framgångsrika affärsmannen är lika, eller till och med mer, beundrad än framgångsrika vetenskapsmän, konstnärer och så vidare. (iii) "New Information Technology", det vill säga den nya informationsteknologins, och då framförallt mobiltelefonins och Internets, inverkan på investeringspsykologin som enligt Shiller framförallt hade att göra med att det handlade om en teknisk utveckling som på ett mycket direkt och konkret sätt grep in i och förändrade människors liv. Den positiva känsla den tekniska utvecklingen som sådan gav upphov till smittade lätt av sig på människors föreställningar om ekonomisk utveckling och investeringsmöjligheter, börsuppgång och så vidare. (iv) "Supportive Monetary Policy and the Greenspan Put". Den amerikanska centralbanken med ordförande Alan Greenspan i spetsen hade vid upprepade tillfällen ingripit för att motverka prisfall på aktiemarknaden (i synnerhet år 1987 i samband med "den svarta måndagen", år 1998 i samband med krisen i Ryssland och Long Term Capital Management's kollaps, i samband med millenieskiftet, IT-kraschen samt år 2001 i samband med terrorattackerna mot World Trade Center). Förtroendet för centralbanken och i synnerhet dess ordförande Alan Greenspan var så stort att bara det faktum att Greenspan satt vid rodret liknades vid att ha en förmånlig säljoption, en "put option". (v) "The Baby Boom and Bust and their Perceived Effects on the Markets", det vill säga föreställningen om att "baby boom" generationen, med vilket avses resultatet av de rekordhöga födelsetalen under åren 1946-1960, skapade förutsättningar för en särskilt kraftig och långvarig konjunkturuppgång. (vi) "An Expansion in Media Reporting of Business News". Shiller menar att den ökade medierapporteringen av affärsnyheter i mångt och mycket fungerar som reklam och att: "Given the heightened media coverage of investments, a stock market boom should come as no greater surprise than increased sales of the latest sports utility vehicle after a major ad campaign." (Se a.a, s. 44.) (vii) "Analysts Optimistic Forecasts". År 1999 var andelen säljrekommendationer endast 1 procent (69,5 procent var "köp" och 29,9 procent var "håll"). Ju närmare bubblans höjdpunkt, desto mindre benägna blev analytikerna att rekommendera försäljning. Enligt Shiller berodde detta bland annat på att analytikerna var rädda för repressalier från de företag de var satta att granska, framförallt befarade analytikerna att de kunde bli utfrysta från företagets

den amerikanska centralbanken, liksom många andra centralbanker, räntan till rekordlåga nivåer. Centralbankerna pumpade också ut stora mängder likviditet på marknaden.<sup>194</sup> Detta upprepades sedan i samband med terrorattackerna den 11 september 2001.

De rekordlåga räntenivåerna hade inte varit möjliga utan de massiva kinesiska investeringarna i amerikanska statsobligationer. Kinas köp av amerikanska statsobligationer finansierade alltså inte bara USA:s underskott i bytesbalansen utan bidrog också till den fastighetsbubbla som utgjorde finanskrisens epicentrum.<sup>195</sup>

Lågräntepolitiken medförde att tillgången på billiga krediter blev allt större under de följande åren. Så småningom ledde detta till att fastighetspriserna skenade iväg. Prisökningen drev upp den redan mycket höga belåningsgraden hos amerikanska konsumenter. Dels var alla de som förvärvade fastigheter under denna period tvungna att ta stora krediter. Dels såg många av de amerikaner som redan ägde sin bostad en möjlighet att, till en till synes mycket låg kostnad, öka sitt konsumtionsutrymme genom att belåna sina ständigt allt mer värdefulla fastigheter. Den generösa penningpolitik som syftade till att

---

informationsgivning. Ytterligare ett skäl kan enligt Shiller ha varit att många analytiker arbetade för företag som även emitterade värdepapper. Dessa företag ville inte att deras analytiker gjorde något som undergrävde denna mycket lönsamma verksamhet. Den här typen av kopplingar förefaller också ha påverkat många analytikers rekommendationer: "Analysts affiliated with investment banks gave significantly more favorable recommendations on firms for which their employer was the co- or lead underwriter than did unaffiliated analysts, even though their earnings forecast was not usually stronger.[n]" Efter börskraschen år 2000 infördes regler som syftar till att öka kvaliteten på analytikernas rekommendationer. Det är exempelvis inte längre tillåtet för företag att stänga ute analytiker som har gett negativa rekommendationer och det är numera inte heller tillåtet att kräva att rekommendationer endast får publiceras efter godkännande från investmentbank-sidan av företaget. (viii) "The expansion of Defined Contribution Pension Plans". I likhet med i Sverige har det i USA öppnats möjligheter för den enskilde att själv placera delar av sina pensionspengar i värdepapper. (ix) "The Growth of Mutual Funds". Sedan tidigt 1980-tal har allmänhetens fondsparande ökat kraftigt. Det ökade fondsparandet har lett till ett ökat intresse för värdepappersmarknaden, vilket i sin tur har underblåst spekulativa prisrörelser, men inte i enskilda värdepapper utan snarare på aggregerad nivå. (x) "The Decline of Inflation and the Effects of the Money Illusion". Sedan tidigt 1980-tal har inflationen i USA gått ner kraftigt. Den minskade inflationen kan på många olika sätt antas ha bidragit till ökade förväntningar på värdepappersmarknaden och därmed till spekulation. Dels uppfattas låg inflation av många som ett kvitto på att ekonomin är god. Dels korrigerar amerikansk media sällan för inflationen när börsutvecklingen visas över tid, vilket kan leda till orealistiska förväntningar. (xi) "Expansion of Volume of Trade: Discount Brokers, Day Traders, and Twenty-Four-Hour Trading". De ökade möjligheterna att handla med värdepapper, via Internet och dygnet runt, kan enligt Shiller antas bidra till en ökad volatilitet. (xii) "The Rise of Gambling Opportunities". Mellan år 1962 och år 2000 såg man i USA (i inflationsjusterade siffror) ungefär en 60-faldig ökning av spelandet (legalt såväl illegalt spelande inräknat). Spelandet har ökat kraftigt även i resten av världen. Det ökade spelandet och de attityder som har följt med detta (ökad aptit på risk, ökad idolisering av "vinnare" parat med ett ökat förakt för "förlorare" och så vidare) antas av Shiller spilla över även på värdepappersmarknaden med ökad spekulation som följd.

<sup>194</sup> Se till exempel Krugman 2009, s. 144f.; de Vylder 2009, s. 63ff.

<sup>195</sup> Se de Vylder 2009, s. 51.

minska de negativa effekterna av IT-kraschen kan alltså antas ha utgjort en grundförutsättning för finanskrisen.<sup>196</sup>

Ytterligare en beröringspunkt mellan IT-bubblan och finansbubblan är att både IT-bubblan och finansbubblan till stor del byggde på en mycket stark tro på ny teknologi och nya affärsmodeller.<sup>197</sup> I IT-bubblans fall handlade det om ny internet-teknologi och nya internetbaserade affärsmodeller, i finanskrisens fall om ny finansiell teknologi och nya finansieringsformer. Den retorik som genomsyrade IT- respektive finansbubblan hade också mycket gemensamt. Det talades i båda fallen om ny teknologi som skapat en ny värld där gamla begränsningar inte längre gällde.<sup>198</sup> I finanskrisens fall kan detta synsätt vidare antas ha förstärkts av en på många håll, har det hävdats, starkt överdriven tro på nya riskhanteringsverktygs effektivitet.<sup>199</sup> Särskilt har det riskvärderingsverktyg som i början av 1990-talet konstruerades av ett antal fysiker och matematiker (så kallade "quants" – "quantitative analysts" – på finanslingo, det vill säga riskanalytiker) för JP Morgan Chases räkning framhållits i detta sammanhang.<sup>200</sup>

Det nya verktyget baserades på så kallad "Value at Risk (VaR)"-teori och var avsett att möjliggöra värdering av en så bred samling tillgångar som möjligt. Verktyget (som kom att benämnas VaR efter den riskvärderingsmodell som det som sagt baserades på) tog också mycket riktigt hänsyn till en imponerande mängd variabler och levererade till synes lättolkade och jämförbara värderingar av i princip alla finansiella instrument som hanterades på finansmarknaden. Efterhand som intresset för VaR blev allt större insåg JP Morgan att det, genom att kostnadsfritt sprida verktyget, faktiskt var möjligt att sätta en standard på marknaden. Fördelarna med att göra det egna verktyget till ett standardverktyg ansågs uppenbarligen vara mer värda än de inkomster som en helt och hållet exklusiv kontroll över verktyget hade kunnat inbringa. JP Morgan måste ha varit nöjda med den spridning som VaR fick. Användningen av VaR ökade nämligen

---

<sup>196</sup> Ytterligare en grundförutsättning var den rådande uppfattningen att stigande tillgångspriser (till exempel stigande fastighetspriser) inte var Federal Reserves ansvarsområde. Stigande fastighetspriser räknades heller inte in i de inflationsindex som centralbanken baserade sina beslut på, liksom Riksbankens och Europeiska centralbankens inflationsmål är Federal Reserves inflationsmål kopplat endast till konsumentprisindex. Som de Vylder framhåller omfattar Federal Reserves uppdrag, till skillnad från Riksbankens och ECB:s, dock inte bara ett inflationsmål. Federal Reserve skall formellt sett även se till tillväxt och sysselsättning. (Se de Vylder 2009, s. 65.)

<sup>197</sup> Lybeck 2009, s. 48 framhåller även hur finanskrisen förutsatte den nya informationsteknologin som sådan: "[...] utan framväxten av IT skulle inte låntagare och långivare ha kunnat träffas anonymt på nätet utan fysisk kontakt; utan IT hade man inte kunnat få fram den mängd information som krävs för att skilja *prime*-kunder från *non-prime*-kunder och utan IT skulle inte den finansiella ingenjörskonsten (kvantnissarna som de kallas inom branschen) ha kunnat skapa alla dessa matematiskt komplexa produkter med namn som CDO (Collateralised Debt Obligations) och CDS (Credit Default Swaps) [...]"

<sup>198</sup> Enligt Shiller är den här typen "new-era stories" utmärkande för finansiella bubblor överhuvudtaget. (Se Shiller 2008, s. 41.)

<sup>199</sup> Se till exempel de Vylder 2009, s. 77 som talar om hur de matematiska riskvärderingsmodellerna kom att "omges av en nästan mytisk precision och trovärdighet".

<sup>200</sup> För en kritisk analys av VaR:s roll i finanskrisens förlopp, se <http://www.nytimes.com/2009/01/04/magazine/04risk-t.html?pagewanted=1&em>.



explosionsartat och efterhand blev tilltron till verktyget mycket hög. Den 28 april 2004 blev VaR dessutom i princip officiellt sanktionerat av den amerikanska finansinspektionen (Securities and Exchange Commission - SEC). Denna dag beslutade nämligen SEC att investmentbankerna på Wall Street i stort sett själva skulle få reglera sin risk. Det vill säga att deras risk skulle bedömas utifrån deras egna riskvärderingsverktyg. I praktiken blev alltså VaR avgörande för hur mycket risk dessa aktörer kunde ta på sig.<sup>201</sup>

Det har hävdats att den omfattande användningen av VaR kombinerat med den höga tilltron till verktyget utgjorde två avgörande orsaker bakom finanskrisen. Argumentet utgår från att VaR:s – och alla andra existerande värderingsverktygs – inneboende begränsningar medför att det är en mycket dålig idé att lita alltför blint till dem.<sup>202</sup> Grundproblemet är att värderingsmodellerna förutsätter en normalfördelning avseende värdeförändringar samtidigt som de reella förändringarna av tillgångars värden aldrig är normalfördelade. I korthet skulle man kunna säga att det alltid finns faktorer som inte kan kvantifieras och som därför inte kommer att komma med i beräkningen. Alla värderingsverktyg kommer alltid att ha blinda fläckar och måste därför hanteras med försiktighet och omdöme. VaR har också beskrivits som ett verktyg som i och för sig fungerade förhållandevis väl så länge som förhållandena var någorlunda "normala", i meningen att de inte väsentligen avvek från vad som hade varit gängse under den 20-års period som föregick konstruktionen av verktyget.<sup>203</sup> Argumentet går ut på att de historiska data som

---

<sup>201</sup> Se till exempel <http://www.nytimes.com/interactive/2008/09/28/business/20080928-SEC-multimedia/index.html>. Resultatet blev att den genomsnittliga hävstången (det vill säga ration mellan lånat och eget kapital) som finansmarknadsaktörerna arbetade med ökade från cirka 12:1 till 33:1. Efter SEC:s beslut utgjordes alltså cirka 33 av 34 investerade dollar av lånade medel. Med den här graden av lånefinansiering är det tillräckligt med ett par procents nedskrivning av tillgångarna för att radera ut det egna kapitalet. (Se <http://www.nytimes.com/2009/01/25/business/economy/25view.html?ref=business>.) Även enligt Basel II och därmed också enligt kapitaltäckningsdirektivet (dir. 2006/48/EG) och lag (2006:1371) om kapitaltäckning och stora exponeringar har kreditinstitut en möjlighet att bedöma sina kreditrisker i enlighet med interna metoder (se 4 kap 4 § 2 st. samt 7-11 §§ lag (2006:1371) om kapitaltäckning och stora exponeringar).

<sup>202</sup> Det finns de som går betydligt längre än så här och menar att de riskvärderingsverktyg som används idag helt enkelt är värdelösa bluffinstrument som inte bör användas överhuvudtaget. En högljudd förespråkare för detta synsätt är Nassim Nicolas Taleb, "Distinguished Professor of Risk Engineering", vid NYU. (Se Taleb 2007.)

<sup>203</sup> Just detta argument fördes, med emfas, fram av Alan Greenspan: "In recent decades, a vast risk management and pricing system has evolved, combining the best insights of mathematicians and finance experts supported by major advances in computer and communications technology. A Nobel Prize was awarded for the discovery of the pricing model that underpins much of the advance in derivatives markets. This modern risk management paradigm held sway for decades. The whole intellectual edifice, however, collapsed in the summer of last year because the data inputted into the risk management models generally covered only the past two decades, a period of euphoria. Had instead the models been fitted more appropriately to historic periods of stress, capital requirements would have been much higher and the financial world would be in far better shape today, in my judgment". (Se <http://74.125.77.132/search?q=cache:7nMY9lfgiJOJ-:oversight.house.gov/documents/20081023100438.pdf+Greenspan+on+credit+crisis+transcript+s&hl=sv&ct=clnk&cd=2&client=safari> för det transkriberade vittnesmålet i sin helhet eller delar av det videofilmade vittnesmålet på <http://www.youtube.com/watch?v=UP89IMbvpRE>.)

VaR tog hänsyn till endast sträckte sig ungefär 20 år tillbaka i tiden. Risken för att bostadsmarknaden skulle vika på bred front fanns därmed inte med i kalkylen. Som en konsekvens av detta framstod, för alla dem som använde och litade på VaR, investeringar i bostadslånebaserade värdepapper som en i det närmaste riskfri investering ända fram till dess att katastrofen var ett faktum. Ett motargument som har förts fram i detta sammanhang är att om värdeförändringar över tid verkligen aldrig är normalfördelade (vilket det verkar råda i det närmaste konsensus om), så hade det inte haft någon större betydelse huruvida VaR:s historiska data skulle ha omfattat en längre period. VaR skulle i vilket fall som helst inte ha kunnat förutse en nedgång av den här magnituden och kraschen skulle trots allt ha kommit som en överraskning för alla dem som litade blint till verktyget.<sup>204</sup>

#### **5.1.4.3 Konstruktionernas komplexitet medförde att det var få som förstod sig på den reella innebörden av de transaktioner som ägde rum**

Den övertro på VaR som många av finansmarknadens aktörer sägs ha uppvisat kan kanske delvis förklaras av att väldigt få verkligen förstod sig på de värdepapperiseringsrelaterade konstruktionerna. Vad var det egentligen för resurser som bytte ägare på marknaden för värdepapperiserade bostadslån och vad var egentligen den exakta innebörden av de så kallade "bond wrappers" och "credit default swaps" som vanligtvis utgjorde en del av dessa transaktioner?<sup>205</sup> Vilka konsekvenser för den slutliga fördelningen av risk medförde egentligen de olika konstruktionerna?<sup>206</sup> Antagligen är det riktigt att resurserna och konstruktionerna var alltför komplexa. Allt talar för att det var mycket svårt att skaffa sig en detaljerad överblick. Inte konstigt då att man satte sin tillit till en föregivet pålitlig och avancerad riskvärderingsmodell som VaR.

---

<sup>204</sup> Se till exempel Taleb 2007. Man kan givetvis fråga sig varför man överhuvudtaget konstruerar ett värderingsverktyg vars fundamentala utgångspunkt är den diametralt motsatta i förhållande till den väl kända princip som styr de objekt som skall värderas? Förklaringen verkar vara den gamla vanliga i den här typen av sammanhang. För att kunna konstruera hanterbara matematiska modeller av företeelser som är beroende av komplexa samhällsliga förlopp (som till exempel finansiella instruments värdeutveckling, eller ekonomisk tillväxt i stort för den delen) är det helt enkelt nödvändigt att utgå från orealistiska antaganden (som till exempel att värdeförändringar är normalfördelade eller att människor är strikt ekonomiskt rationella varelser som alltid väljer att maximera sin individuella ekonomiska nytta). I bästa fall används modellerna ödmjukt, försiktigt och med omdöme, i värsta fall förförs vi fullständigt av den ofta övertygande bild av vetenskaplig exakthet som modellen producerar.

<sup>205</sup> Bristen på förståelse skall givetvis förstås mot bakgrund av att marknaden för "credit default swaps" värderas till 30 biljoner dollar. (Se <http://www.nytimes.com/2009/01/25/business/25gret.html?ref=business>.) (Jfr Lybeck 2009, s. 18 som anger CDS-marknadens nominella storlek till 57 325 miljarder utestående i mars 2008.)

<sup>206</sup> Se till exempel Konjunkturinstitutet 2008, s. 49; de Vylder 2009, s. 59; Lybeck 2009, s. 11.

#### 5.1.4.4 Osunda incitamentsstrukturer

En bidragande orsak till bristen på förståelse var att det fanns alla incitament i världen att inte vilja förstå. Man skulle kunna påstå att en osund incitamentsstruktur skapade en miljö som inte bara gynnade dem som omedvetet eller "medvetet omedvetet" var villiga att ta på sig alla de risker som spelet krävde. För det första förmedlades en stor del av bostadskrediterna av säljare med provisionsbaserad ersättning, vilket knappast bidrog till noggranna kreditprövningar. Värdepapperiseringskonstruktionen medförde för det andra att kreditrisken flyttades över till köparna av värdepapperen. I det avseendet fungerade värdepapperiseringen som en försäkring för den ursprungliga kreditgivaren och säljaren av värdepapperen. Dessutom köptes en stor del av de värdepapperiserade bostadslånen av Fannie Mae och Freddie Mac, vilka som "Government Sponsored Entities" ansågs åtnjuta en implicit statlig garanti.<sup>207</sup> Incitamentsstrukturen rensade för det tredje sannolikt också effektivt ut dem som eventuellt opponerade sig eller inte ville delta i spelet så som det spelades. Var man inte villig att göra de lånefinansierade investeringar som alla andra gjorde var man snart ute ur i varje fall den här leken. Man kunde helt enkelt inte uppnå de resultat som krävdes utan att delta i spelet.<sup>208</sup> Till dem som antagligen inte ville förstå hörde tyvärr också de kreditvärderingsinstitut som spelade en så central roll på finansmarknaden. Kreditvärderingsinstitut som Standard & Poors och Moody's gav som sagt regelmässigt värdepapperiserade bolån högsta betyg – AAA. De ekonomiska incitamenten för att göra detta var enorma. Kritiken mot kreditvärderingsinstitutens agerande är idag mycket omfattande och det

---

<sup>207</sup> Fannie Mae och Freddie Mac hade år 2008 tillsammans garanterat hälften av de utestående bostadslånen i USA.

<sup>208</sup> Se till exempel [http://www.nytimes.com/2009/01/04/magazine/04riskt.html?\\_pagewanted=7&em](http://www.nytimes.com/2009/01/04/magazine/04riskt.html?_pagewanted=7&em). Ytterligare en aspekt av incitamentsstrukturproblematiken är de mycket höga ersättningarna till finansmarknadens beslutsfattare. År 2007 fick Goldman Sachs VD, Lloyd Blankfein, sammanlagt 73,7 miljoner dollar i ersättning – vilket innebar att Blankfein tjänade ungefär 2000 gånger mer än genomsnittsammerikanen, vars inkomst samma år låg på cirka 34 000 dollar). Samma år tjänade Lehman Brothers VD, Richard S. Fuld, 71,9 miljoner dollar, JP Morgan Chases James Dimon 20,7 miljoner, Bank of Americas Kenneth D. Lewis 20,1 miljoner, Citigroups Charles O. Prince 19,9 miljoner, Morgan Stanleys Charles Mack 17,6 miljoner och Merrill Lynchs John Thain 15,8 miljoner. Den absolut högsta ersättningen av alla verkställande direktörer inom den finansiella sektorn år 2007 hade dock Countrywide Financials VD Angelo R. Mozilo med sina 102,8 miljoner dollar. Bonusdelen av dessa ersättningar var mycket hög, Blankfeins lön uppgick till exempel endast till 750 000 dollar, resterande ersättning gavs i form av bonus och aktier. Även om finansvärldens direktörsbonusar framstår som jättelika jämfört med genomsnittsammerikanens inkomster, så är de små jämfört med vad de som driver framgångsrika hedgefonder tjänar. År 2007 tjänade till exempel George Soros 2,9 miljarder dollar och Citadels Ken Griffin drygt 2 miljarder. (Se Ferguson 2009, s. 1-2.) En anledning till de höga bonusandelarna var hursomhelst den extra skatt på löner över en miljon som infördes under Clinton-administrationen år 1993. (Se de Vylder 2009, s. 80.) Bonussystemets världsfrånvärdhet framgår för övrigt inte minst av att finansmarknadsaktörerna på Wall Street i början av 2009 betalade ut sammanlagt 18,4 miljarder dollar till sig själva, i bonus för katastrofåret 2008. (Se [http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30obama.html?\\_r=1&ref=business](http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30obama.html?_r=1&ref=business) samt Lybeck 2009, s. 51.)

sannolikt grundläggande problemet i sammanhanget – att granskarna får betalt och är beroende av dem som granskas – har fått mycket uppmärksamhet.<sup>209</sup>

#### 5.1.4.5 Bristande övervakning

Finansmarknaden övervakas i USA av en mängd olika organ, delstatliga såväl som federala.<sup>210</sup> Det har hävdats att denna splittring försvårar övervakningen.<sup>211</sup> Ingen enskild övervakare, inte ens den federala Securities and Exchange Commission (SEC), har någon verklig överblick. Övervakningen underlättas inte heller av att finansmarknaden är global medan övervakningen fortfarande huvudsakligen är nationell. I krisens spår har det också föreslagits olika typer av sammanslagningar av de övervakande myndigheterna i USA.<sup>212</sup> Någon global övervakningsmyndighet förefaller dock inte vara sannolik.<sup>213</sup>

Det har vidare hävdats att övervakningsmyndigheternas kunskap om de nya finansiella instrument som handlas på finansmarknaderna generellt sett är alltför bristfällig samt att de är alltför dåliga på att identifiera potentiellt systemstörande risker.<sup>214</sup> Det är alltså inte endast SEC som har kritiserats i samband med finanskrisen. Av naturliga skäl, finanskrisen hade trots allt sitt epicentrum i USA, är det dock SEC som har fått utstå den hårdaste kritiken. Det har till exempel hävdats att det kan ifrågasättas om inte den bristfälliga övervakningen i viss utsträckning kan ha varit medvetet okritisk.<sup>215</sup> Inte minst för att, sägs det nu i efterhand i alla fall, målet för många högre chefer på SEC

---

<sup>209</sup> Det var huvudsakligen under det senaste decenniet som kreditvärderingsinstituten ändrade sin traditionella köparfokuserade affärsmodell. Kreditvärderingsinstituten sägs också aktivt ha strävat efter att öka andelen uppdrag från emittenter och säljare av komplexa finansiella instrument eftersom den här typen av uppdrag gav den högsta avkastningen. Moody's vinstmarginal var till exempel större än Fortune 500 företag som Microsoft och Exxon. Se <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9F02E4DC123CF934A35751C1A96E9C8B63&sec=&spon=&pagewanted=2>. Se även <http://www.nytimes.com/2009/01/04/opinion/04-lewiseinhornb.html?pagewanted=3> samt de Vylder 2009, s. 69. Norberg 2009, s. 91 menar att grundproblemet är att de etablerade kreditvärderingsinstituten har en oligopolställning till följd av att bankerna är tvingade att använda institutens värderingar som grund för beräkningen av sina kapitalkrav. Norbergs recept (a.a., s. 193ff.) för att motverka att kreditvärderingsdebaclet upprepas är mindre reglering och mer konkurrens på värderingsmarknaden. Det är möjligt att mer konkurrens på denna marknad skulle vara av godo. Frågan är dock om inte jävsproblematiken, det vill säga att de vars produkter värderas också är de som betalar för värderingen, måste regleras bort? Att här lita till marknadsaktörernas "upplysta egenintresse" förefaller riskabelt. Det finns också de som hävdar att just den ökade konkurrensen mellan ratinginstituten – antalet av SEC godkända ratinginstitut har trots allt ökat under de senaste åren – har bidragit till att sänka kraven. Det hävdas att instituten helt enkelt har lockat kunder genom att sänka kraven för de höga kreditbetygen. (Se Lybeck 2009, s. 142 med hänvisningar.)

<sup>210</sup> Se till exempel de Vylder 2009, s. 65.

<sup>211</sup> Se till exempel [http://www.nytimes.com/2009/01/25/us/politics/25regulate.html?\\_r=1&hp](http://www.nytimes.com/2009/01/25/us/politics/25regulate.html?_r=1&hp).

<sup>212</sup> Se a.a.

<sup>213</sup> En global övervakningsmyndighet nämns till exempel inte i G-20:s uttalanden, vilka överlag är vaga och i huvudsak går ut på att de globala standarderna skall stärkas. (Se till exempel G-20 2009.)

<sup>214</sup> Se de Vylder 2009, s. 65-66.

<sup>215</sup> Se till exempel <http://www.nytimes.com/2009/01/04/opinion/04lewiseinhorn.html>.

snarast var att utnyttja positionen på den övervakande myndigheten för att så småningom byta till ett väsentligt mycket bättre betalt jobb på Wall Street.<sup>216</sup> Dessutom styrdes SEC av en politiskt tillsatt kommission där de flesta kommissionärer under de senaste åren beskrev sig själva som regleringsmotståndare. Det har hävdats att denna kommission stoppade många större ärenden från att drivas vidare.<sup>217</sup> Kommissionens i grunden kritiska inställning till SEC:s övervakande funktion sägs också ha demoraliserat de anställda och skapat en atmosfär där ärenden sällan drevs särskilt hårt och där det sällan yrkades på hårda sanktioner mot dem som bröt mot finansmarknadsregleringen. Exakt hur mycket substans det finns i den här typen av påståenden är givetvis svårt att bedöma. Faktum är dock att det förefaller finnas en hel del exempel på nästan oförklarligt svaga övervakningsinsatser från SEC:s sida.<sup>218</sup>

Under punkten bristande övervakning måste givetvis även de privata granskarnas insatser tas upp. Att kreditvärderingsinstituten inte uppmärksammade de risker som byggdes upp i systemet och regelmässigt gav högsta betyg till värdepapperiserade "subprime"-bolån har berörts ovan.<sup>219</sup> Omfattande kritik har även riktats mot de revisionsbyråer vars uppdrag var att granska de stora investmentbankernas räkenskaper.<sup>220</sup>

---

<sup>216</sup> Se a.a.

<sup>217</sup> Se <http://www.nytimes.com/2009/02/23/business/23schapiro.html?pagewanted=1&em>.

<sup>218</sup> SEC har till exempel kritiserats för att ha ignorerat den kritik och de misstankar som under många år riktades mot Bernard Madoff, vars verksamhet i samband med krisen avslöjades som en av de största bedrägerierna någonsin. Madoffs bedrägerier beräknas ha kostat hans investerare 65 miljarder dollar. (Se till exempel [http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/bernard\\_l\\_madoff/index.html?scp=1-spot&sq=madoff&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/bernard_l_madoff/index.html?scp=1-spot&sq=madoff&st=cse).)

<sup>219</sup> Se avsnitt 5.1.4.4.

<sup>220</sup> Särskilt ifrågasatt har Ernst & Youngs granskning av Lehman Brothers blivit efter att det kommit fram att Lehman Brothers sedan år 2001 ägnat sig åt minst sagt kreativ bokföring i syfte att minska sin redovisade belåningsgrad. (Se <http://www.nytimes.com/2010/03/13/business/13lehman.html?th&emc=th> samt Valukas 2010, s. 732ff.) Metoden var i grunden enkel: Så kallade "repo" (det vill säga kortfristiga, säkerställda, kreditavtal) redovisades som "true sales" istället för "financing agreements". Användningen av "Repo 105", vilket var den interna benämningen för detta tillvägagångssätt på Lehman, ökade dramatiskt under år 2007 och 2008 sedan finanskrisen lett till att marknadens acceptans för en hög belåningsgrad minskat avsevärt. "Repo 105" gick i korthet ut på att det som rätteligen borde ha redovisats som säkerställda finansieringsavtal istället redovisades som överlåtelser. De medel Lehman fick in till följd av dessa "överlåtelser" användes sedan till att betala av andra skulder. Transaktionerna företogs strax innan rapporteringsperioderna inträdde. När kvartalsrapport väl lämnats lånade Lehman upp medel för att "köpa tillbaka" de tillgångar som utnyttjats i "Repo 105" transaktionerna. Den särskilda granskare som på uppdrag av United States Bankruptcy Court Southern District of New York granskat Lehmans konkurs framhåller att Lehman hemlighöll dessa transaktioner: "Lehman never publicly disclosed its use of Repo 105 transactions, its accounting treatment for these transactions, the considerable escalation of these transactions in 2007 and into 2008, or the material impact these transactions had on the firm's publicly reported net leverage ratio.[n] [...] In addition to its material omissions, Lehman affirmatively misrepresented in its financial statements that the firm treated all repo transactions as financing transactions – i.e. not sales – for financial reporting purposes." (Se Valukas 2010, s. 732-734.)

#### 5.1.4.6 Det politiska målet att öka graden av eget ägande av bostäder

Ytterligare en faktor som har förts fram som en förklaring till finanskrisen är den politiska målsättningen att öka det egna ägandet av bostäder. Under ett flertal år före finanskrisen var det ett högprioriterat mål från flera amerikanska regeringars sida att möjliggöra för så många amerikaner som möjligt att äga sina hem.<sup>221</sup> Detta var en fråga som många kunde samlas kring. Frågan drevs av såväl Clinton- som Bushadministrationen. För så kallade liberaler (det vill säga, vanligtvis, demokrater) kunde målsättningen ses som en önskvärd social åtgärd. För nykonservativa Bush-anhängare kunde målsättningen ses som ett steg i riktningen mot det "ownership society" som Bush eftersträvade.<sup>222</sup> På grund av den breda supporterskaran var det alltså vanligtvis lätt att få stöd för åtgärder som sades ha som mål att förverkliga ett ökat eget ägande av bostäder. Mot bakgrund av finanskrisen har det uppmärksammats att det ökade egna ägandet ofta förutsatte en mycket hög belåning samt att de politiska besluten bidrog inte minst till att Fannie Mae och Freddie Mac sänkte sina krav på låntagarna.

Ytterligare ett politiskt mål som sannolikt bidrog till sänka kraven på låntagarna var målet att minska diskrimineringen i samband med kreditgivning.<sup>223</sup> Under 1970-talet förbjöds de amerikanska bankerna att vid sina kreditprövningar ta hänsyn till ras, hudfärg, ursprung, kön, äktenskaplig status och ålder.<sup>224</sup> Bankerna förbjöds även att ta hänsyn till huruvida låntagarens disponibla inkomst härrör från lön, eget företagande eller socialbidrag, och så vidare. Bankernas utlåning i förhållande till olika geografiska områden testas varje år av Federal Reserve. Banker som har en låg exponering mot underprivilegerade områden är skyldiga att redovisa varje lån för Federal Reserve och bevisa att de inte har diskriminerat. Det skulle knappast vara särskilt förvånande om den här typen av bestämmelser bidrog till sänkta kreditkrav.

Den politiska målsättningen att öka det egna ägandet av bostäder förstärktes ytterligare av den intensiva lobbying som finansmarknadsaktörerna – inte minst Fannie Mae och Freddie Mac – ägnade sig åt.<sup>225</sup> De politiska besluten var alltså

---

<sup>221</sup> Se till exempel <http://www.nytimes.com/2008/12/21/business/21admin.html?scp=3&sq=the%20reckoning&st=cse>; Norberg 2009, s. 43ff.

<sup>222</sup> Även för dem med i grunden mycket starka marknadsliberala instinkter, som till exempel Alan Greenspan, kunde utsikten att få till stånd ett ägarsamhälle uppväga nackdelarna med att sätta marknadsmekanismerna ur spel: "Jag var medveten om att man genom att införa lättare kriterier för de låntagare på villamarknaden som behövde subprimelån ökade den finansiella risken och att subventionerat boende snedvrider marknadens effekter. Men jag tyckte då som nu [skrivet före kraschen 2007] att de fördelar som ett mer utbrett villaägande förde med sig att det var värt risken. För att skydda äganderätten som är så fundamental i en marknadsekonomi är det viktigt att man har bakom sig en kritisk massa av ägare för att uppnå tillräckligt stöd från politikerna." (Se Greenspan 2007, s. 233, via Lybeck 2009, s. 99.)

<sup>223</sup> Se Lybeck 2009, s. 49-51; Norberg 2009, s. 45ff.

<sup>224</sup> Antidiskrimineringsåtgärderna infördes framförallt genom 1974 års "Equal Credit Opportunity Act" och 1977 års "Communit Reinvestment Act".

<sup>225</sup> Det finns många beskrivningar av denna lobbying och det omfattande politiska inflytande den resulterade i. Se till exempel <http://www.nytimes.com/2008/11/17/business/economy/17->

delvis resultatet av marknadsaktörernas egna önskemål. Detta innebär i och för sig inte att politikerna – och politiken, de offentliga ingreppen – kan fritas från ansvar för krisen. Marknadsaktörernas lobbying för att få öka sin utlåning på det osäkra “subprime”-segmentet säger dock en hel del om dessa aktörers förmåga att bedöma sin egen risk.

#### 5.1.4.7 Systemfaktorer med procyklisk effekt

Dagens finansiella system innehåller ett flertal faktorer som kan antas förstärka såväl upp- som nedgångar. För det första har kapitaltäckningskraven som sådana en procyklisk verkan. När tiderna är goda och vinsterna och det egna kapitalet ökar kan också utlåningen ökas. I sämre tider när vinsterna och det egna kapitalet minskar måste bankerna också dra ner på utlåningen.<sup>226</sup> För det andra kan kopplingen mellan kapitaltäckningskraven, bedömningen av kreditriskerna samt kreditvärderingsinstitutens kreditvärderingar antas ha en procyklisk effekt. När tiderna är goda och kreditvärderingsinstituten ger höga betyg kan utlåningen expandera, när tiderna är sämre och betygen lägre måste bankerna dra ner på utlåningen.<sup>227</sup> För det tredje kan de nya bokföringsprinciper som bygger på att många av bankernas tillgångar skall tas upp till marknadsvärdet antas ha en kraftfull procyklisk effekt.<sup>228</sup> När bubblor byggs upp sker omfattande uppskrivningar av kreditinstitutens tillgångar, vilket möjliggör en kraftfull

---

gramm.html?\_r=1&scp=13&sq=the%20reckoning&st=cse samt <http://www.nytimes.com/2008-12/14/business/14schumer.html?scp=14&sq=the%20reckoning&st=cse>. Se även Johnson 2009 som menar att finansmarknaden och den amerikanska staten i så hög grad hade smält samman att finansmarknadsaktörernas inflytande inte längre vilade på lobbying och kampanjbidrag: “the American financial industry gained political power by amassing a kind of cultural capital – a belief system. Once, perhaps, what was good for General Motors was good for the country. Over the past decade, the attitude took hold that what was good for Wall Street was good for the country. The banking-and-securities industry has become one of the top contributors to political campaigns, but at the peak of its influence, it did not have to buy favors the way, for example, the tobacco companies or military contractors might have to. Instead, it benefited from the fact that Washington insiders already believed that large financial institutions and free-flowing capital markets were crucial to America’s position in the world. One channel of influence was, of course, the flow of individuals between Wall Street and Washington. Robert Rubin, once the co-chairman of Goldman Sachs, served in Washington as Treasury secretary under Clinton, and later became chairman of Citigroup’s executive committee. Henry Paulson, CEO of Goldman Sachs during the long boom, became Treasury secretary under George W. Bush. John Snow, Paulson’s predecessor, left to become chairman of Cerberus Capital Management, a large private-equity firm that also counts Dan Quayle among its executives. Alan Greenspan, after leaving the Federal Reserve, became a consultant to Pimco, perhaps the biggest player in international bond markets. These personal connections were multiplied many times over at the lower levels of the past three presidential administrations, strengthening the ties between Washington and Wall Street. It has become something of a tradition for Goldman Sachs employees to go into public service after they leave the firm. The flow of Goldman alumni – including Jon Corzine, now the governor of New Jersey, along with Rubin and Paulson – not only placed people with Wall Street’s worldview in the halls of power; it also helped create an image of Goldman (inside the Beltway, at least) as an institution that was itself almost a form of public service.”

<sup>226</sup> Se de Vylder 2009, s. 69-70.

<sup>227</sup> Se a.a., s. 69.

<sup>228</sup> Se a.a., s. 79.

expansion av utlåningen. När bubblan spricker skrivs tillgångarna ner med åtföljande kontraktion av utlåningen.

#### 5.1.4.8 Antiregleringsideologi

Det är uppenbart att det överdrivna ansamlandet av risk som så många av finansmarknadens aktörer ägnade sig åt under åren strax före finanskrisens utbrott påverkades av olika politisk-ekonomiska beslut. De rent penningpolitiska beslut som kan antas ha skapat grundförutsättningarna för själva fastighetsbubblan har beskrivits ovan. Ytterligare regleringar och politiska faktorer som har berörts ovan är antidiskrimineringslagstiftningen samt det politiska målet att öka det egna ägandet av bostäder. Till detta skall dock läggas en bland den politiska ledningen och många av finansvärldens makthavare i grunden positiv – gränsande till okritisk – attityd till nya finansieringsformer och ”innovation på finansmarknaden”. Det ansågs inte finnas någon anledning att reglera, knappt ens kritiskt granska, användandet av nya finansiella konstruktioner.<sup>229</sup>

Antiregleringsideologin kom till tydligt uttryck i den ”Commodity Futures Modernization Act (CFMA)” som antogs av kongressen år 2000. Syftet med denna lag var att avskaffa all övervakning och offentlig reglering av handeln med värdepapperiserade bostadslån, och andra nya derivat.<sup>230</sup> Av stor betydelse för finanskrisen var sannolikt också 1999 års ”Gramm-Leach-Bliley”-lag, varigenom den så kallade ”Glass-Steagall”-lagens boskillnad mellan affärsbanker och investmentbanker, som gällt sedan 1933, avskaffades. Affärsbankerna var inte längre förhindrade att ägna sig åt emittering av aktier och andra finansiella instrument, till exempel värdepapperiserade bostadslån.<sup>231</sup>

Inte heller ansågs det finnas anledning att granska och reglera det skuggbanksystem som växte fram under 1990-talet och framåt.<sup>232</sup> Den

---

<sup>229</sup> Den avregleringstrend som möjligen nu har kulminerat i och med finanskrisen sträcker sig för övrigt tillbaka till 1970-talet. Avregleringarna av finansmarknaderna tog sin början efter det att Bretton Woods-samarbetet hade brutit samman år 1971. Världen har sedan dess sett ett stort antal finanskriser. (Se som sagt Laeven & Valencia 2008.) Ofta har dessa kriser uppstått kort efter det att omfattande avregleringar har genomförts. Se till exempel de Vylder 2009, s. 66 som exemplifierar med hur 1985 års avreglering av den svenska kreditmarknaden och det sena 1980-talets avskaffande av valutaregleringarna följdes av det tidiga 1990-talets djupa bank- och valutakriser samt hur såväl 1980- och 1990-talens många kriser i Latinamerika och Asienkrisen 1997-1998 föregicks av framförallt slojade valutaregleringar.

<sup>230</sup> En av de som argumenterade kraftfullt för denna lag var Alan Greenspan. (Se de Vylder 2009, s. 67.) Se vidare nedan om Greenspans idag självkritiska hållning i detta avseende.

<sup>231</sup> Se [http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/g/glass\\_steagall\\_act\\_1933/index.html](http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/g/glass_steagall_act_1933/index.html).

<sup>232</sup> Det oreglerade skuggbanksystemet ses av många som en av krisens huvudorsaker. Skuggbanksystemet utgör enligt dessa bedömare en mycket stor risk. Vad vi har att göra med är i praktiken ett parallellt banksystem som saknar alla de skydds konstruktioner som – mot bakgrund av dyrköpta historiska erfarenheter – har utvecklats för att förhindra att den reguljära banksektorn utsätts för bankrusningar. Och det är just motsvarigheten till en bankrusning som



principiella utgångspunkten var tvärtom att det snarast fanns för mycket finansmarknadsreglering och att aktörerna på marknaden själva kunde antas vara bäst lämpade att bedöma sin riskexponering.<sup>233</sup> Det ansågs ligga i dessa aktörers eget intresse att inte ta på sig så mycket risk att deras egen överlevnad hotades. Den tidigare så hyllade före detta centralbankschefen Alan Greenspan har exempelvis varit mycket tydlig i sin beskrivning av hur chockerande finanskrisen är för alla dem som satte sin tilltro till att marknadsaktörernas upplysta egenintresse skulle medföra att marknadsaktörerna själva var bäst lämpade att reglera sitt risktagande.<sup>234</sup> Trenden att låta Wall Street sköta sig självt och att istället ägna sin kraft och sina resurser åt att "undanröja skadlig reglering" förstärktes även av den intensiva lobbying som finansmarknadens aktörer ägnade sig åt.<sup>235</sup>

Därmed (givetvis) inte sagt att reglering av finansmarknaden alltid är något odelat positivt. Ett väl känt problem med regleringar är att de ofta leder till oförutsedda konsekvenser som kan vara de rakt motsatta till de syften som regleringen avser att fylla.<sup>236</sup> Ur ett nyliberalt perspektiv är det givetvis

---

anses ha inträffat i skuggbanksystemet. Se till exempel Krugman 2009, s. 158ff. som argumenterar för att det är absolut nödvändigt att i framtiden reglera även skuggbanksystemet. Alla institutioner som i praktiken ägnar sig åt bankverksamhet och är systemiskt betydelsefulla skall också regleras som banker.

<sup>233</sup> Bushadministrationens inställning i denna fråga beskrivs kanske bäst med hänvisning till de pressbilder som avbildade representanter för de olika bankövervakande myndigheterna utrustade med sekatorer och motorsåg, i färd med att angripa högar av dokument innehållande finansmarknadsreglering. (Se Krugman 2009, s. 164.)

<sup>234</sup> I samband senatsutfrågningarna beskrev Greenspan finanskrisen som "a once in a century credit tsunami" och framhöll att: "Those of us who have looked to the self-interest of lending institutions to protect shareholder's equity (myself especially) are in a state of shocked disbelief." Greenspan menade som sagt också att "the intellectual edifice of modern risk management has crumbled" samt erkände att det hade varit åtminstone "partially wrong" att, som han hade gjort som centralbankschef, motsätta sig reglering av komplexa instrument som "credit default swaps". (Se <http://74.125.77.132/search?q=cache:7nMY9lfgiJ0J:oversight.house.gov/documents/2008-1023100438.pdf+Greenspan+on+credit+crisis+transcripts&hl=sv&ct=clnk&cd=2&client=safari> för det transkriberade vittnesmålet i sin helhet eller delar av det videofilmade vittnesmålet på <http://www.youtube.com/watch?v=UP89IMbvpRE>.) Det ligger givetvis nära till hands att som Zizek framhålla finanskrisen som en konsekvens av den liberala utopi som till exempel fick Francis Fukuyama att placera historiens slut till år 1989: "This is how one should answer those who dismiss any attempt to question the fundamentals of the liberal-democratic-capitalist order as being themselves dangerously utopian: what we are confronting in today's crisis are the consequences of the utopian core of this order itself. While liberalism presents itself as anti-utopianism embodied, and the triumph of neoliberalism as a sign that we have left behind the utopian projects responsible for the totalitarian horrors of the twentieth century, it is now becoming clear that the true utopian epoch was that happy Clintonite 90's with its belief that we had reached the "end of history", that humanity had finally found the formula for the optimal socio-economic order. But the experience of recent decades clearly shows that the market is not a benign mechanism which best works when left to its own devices – it requires a good deal of extra-market violence to establish and maintain the conditions for its functioning." (Se Zizek 2009, s. 80.)

<sup>235</sup> Se avsnitt 5.1.4.7.

<sup>236</sup> Vilket till exempel påpekades redan av Coase 1960, se not 119.

frestande att förklara finanskrisen som i huvudsak ett resultat av klåfingriga och inkompetenta byråkraters marknadsingrepp:

“Den här stormen på de finansiella marknaderna kan [...] berättas som historien om hur statsingrepp för att lösa tidigare kriser lade grunden för en ny. Centralbanken började göra pengar billiga 2001 för att undvika deflation och depression och utvecklingsländer exporterade kapital därför att de bränt sig på kapitalimport i tidigare kriser. Kreditbetygen blev så överdrivna därför att finansmyndigheter trodde att statssanktionerade betyg skulle ge stabilare risknivåer. Basels kapitalkrav ledde till allt mer exotiska finansiella instrument och pressade bort tillgångar från bankernas balansräkning därför att de ville göra bankerna säkrare – eftersom tidigare statsgarantier hade gjort dem osäkrare. Nya krav på marknadsvärdering av tillgångarna var till för att undvika fusk, men ledde till att man förstärkte nedgången och slog ut investmentbankerna. Och så vidare, och så vidare.”<sup>237</sup>

Till detta skulle kunna läggas hur den ovan nämnda särskilda skatt på direktörslöner över en miljon dollar bidrog till att en allt större andel av ersättningen till finansmarknadens beslutsfattare utbetalades i form av bonus.<sup>238</sup> Att mycket av den reglering som omfattade finansmarknaden var bristfällig kan knappast förnekas. Att helt och hållet överge försöken att reglera finansmarknaden är dock knappast lösningen. I grunden visar finanskrisen nämligen på hur finansmarknadsaktörerna är oförmögna att bedöma och hantera sina egna risker. Självreglering är därmed knappast en gångbar lösning.<sup>239</sup>

#### **5.1.4.9 Ett flertal samverkande faktorer ledde till att låntagarna tog på sig för mycket risk**

Man kan, slutligen, även analysera finanskrisens orsaker från ett mer snävt kredittagarperspektiv. Varför tog så många låntagare på sig så mycket risk att många av dem nu befinner sig i ekonomisk ruin?<sup>240</sup> En stor del av förklaringen är

---

<sup>237</sup> Se Norberg 2009, s. 189.

<sup>238</sup> Se avsnitt 5.1.4.4.

<sup>239</sup> Man skulle till exempel kunna hävda att för att återupprätta kreditvärderingsinstitutens trovärdighet inte i första hand avreglering och mer konkurrens som behövs, utan ett förbud mot att säljaren beställer och betalar för värderingen. Ett slopat kapitalkrav är knappast det som behövs för att komma till rätta med de risker som skuggbanksystemet medför. Lösningen är snarare att ställa upp funktionella kriterier för bankverksamhet. All verksamhet som funktionellt sett utgör bankverksamhet bör omfattas av kapitalkrav med mera. På motsvarande sätt bör lön, bonus och andra typer av ersättningar likställas vid reglering av ersättningarna på finansmarknaderna.

<sup>240</sup> Det är i och för sig riktigt att många låntagare helt enkelt lämnar sina hus och postar nycklarna till banken. Den marknad för rådgivning inför ett sådant beslut som har växt fram i USA har fått ganska så mycket uppmärksamhet i media. Se till exempel [http://www.nytimes.com/2008/02/29/us/29walks.html?\\_r=2&oref=slogin&ref=todayspaper&pagewanted=print&oref=slogin](http://www.nytimes.com/2008/02/29/us/29walks.html?_r=2&oref=slogin&ref=todayspaper&pagewanted=print&oref=slogin). De rådgivare som är verksamma på denna marknad har målande

det ovan nämnda låga ränteläget efter IT-kraschen och den stora tillgången på krediter. Den dröm om att äga sitt eget boende som är en viktig del av "den amerikanska drömmen" fick många att ta chansen att förvärva en bostad. Något som tidigare kanske hade framstått som ouppnåeligt. De risker som detta kunde antas medföra på längre sikt framstod sannolikt som mindre allvarliga till följd av ett relativt stort förtroende för förment seriösa och stabila kreditgivande institutioner. Krediterna marknadsfördes också aggressivt av försäljare som ofta sålde på provision. I många fall lär låntagarna dessutom ha varit djupt okunniga om vad finansiella åtaganden av de slag som var aktuella innebar på längre sikt.

### **5.1.5 Sammanfattningsvis om riskperspektivets betydelse för avhandlingens huvudtema**

Riskperspektivet bygger för det första på att gäldenärer i ekonomisk kris ofta kan antas uppvisa en viss riskpreferens. I hopp om att lösa en desperat situation kan gäldenärer i ekonomisk kris antas ha en viss benägenhet att ta det som inom "prospect theory" kallas för "risk seeking decisions". Risktagandeperspektivet bygger för det andra på uppfattningen att den säkerhetslösa, personliga krediten fyller ett viktigt syfte. Frånvaron av säkerhet kan antas göra kreditgivarna mer angelägna att genomföra en verkligt seriös kreditprövning. Risktagandeperspektivet har slutligen fått ökad aktualitet till följd av finanskrisen och det uppenbara faktum att det inte ens går att lita på att de mest avancerade och

---

varumärken som "youwalkaway.com" och verkar av de flesta insatta betraktas som oseriösa aktörer som parasiterar på dem som redan är utslagna genom att sälja "färdiga paket" som påstås möjliggöra för den överskuldssatte att bekymmersfritt "gå sin väg" efter att ha lämnat över nycklarna till sitt hus till banken. I vissa, men långt ifrån alla, fall innebär överlämnandet av nycklarna verkligen att banken inte har rätt att kräva låntagaren på den restskuld som vanligtvis finns kvar efter en exekutiv försäljning av den belånade fastigheten. (Se till exempel <http://www.bankruptcylawnetwork.com/2008/03/02/is-walking-away-from-your-house-an-alternative-to-bankruptcy/>.) Huruvida detta är fallet beror dels på hur kreditavtalet är utformat och dels på lagstiftning som skiljer sig åt mellan delstaterna. En annan sak är att det finns en vida spridd föreställning om att bankerna i det här läget knappast kommer att besvära sig med att ta kostnaderna för att föra talan mot låntagarna. Huruvida det långsiktigt ligger något i detta antagande återstår att se. I nuläget verkar bankerna dock inte vara böjda att stämma låntagarna. Tvärtom förekommer det att bankerna betalar låntagarna en mindre summa (några hundra dollar och uppåt) för att de skall lämna husen utan att demolera dem. Det har även dykt upp en mängd företag som utlovar drabbade husägare hjälp med att förhandla ned amorteringar med mera. Antalet oseriösa aktörer på denna marknad förefaller vara stort. Se <http://www.nytimes.com/2009/01/15/us/15mortgage.html?pagewanted=2&hp>. De fattiga amerikaner som har oturen att utsättas för dessa bedragare blir dubbelt drabbade av finanskrisen. Först lockar banken dem att ta en kredit som egentligen är alldeles för riskabel för dem. Sedan blir de lurade på sina sista pengar (ofta lånade av vänner och släktingar) av förmenta experter som hävdar att de kan lindra den påfrestning som krediten nu utsätter dem för. Ofta är det dessutom samma personer som tidigare sålde "subprime"-krediter som nu har sadlat om och har startat dessa så kallade "foreclosure rescue companies". (Se [http://www.nytimes.com/2009/07/20/business/20modify.html?pagewanted=1&\\_r=1&th&emc=th](http://www.nytimes.com/2009/07/20/business/20modify.html?pagewanted=1&_r=1&th&emc=th).) Möjligheten (eller kanske snarare föreställningen om att det är möjligt) att "posta nycklarna till banken och gå iväg" kan även antas ha ökat låntagarnas benägenhet att överbelåna sina fastigheter. (Se de Vyllder 2009, s. 62-63 samt The Economist 27 juni 2009.)

professionella av alla finansmarknadens aktörer själva har förmågan att korrekt bedöma vare sig sin egen eller sina gäldenärers risk.

Utvikningen om finanskrisen är som sagt inte bara ett utslag av ett allmänt intresse för finanskrisens orsaker och förlopp. Den har ett direkt syfte som är knutet både till avhandlingens huvudtema och till det särskilda tema som behandlas i detta avsnitt, nämligen risktagandeperspektivets betydelse för konstruktionen av en ny lånefinansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser. Analysen av finanskrisen kan enligt min mening bidra med ett antal betydelsefulla lärdomar för konstruktionen av en sådan finansieringsform.

En viktig lärdom är att riskpreferens, eller frånvaro av riskmedvetenhet om man så vill, alltid måste beaktas i finansieringssammanhang. Det går uppenbarligen inte att lita på att ens de mest avancerade och professionella av marknadens aktörer själva bedömer sin risk på ett korrekt sätt.

Ytterligare en lärdom är att det finns all anledning att sträva efter att konstruera nya finansieringsformer så att kreditgivarna får incitament att göra seriösa kreditbedömningar. När det gäller finansieringsformer baserade på intellektuella resurser kommer, åtminstone i viss utsträckning, sannolikt de krav som ställs av resursernas karaktär att generera den typen av effekter. Som vi kommer att se kan det antas att en effektiv och seriös lånefinansieringskonstruktion baserad på säkerhet i intellektuella resurser ofta kommer att kräva att kreditgivaren engagerar sig i och skapar sig en förståelse för låntagarens hela verksamhet. Detta är väldigt långt från att paketera bostadslån för att sedan sälja av dessa på en anonym marknad.

Det kan också konstateras att hög komplexitet utgör en särskild risk i finansieringssammanhang. Nya finansiella konstruktioner och ny finansreglering måste därför i så hög grad som möjligt motverka en alltför hög grad av komplexitet. Särskilt bör man undvika konstruktioner som medför att det blir svårt att bedöma vem som i realiteten står kreditrisken i samband med en transaktion.

Det är också mycket viktigt att konstruera och hantera nya finansieringsformer utifrån en verklig förståelse av just de resurser som omfattas av konstruktionerna i fråga. Som vi kommer att se kännetecknas intellektuella resurser ofta av bland annat en hög grad av kontextuellt beroende, brist på transparens, svårdefinierbarhet och åtföljande informationsasymmetri. Detta skulle mycket väl kunna ses som faktorer som gör just kategorin intellektuella resurser till en sannolik huvudrollsinnnehavare i en framtida finansiell bubbla. Om nu en av lärdomarna från den nuvarande finanskrisen är att en hög grad av komplexitet utgör en risk, så går det inte att förneka att det ligger något i detta påstående. Det går nämligen inte att komma ifrån att en värld där huvuddelen av resurserna är intellektuella resurser på många sätt är en mer komplicerad, och i vissa avseenden kanske även mer riskfylld, än en värld där de

materiella resurserna utgör det ekonomiska fundamentet.<sup>241</sup> De intellektuella resurserna är ofta svåra att bedöma och värdera. Desto lättare är det att bli fascinerad av och fästa stora förhoppningar till dem. Det är exempelvis lätt att bli förförd av de förväntningar som ofta knyts till en ny, avancerad och lovande teknologi. För att inte utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall leda till att även risken för finansiella bubblor ökar, så krävs det därmed sannolikt inte bara att de som hanterar resurserna har en verklig förståelse för dessa resursers karaktär och funktion utan att det också upprätthålls stränga krav för att säkerhetskonstruktioner avseende intellektuella resurser skall godtas.<sup>242</sup>

Om finansiering direkt baserad på intellektuella resurser växer i omfattning måste företagen dessutom sannolikt särskilt regleras på en mer övergripande nivå utifrån sina särskilda förutsättningar, exempelvis avseende tillåtna risknivåer.

För att kunna uppfylla de krav som bör ställas på en ny finansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser är det nödvändigt att analysera förutsättningarna för en sådan konstruktion ur ett brett funktions-, intresse- och värdeskapandeperspektiv. Bubblor och kriser kan visserligen aldrig elimineras i en marknadsekonomi. I viss utsträckning är de sannolikt också priset vi måste betala för perioder med en hög grad av innovation och utveckling. Så länge vi inte ens försöker att på djupet förstå våra konstruktioner och resurser samt förutsättningarna för dessas funktion, utan nöjer oss med att begränsa analysen till en bekväm ytnivå, förblir emellertid riskerna för bubblor och kriser onödigt stora.

---

<sup>241</sup> Uppsidan är givetvis att en värld dominerad av intellektuella resurser förhoppningsvis är en mer spännande värld fylld av betydligt fler möjligheter än sin motsats...

<sup>242</sup> Av särskilt stor betydelse för att motverka den här typen av risk är sannolikt upprätthållandet av ett högt ställt paketeringskrav. Se vidare kapitel 20.



## 6 Om exklusivitet

Av undersökningen i kapitel 5 ovan framgår att det inom den krediträttsliga diskussionen finns en föreställning om att utökade möjligheter att utnyttja resurser som kreditsäkerhet inte alltid är något odelat positivt. Det anses föreligga ett behov av balans. Behovet av balans återkommer i diskussionen om förhållandet mellan exklusivitet och icke-exklusivitet avseende kontrollen över intellektuella resurser. Samtidigt som de privata ensamrätterna till intellektuella resurser – det vill säga de immateriella rättigheterna – anses vara nödvändiga för att uppnå den så kallade socialt optimala investeringsnivån, ett antagande som kan benämnas incitamentsargumentet, så hävdas att det finns ett behov av begränsningar och balans eftersom exklusivitetskonstruktionerna även kan antas ge upphov till olika typer av risker och kostnader. Att närmare analysera vilka för- och nackdelar som kan antas vara förknippade med privat, exklusiv kontroll över intellektuella resurser är som sagt av central betydelse i detta sammanhang eftersom intellektuella resurser som inte kan kontrolleras knappast kan utnyttjas som kreditsäkerhet.

Vi inleder detta kapitel om exklusivitet med att granska incitamentsargumentet ur i första hand ett patentperspektiv.

### 6.1 *Patentsystemet som incitament för att uppnå en socialt optimal investeringsnivå*

De intellektuella resurserna har vissa grundläggande karaktärsdrag som kan uppfattas som problematiska i ett marknadsekonomiskt sammanhang. De kan på många sätt ses som typexempel på resurser där det föreligger positiva externaliteter.<sup>243</sup> För det första kännetecknas de intellektuella resurserna av icke-exklusivitet. Det vill säga att de, i varje fall i teorin, till en obefintlig marginalkostnad, samtidigt kan utnyttjas av ett obegränsat antal personer. För det andra kännetecknas de intellektuella resurserna av icke-konsumtion. De varken förslits eller förbrukas i samband med att de utnyttjas.<sup>244</sup> Dessa karaktärsdrag medför att det ofta blir svårt för den som investerar i produktionen av en intellektuell resurs att kontrollera den avkastning som resursen genererar.<sup>245</sup> Utan någon typ av immateriell ensamrätt kan den som till exempel forskar fram en viss teknologi i allmänhet inte kontrollera utnyttjandet

---

<sup>243</sup> Se vidare avsnitt 4.2.2.

<sup>244</sup> Därmed föreligger givetvis ingen risk för den typ av negativa externaliteter som har betecknats som "tragedy of the commons". Se avsnitt 4.2.2.

<sup>245</sup> För en analys av denna problematik ur det enskilda företags perspektiv, se kapitel 10. Särskilt avsnitt 10.1-10.5 där förutsättningarna för att kontrollera den ekonomisk-kommersiella nyttan av en teknologisk innovation analyseras. Slutsatsen är att det som kallas för kontrollregim – där bland annat den kontroll som immateriella rättigheter kan ge inkluderas – ofta är en central faktor i sammanhanget.

av denna teknologi på annat sätt än genom ett hemlighållande. När teknologin väl har blivit känd är det vanligtvis omöjligt att hindra andra aktörer från att utnyttja den.

Icke-exklusivitetens ekonomiska konsekvenser kan också beskrivas i termer av "sekundär produktion" och "diskontinuerlig marginalnytta".<sup>246</sup> Att icke-exklusiva intellektuella resurser kännetecknas av sekundär produktion innebär att den som förvärvar en resurs av detta slag i princip inte bara kan sälja den vidare med obetydlig eller ingen värdeminskning, vidareförsäljningen påverkar inte heller den förste förvärvarens möjligheter att utnyttja resursen. Med diskontinuerlig marginalnytta avses att en intellektuell resurs som utgångspunkt endast har ett värde för förvärvaren första gången den förvärvas. När förvärvaren har internaliserat resurser finns det ingen anledning att förvärva resursen på nytt.

I ett marknadsbaserat ekonomiskt system där privata aktörer står för en stor del av investeringarna föreligger därför en risk att investeringarna i den här typen av resurser blir alltför små. Det är mot bakgrund av denna problematik som det anses behövas särskilda legala ensamrätter. De som har investerat i produktionen av intellektuella resurser skall kunna täcka sin risk och sina investeringskostnader.<sup>247</sup> Utan den konstruerade exklusivitet (det vill säga den konstgjorda bristsituation) som de immateriella rättigheterna medför skulle, enligt detta resonemang, de privata investeringarna i forskning och utveckling inte nå upp till den så kallade socialt optimala nivån.<sup>248</sup> Vi skulle helt enkelt få en underproduktion av intellektuella resurser. De immateriella rättigheterna ses

---

<sup>246</sup> Se Suchman 1994, s. 211-212 (som för övrigt driver tesen att immateriella rättigheter i grunden spelar samma roll som magi gör i primitiva samhällen. Magi och ritualer av olika slag har enligt Suchman funktionen att skapa och bibehålla en exklusiv position avseende värdefull kunskap och innovationer: "Eftersom magins värde uteslutande härrör från en social föreställning kostar det relativt lite att berika nya teknologier med magiska inslag. Samtidigt kan det vara betydligt lättare att monopolisera magin än den fysiska process som den kopplas ihop med. Exempelvis verkar skriftlösa folks magi ofta med hjälpandar; dessa praktiskt taget kostnadsfria osynliga tjänsteandar utgör till synes oundgängliga tekniska ingredienser som rättfärdigar sin härskares personliga ingripande när teknologin skall användas.[n] Som alternativ kan magin kräva magiska talismaner som uppfinnaren har lätt att monopolisera,[n] eller utstuderade ritualer som är svåra att upprepa utan långvarig utbildning.[n] I båda fallen innebär tillskottet av magi till en ny teknologi att uppfinnaren i en skriftlös kultur kan förvandla en så gott som renodlat intellektuell vara till en marknadsvara [...] (se a.a., s. 215-216)) samt Adelstein & Peretz 1985, s. 217-222.

<sup>247</sup> Om den immaterialrättsliga incitamentsteorin, se till exempel Bently & Sherman, 2004, s. 3-4; Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 1; Cooter & Ulen 2000, s. 108-109; Dahlman, Glader & Reidhav 2004, s. 174-175; David 1993, s. 24ff.; Demsetz 1967, s. 14; Granstrand i SOU 2006:80, s. 130-131; Levin, 2007, s. 28ff.; Menell 2007, s. 3-6; Radin & Sawyer 1999, s. 72; Schollin 2008, s. 29; Schovsbo 2001, s. 56ff.; Stenvik 2001, s. 141ff.

<sup>248</sup> Om begreppet socialt optimal investeringsnivå i just detta sammanhang, se David 1993, s. 24ff., samt Bently & Sherman 2004, s. 328. Inom ramen för det neoklassiska paradigmet anses för övrigt det teoretiska beviset för att det i en marknadsekonomi som utgångspunkt råder en underproduktion av kunskapsresurser ha presenterats av Arrow 1962. I grunden handlar det om att Arrow presenterade ett övertygande teoretiskt bevis för att det föreligger positiva externa effekter i samband med kunskapsproduktion. Detta tema har sedan utvecklats framförallt av Romer (se kapitel 1 vid not 8 om begreppet kunskapsstock). (För en lättfattlig beskrivning av Arrows och Romers arbeten i ett bredare nationalekonomiskt sammanhang, se Anell 2006, s. 130ff. samt Helpman 2004, s. 55-56.) Att det i en marknadsekonomi som utgångspunkt verkligen råder en underproduktion av kunskapsresurser anses vidare ha verifierats empiriskt av Mansfield 1977. (Se Granstrand i SOU 2006:80, s. 277 med hänvisningar.)



alltså här huvudsakligen som en form av investeringskydd som syftar till att främja innovation och därmed även den ekonomiska utvecklingen.<sup>249</sup>

De som betonar patentsystemets incitamentsskapande effekter beskriver ofta patentsystemet som en del av en god patent och tillväxtspiral. Utgångspunkten är att tillväxt genereras av forskning och utveckling samt innovationsspridning. Patentsystemet skapar incitament för investeringar i forskning och utveckling samt innovationer. Genom den innovationsspridning som dessa investeringar så småningom ger upphov till skapas tillväxt, vilket ger resurser till ytterligare investeringar i forskning och utveckling, investeringar som realiserar tack vare patentsystemets incitamentsskapande funktioner, och så vidare.<sup>250</sup>

Värt att notera kan vara att samtidigt som det är icke-exklusivitetens konsekvenser som till stor del har motiverat konstruktionen av de immateriella rättigheterna, så har icke-exklusiviteten hävdats vara en starkt bidragande orsak till den i många fall bristande respekten för "den intellektuella äganderätten". Enligt detta synsätt tenderar många människor att uppfatta exklusiv kontroll över resurser som, utan att förslitas och till obefintliga marginalkostnader, i princip kan utnyttjas gemensamt som orättfärdigt: "Att en person besitter eller utnyttjar ett intellektuellt objekt hindrar inte andra från att också besitta eller utnyttja det.[n] [...] Genom att sprida intellektuella objekt hindrar man förstås den ursprunglige innehavaren från att sälja det intellektuella objektet till andra och på så vis förhindras detta slags användning. Men spridningen hindrar på intet vis ett *personligt* bruk. Denna egenskap hos intellektuella föremål utgör ett starkt argument mot privat och exklusiv intellektuell äganderätt. Varför skulle en person ha en uteslutande rätt att äga och nyttja något som alla människor kan äga och använda samtidigt? Bevisbördan ligger i hög grad på dem som önskar begränsa maximal användning av intellektuella objekt. En persons rätt att hindra andra från att äga och nyttja materiella föremål kan

---

<sup>249</sup> Det har framhållits att detta argument har blivit allt vanligare. Levin, 2007, s. 21 framhåller att: "Medan den äldre immaterialrätten innehållit mycket av filosofiska överläggningar och principer för rättsskyddets uppkomst och rätta balans, ses i dag immaterialrätten mer i dimensionerna investering och innovation." Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren, 2009, s. 1 framhåller att: "Immaterialrätten bärs upp av det grundläggande syftet att stimulera och skydda skapande insatser och göra det möjligt för företagen att individualisera sin rörelse och sina produkter och skydda sina investeringar." David 1993, s. 20 framhåller att de immaterialrättsliga systemen för närvarande främst betraktas som "public policy instruments that should be designed to enhance economic welfare by stimulating technological progress". Efter att ha analyserat ett antal betydelsefulla immaterialrättsliga avgöranden från i första hand EU-domstolen framhåller Stenvik 2007, s. 116 att: "[...] most of the cases seem to have been decided in a rather pragmatic way, based to a large extent on public interests and economical considerations. Due to these facts it seems reasonable to assume that the results, in one way or another, reflect the courts' views on the justification of intellectual property protection. [...] The hard question is: For what kinds of intellectual objects is protection justified, and to what extent? In this respect, one should of course be extremely careful about drawing far-reaching conclusions from these decisions. But, should I nevertheless venture to offer some suggestions, it could perhaps be said that courts are generally inclined to offer strong protection when such protection is needed *to secure substantial investments* [...]" Incitamentstänkandet är dock långt ifrån någon nyhet. Det återfinns till exempel i USA:s konstitution (1776): "The Congress shall have power [...] to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries." Det finns andra varianter av incitamentsteorin, till exempel det varumärkesrättsliga antagandet att varumärkesrätten utgör ett incitament för tillverkare att producera med hög kvalitet (se till exempel Bentley & Sherman 2004, s. 5).

<sup>250</sup> Se Granstrand i SOU 2006:80, s. 85ff. som refererar ett antal ekonomiska undersökningar som har kommit till slutsatsen att sambandet mellan tillväxt och patentering i det stora hela är positivt men med oklar styrka och varierande mellan länder, tidsperioder, branscher och så vidare.

rättfärdigas när detta hindrande är nödvändigt för den personens eget innehav och obehindrade bruk. Ett exklusivt innehav och bruk av intellektuell egendom kan inte rättfärdigas på samma sätt. Ett skäl till den allmänt förekommande piratkopieringen av intellektuell egendom är att många människor anser att det är orättfärdigt att utesluta andra från intellektuella objekt.[n] Dessutom upplevs obehöriga tillgrepp av intellektuella objekt inte som stöld. Att stjäla ett materiellt föremål innebär att man berövar någon det tillgripna föremålet, medan ägaren däremot varken berövas sitt innehav eller sitt bruk av ett intellektuellt objekt om man tar det – fastän ägaren berövas en eventuell vinst. Man bör ha denna icke-exklusiva egenskap klar för sig när man söker rättfärdiga intellektuell egendom.”<sup>251</sup>

## **6.2 Patentsystemet som ett verktyg för att uppnå internationell konkurrenskraft**

Incitamentstänkandet kompletteras av en föreställning om att ett nationellt innovationssystem baserat på en omfattande patentering är nödvändigt för att nå framgång inom ramen för en ständigt tilltagande internationell teknikkonkurrens. Ett exempel återfinns i SOU 2006:80:

”Den starka ekonomiska tillväxten i Asien är därvidlag välkänd. Flera skäl talar nu för att länder i olika utvecklingsstadier kommer att fortsätta föra inte bara en kraftfull innovations- och tillväxtpolitik utan också att koppla denna politik till en pro-aktiv patentpolitik. En övergång från en svag till en stark nationell IP-regim används också i ett lämpligt utvecklingsskede för att växla över från en upphämningsfas (”catch-up”-fas) till en framträngningsfas (”forge-ahead”-fas), vilket samtidigt försvårar för länder längre ner på utvecklingsstegen att åka snålskjuts (”free-ride”) i sin upphämtning av andra länders tekniska försprång. Detta har skett först i Japan, sedan i Korea och sker nu och framöver högst sannolikt i Kina och så småningom sannolikt också i Indien. Utvecklingen i Indien i detta avseende är dock fortfarande av främst inhemska skäl osäker, men flera ekonomiska och politiska aspekter talar för att Indien kommer att gå samma väg. Konsekvenserna av denna utveckling kommer att bli mycket stora och utmanande för svensk industri, inte minst dess små och medelstora företag (SMF). Det finns för närvarande en utbredd och befogad kluvenhet inom i-världen om hur Kina och Asien i övrigt skall betraktas från IP- och teknikprotektionistiska utgångspunkter. Oron är stor över piratkopiering, inte minst bland svenska SMF. Oron borde förmodligen vara större för vad som händer när kinesiska och koreanska företag m.fl. börjar patentera i stor och strategiskt genomtänkt omfattning och svenska företag, stora såväl som små, möter deras patentmattor och strategiskt uppbyggda patentportföljer.”<sup>252</sup>

Föreställningen om patentsystemets funktion som ett internationellt teknomerkantilistiskt verktyg är särskilt intressant eftersom den antyder att systemets sammantagna faktiska effektivitet (och i detta avseende har det, som

---

<sup>251</sup> Se Hettinger 1994, s. 188.

<sup>252</sup> Se Granstrand i SOU 2006:80, s. 108. Se även a.a., s. 261-262.

vi kommer att se nedan, riktats mycket och skarp kritik mot patentsystemet) inte är avgörande för om nationella industrier skall uppmuntras att öka sin patentering. Det handlar i första hand om att överleva i den internationella konkurrens som vi möter här och nu, inte om att försöka uppnå det i teorin optimala arrangemanget för tillväxtskapande innovationsspridning...

Som en pendang till det mer övergripande teknomerkantilistiska perspektivet kan nämnas beskrivningar som tar sin utgångspunkt i patentsystemets funktion för små och medelstora företag i förhållande till större aktörer. Det har framhållits att det ökade intresset för patentering bland de små och medelstora företagen knappast har att göra med incitamentsöverväganden av det slag som redovisats ovan. Snarare har den ökade patenteringsbenägenheten att göra med de små och medelstora företagens behov av att skydda sig mot att fastna i de större företagens patentnät: "Inventors and other creative actors rarely experience IPRs as fruitful means to continue producing R&D.[n] The increased focus on IPRs, from this perspective, does not express that inventors, and other creative actors, now have better incentives to be creative. From the point of view of an SME, the increased focus on IPRs is probably better described as an expression of a more severe market climate – a climate where strategic aims to protect and control competitive advantages become increasingly important.[n] Large firms create a web of overlapping IPR claims, within which small firms tend to get caught.[n]"<sup>253</sup> Mot bakgrund av detta kan det alltså framstå som absolut nödvändigt att patentera och tillämpa en immaterialrättsstrategi, inte för att motverka risken att någon åker snålskjuts på ens investeringar i intellektuella resurser, utan för att överhuvudtaget skapa sig en möjlighet att agera och vara verksam på en marknad. Det finns för övrigt ett stort antal ytterligare argument som syftar till att påvisa patentsystemets betydelse. Det hävdas till exempel att det i frånan av immateriella ensamrätter även föreligger en risk för ett utbrett hemlighållande av kunskap och information. Detta synsätt kan beskrivas som ett teknik- och informationsspridningsargument. De immateriella rättigheterna – och i synnerhet patenträtten – utgör ur detta perspektiv en form av kompensation från samhällets sida i utbyte mot offentliggörandet av kunskap som annars skulle ha hemlighållits. Att den enorma teknologidatabas som har blivit resultatet av den omfattande patenteringen är mycket värdefull och bidrar till teknikspridning är uppenbart. En särskild variant av teknikspridningsargumentet utgörs för övrigt av antagandet att ett fungerande patentsystem utgör en förutsättning för teknikimport.<sup>254</sup> Exakt hur effektiv den teknikspridning som patentsystemet ger upphov till är kan dock diskuteras. Det har till exempel hävdats att den informationsspridande funktion som offentliggörandet av den tekniska informationen i patentbeskrivningar utgör kan motverkas av det incitament till hemlighållande av forsknings- och utvecklingsprocesser som den patenträttsliga prioritetsprincipen riskerar att leda till.<sup>255</sup> Grundproblemet i sammanhanget anges vara att vetenskaplig och teknisk utveckling är en kumulativ process där varje enskilt framsteg har potential att erbjuda en lösning, eller i varje fall ett bidrag till en framtida lösning, på en mängd olika problem.<sup>256</sup> När varje enskilt framsteg i ett företags forskningsprogram hemlighålls med sikte på framtida patentering av en viss uppfinning riskerar detta att – ur ett helhetsperspektiv – medföra duplikation, förseningar och uteblivna tekniska lösningar. Det har också framhållits att rationella uppfinnare endast kommer att pantsätta de uppfinningar som de inte har möjlighet att hemlighålla längre än den tid som ett patent skulle ge dem en exklusiv position.<sup>257</sup> Patentsystemet skulle i så fall snarast leda till att teknologispridningen fördröjs.

Föreställningen om patentsystemets och övriga immateriella rättigheters innovationsfrämjande egenskaper och konkurrensmässiga fördelar ackompanjeras som sagt av föreställningar om att det även finns ett behov av

---

<sup>253</sup> Se Petrusson 2004, s. 21.

<sup>254</sup> Se Levin 2007, s. 32.

<sup>255</sup> Se David 1993, s. 35.

<sup>256</sup> Se vidare om kumulativitet i detta sammanhang, avsnitt 6.3.2.

<sup>257</sup> Se Pamp 2010, s. 33-34 med hänvisning till Machlup & Penrose 1950, s. 26.

begränsningar och balans eftersom exklusivitetskonstruktionerna även kan antas ge upphov till olika typer av risker och kostnader.<sup>258</sup>

### **6.3 Föreställningar om risker och kostnader och därmed också om ett behov av begränsningar och balans**

Diskussionen om risker och kostnader förbundna med de immaterialrättsliga systemen är, liksom diskussionen om fördelarna med sådana system, mycket omfattande. I detta avsnitt kommer i första hand ett antal vanligt förekommande argument för att det patenträttsliga systemets verkningar bör begränsas att analyseras. Riskanalysen är som sagt av grundläggande betydelse i ett sammanhang som detta, där syftet är att försöka konstruera en väl balanserad modell som möjliggör ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Inriktningen på i första hand patentsystemet är motiverad eftersom denna undersökning i första hand syftar till att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av patentberoende teknologiresurser som kreditsäkerhet.<sup>259</sup>

#### **6.3.1 Det patenträttsliga systemets sammantagna effekter är oklara**

Ett vanligt argument för att patentsystemets effekter bör begränsas är att systemets sammantagna effekter i realiteten är oklara. Svårigheten att bedöma systemets sammantagna effekter ligger främst i att det är omöjligt att isolera de faktorer som påverkar den teknologiska och ekonomiska utvecklingen. Samhället och ekonomin är alltför omfattande och komplexa system för att det skall vara möjligt att med säkerhet uttala sig om patentsystemets reella effekter. I allmänhet anses därför Machlups slutsatser från 1958 fortfarande vara giltiga:

“No economist, on the basis of present knowledge, could possibly state with certainty that the patent system, as it now operates, confers a net benefit or a net loss upon society. The best he can do is to state assumptions and make guesses about the extent to which reality corresponds to these assumptions.”<sup>260</sup>

---

<sup>258</sup> Artikel 7 i TRIPS-avtalet, som beskriver målsättningen med avtalet, är ett tydligt exempel på att incitamentsteorin har en mycket stark ställning, men att det även formellt sett anses finnas ett behov av att balansera incitamentsfunktionen mot andra intressen: “The protection and enforcement of intellectual property rights should contribute to the promotion of technological innovation and to the transfer and dissemination of technology, to the mutual advantage of producers and users of technological knowledge and in a manner conducive to social and economic welfare, and to a balance of rights and obligations”.

<sup>259</sup> Mer detaljerade avgränsningar följer som sagt i undersökningens andra del.

<sup>260</sup> Se Machlup 1958, s. 79-80. Se vidare till exempel Granstrand i SOU 2006:80, s. 130-136 samt s. 138-139; Levin 2007, s. 32; Pamp 2010, s. 29-30.

Ibland hävdas det till och med att det är möjligt att patentsystemet sammantaget har en negativ effekt på skapandet av ny kunskap, innovationstakten och därmed även på den ekonomiska utvecklingen. Det immaterialrättsliga systemet har till exempel jämförts med jättepandans tumme – en evolutionär produkt som är långtifrån optimalt utformad. Till skillnad från jättepandans tumme – som, om än inte särskilt elegant, fortfarande tjänar sin stora, håriga och svartvita herre väl – är det dock möjligt att den teknologiska utvecklingen har medfört att de immaterialrättsliga systemen i realiteten, åtminstone i viss utsträckning, har kommit att motverka sina syften och numera faktiskt utgör ett hinder för teknologisk utveckling och innovation:

"...it is difficult to find even a speculative, theoretical justification for conceptualizing intellectual property statutes, and the administrative procedures they authorize, as institutional tools that were forged perfectly to 'Promote the Progress of Science and Useful Arts'. [...] Nor should the prevailing statutes enacted under that authority be regarded as policy instruments designed to attain a social optimum defined more broadly in terms of economic welfare. Indeed, the first step toward understanding many of the policy dilemmas that arise today in regard to intellectual property would seem to be to acknowledge just this elementary point. If intellectual property arrangements are to be viewed as utilitarian appendages of the body politic, it would be far more illuminating to recognize their essential nature as more akin to the "thumb" of the giant panda. The panda's thumb has been justly celebrated by Stephen Jay Gould (1980:Ch.1) as a striking example of evolutionary improvisation yielding an appendage that is inelegant yet servicable. [...] It is, as Gould says, "a contraption not a lovely contrivance," and one whose obvious mechanical limitations stem from its remote accidental origins. [...] As the nature of technologies changes, however, it is increasingly evident that the familiar legal 'contraptions' of patents and copyrights are rather ill-suited to some of the situations to which they are being applied [...]. They continue to be looked to as stimuli for the generation of useful innovation, but while enabling the private appropriation of economic benefits from new scientific and engineering knowledge, they have a variety of untoward side effects that may be distorting and even impeding the progress of technology."<sup>261</sup>

Det har vidare hävdats att antagandet om att stärkta ensamrätter i sig leder till samhällsliga fördelar i det närmaste ha utvecklats till ett axiom som har lett till att rättighetshavarnas intressen har prioriterats på bekostnad av andra intressen i alldeles för hög utsträckning. Den immaterialrättsliga expansionen har i detta

---

<sup>261</sup> Se David 1993, s. 21. Se, på detta tema, även exempelvis Boyle 2003, s. 50; Radin & Sawyer 1999, s. 72; Schovsbo 2004, s 309ff.; Stiglitz & Sulston 2008.

avseende jämförts med den bland ekonomisk-historiker så omdebatterade "enclosure"-rörelsen:<sup>262</sup>

"The genome is not the only area to be partially "enclosed" during this second enclosure movement. The expansion of intellectual property rights has been remarkable – from business method patents, to the Digital Millennium Copyright Act, to trademark antidilution rulings, to the European Database Protection Directive. The old limits to intellectual property rights – the antierosion walls around the public domain – are also under attack. The annual process of updating my syllabus for a basic Intellectual Property course provides a nice snapshot of what is going on. I can wax nostalgic looking back to a five-year-old text, with its confident list of subject matter that intellectual property rights *couldn't* cover, the privileges that circumscribed the rights that did exist, and the length of time before a work falls into the public domain. In each case, the limits have been eaten away."<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> Det vill säga den engelska skiftesrörelse som med start omkring år 1400 fram till 1800-talet privatiserade de allmänningar som spelade en så viktig roll för många landsbygdsbor. Om denna rörelse, se vidare nedan avsnitt 6.4.

<sup>263</sup> Boyle 2003, s. 37. Det immaterialrättsliga systemets och den immateriella exklusivitets utvidgning under de senaste decennierna är en mycket väl belagd företeelse. Granstrand beskriver i SOU 2006:80, s. 104-105 hur vi med start i början av 1980-talet har fått en ny, starkare, mer omfattande och global IP-regim som en konsekvens av ett flertal samverkande faktorer, de flesta med ursprung i USA. Exempel: (i) Inte minst på grund av en ökad teknikbaserad konkurrens från Asien började USA:s högsta politiska och industriella ledning aktivt driva immaterialrättsliga frågor. (ii) Den nya specialdomstolen för patenttvister – Court of Appeals of the Federal Circuit – kom alltmer att döma till rättighetshavarnas fördel. (iii) Amerikanska HD utökade det patenterbara området (exempelvis levande organismer, mjukvara, affärsmodeller). (iv) En mer välvillig konkurrensrättslig syn på immateriella rättigheter. (v) Internationellt sett knöts de immaterialrättsliga frågorna till WTO-systemet. Granstrand framhåller i detta sammanhang att: "Snabbheten i pendelrörelsen från en svag till en stark IP-regim ger i sig anledning att bevaka om denna utveckling gått för långt i vissa avseenden, vilket kan befaras." Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 370 framhåller att: "utvecklingen av det immaterialrättsliga skyddet [har] under de senaste årtiondena gått mot en förstärkning och breddning av det immaterialrättsliga skyddet. Som exempel kan nämnas det upphovsrättsanknutna skyddet för datorprogram och kretsmönster, den förlängda skyddstiden för upphovsrättsligt skyddade verk, det nya tillägsskyddet för läkemedelspatent och vidgningen av vad som kan registreras som varumärken. Det finns en viss tendens till sänkta verkshöjdskrav inom upphovsrätten och europeisk registreringspraxis i fråga om patent och varumärken tenderar generellt bedömt att vara mera liberal mot de sökande än fallet traditionellt varit i Sverige. Skyddstiden har förlängts inom mönsterrätten och ett kortfristigt skydd utan registrering har införts. Härtill kommer skärpta sanktioner mot immaterialrättsintrång. Lagharmoniseringsarbetet inom EU har härvid verkat pådrivande. Generellt sagt har det varit lättare att låta de skyddsvänliga nationella rättsordningarna i EU fungera som likare än att tvinga fram en reduktion av rättsskyddet i vissa medlemsländer." Se även SOU 2008:63 där ett förstärkt skydd för företagshemligheter föreslås (förstärkningen handlar framförallt om att även anställdas, uppdragstagares med fleras röjande eller utnyttjande av företagshemlighet skall omfattas av straffbestämmelser, se vidare kapitel 15). Om utvidgningen av exklusiviteten i stort, se vidare bland annat Boyle 2003, s. 38; Hesse 2002, s. 42; Drahos 1998, s. 1; Schovsbo 2004, s. 309ff.; Schovsbo 2001, s. 4; Ullrich 2005, s. 3-8. Därmed inte sagt att rättighetshavarna (till och med de amerikanska...) inte ibland åker på bakslag. Se till exempel MerckExchange vs. Ebay där det fastslogs att patenthavare inte automatiskt har rätt till en så kallad "injunction" i förhållande till en påstådd intrångsgörare. (Detta rättsfall kom för övrigt att spela en roll i den amerikanska diskussionen om immateriella rättigheter som egendom. Företrädare för den amerikanska

Ytterligare en beskrivning av utvecklingen mot ett ständigt utökat immaterialrättsligt skydd går ut på att denna utveckling förstärks av den "snærende formalisme" som gör sig gällande på det immaterialrättsliga området. Istället för att, utifrån reella behov och intressen, diskutera *hur* en viss företeelse skall behandlas, så diskuteras vilken traditionell "kasse" som *är* tillämplig. Istället för att till exempel diskutera *hur* datorprogram bäst bör skyddas, så diskuteras om det är patent eller upphovsrätt som *gäller*. Istället för att diskutera *hur* ett internationellt immaterialrättsligt system skall se ut, så diskuteras om U-länderna skall införa *det befintliga* patentsystemet. Formalismen beskrivs som i hög utsträckning en följd av den (till stor del av Josef Kohler konstruerade) tyska objektsläran som innebär att varje företeelse klassificeras och placeras in i de på förhand bestämda boxarna: patent, upphovsrätt, varumärke och så vidare. När väl klassificeringen är gjord följer förutsättningarna för skydd, skyddets innehåll, dess utsträckning och så vidare automatiskt. Det har i detta sammanhang framhållits att en önskvärd utveckling skulle vara att: "I stedet for at se på de abstrakte begreber og på baggrund heraf deducere retsvirkinger, bør man se på de praktiske realiteter og målrette beskyttelsen mod f.eks. "kunst og litteratur", "edb", "koncepter", "broadcast", "film", og "produkterudformning".<sup>264</sup>

En konkret anledning till att det är så svårt att konstruera ett väl fungerande patentsystem är, har det framhållits, forsknings- och utvecklingsprocessens kumulativa karaktär.

### **6.3.2 Forsknings- och utvecklingsprocessens kumulativa karaktär medför att det är mycket svårt att avgöra patentskyddets optimala utsträckning**

Med forsknings- och utvecklingsprocessens kumulativa karaktär avses att första generationens upptäckter, uppfinningar och innovationer utgör förutsättningar för andra generationens upptäckter, uppfinningar och innovationer och så vidare. Den kumulativa processen medför att det blir mycket svårt att avgöra patentskyddets optimala utsträckning.<sup>265</sup> Frågan är hur stor andel av senare uppfinnarens vinst som den första generationens uppfinnare skall få tillgodogöra sig.<sup>266</sup> Ju större andel, desto större blir incitamenten för uppfinningar som kan fungera som fundament för senare uppfinningar, samtidigt som incitamenten att investera i andra generationens uppfinningar blir mindre. Och, naturligtvis, även

---

"property rights movement", med ursprung i "Chicago-school law and economics", engagerade sig på rättighetshavarnas sida och menade med hänvisning till "the big tent property theory" och "den strukturella likheten" mellan immateriella rättigheter och egendom att det var självklart att rättighetshavarna skulle ha rätt till en "injunction", se Epstein 2006. Detta synsätt har blivit föremål för skarp kritik av Menell, se Menell 2007a. Se vidare Epstein 2008 för ett svar på denna kritik.) Se även Bernitz, Karnell, Pehrson och Sandgren 2009, s. 370 som framhåller att, även om den mest framträdande trenden under de senaste årtiondena har varit utvidgning av det immaterialrättsliga skyddet, "man kan emellertid i dagens läge spåra en tydlig motreaktion, särskilt för upphovsrättens del". Samt Stenvik 2007, s. 112ff. som bland annat framhåller *Merck v. Stephar* (mål 187/80), *Merck v. Primecrown* (förenade målen C-267/95 och C-268/95), *Fixtures* (C-338/02), *Magill* (förenade målen C-241/91 and C-242/91 P) och *IMS* (C-418/01) som exempel på rättsfall där EU-domstolen har intagit en restriktiv hållning till skyddsomfång med mera.

<sup>264</sup> Se Schovsbo 2004, s. 312-313.

<sup>265</sup> Se till exempel Boyle 2003, s. 43; Dahlman, Glader & Reidhav 2004, s. 179-180; Menell 2007a, s. 15.

<sup>266</sup> Följande framställning är främst baserad på Menell 2007a, s. 15ff.

tvärtom; ju större andel av kakan som tillfaller den senare uppfinnaren, desto mindre incitament att investera i första generationens uppfinningar.

I de fall uppfinnaren av första generationens uppfinningar även är bäst lämpad att fortsätta arbetet med andra generationens uppfinningar är problemet löst. I realiteten är detta emellertid sällan fallet, sägs det. Problemet kan också avhjälpas genom att första och andra generationens uppfinnare samarbetar för att utveckla andra generationens uppfinningar och innovationer. Det är dock sällan möjligt att avgöra vem som är bäst lämpad att utföra arbetet med andra generationens uppfinningar innan investeringarna i första generationen redan har gjorts. Detta innebär att den som investerar i första generationens uppfinningar blir sittande med icke-återvinningsbara kostnader som kan bli svåra att få ersättning för i förhandlingar om fördelning av vinsten från uppfinningar som bygger på flera generationers teknologi. I en miljö där aktörerna har mycket god tillgång till information, är rationella och där det existerar en bred och dynamisk licensmarknad kan dessa problem avhjälpas genom att den förste uppfinnarens patenträtt stärks eller att den senare uppfinnaren helt nekats patentskydd. Tanken är att aktörerna på marknaden då kommer att avtala sig fram till det mest effektiva utnyttjandet av resurserna i fråga.<sup>267</sup>

Även om licensmarknaderna har blivit allt bredare och mer dynamiska är det emellertid sällan som dessa informations- och rationalitetskrav uppfylls i praktiken. Detta medför att en lösning där den förste uppfinnaren ges ett förstärkt skydd sannolikt inte alltid leder till en situation där "marknaden löser problemet". Det har tvärtom hävdats att det i många fall (dock inte alla) sannolikt är optimalt med svagare rättigheter med ett mindre skyddsomfång. Detta eftersom svagare rättigheter i många fall sägs leda till en mer omfattande och dynamisk konkurrens, vilket ger bättre förutsättningar för innovationsprocessen än koordination från en eller flera starka rättighetshavare.<sup>268</sup> Risken att många och starka rättigheter i kombination med marknadsimperfectioner i realiteten hämmar teknisk utveckling och innovation genom att försvåra för andra generationens uppfinnare och innovatörer har även beskrivits som "the tragedy of the anticommons".<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> Detta är givetvis en tanke inspirerad av Coase-teoremet (se avsnitt 4.2.2). I Coases exempel har det dock ingen betydelse vem som tilldelas en rättighet. I det transaktionskostnadslösa tillståndet kommer parterna i vilket fall att avtala sig fram till den ur effektivitetssynpunkt optimala fördelningen. Man kan fråga sig varför det enligt det ovan beskrivna synsättet är nödvändigt att förstärka just första generationen uppfinnarens rättigheter. Svaret måste rimligtvis ligga i att det annars ses som sannolikt att det kommer att saknas en första generationens uppfinning att bygga vidare på och att frågan om andra generationen uppfinnarens skydd därmed blir ointressant.

<sup>268</sup> Se Menell 2007a, s. 17 med hänvisningar.

<sup>269</sup> Se Heller & Eisenberg 1998, s. 1: "Hardin's metaphor is central to debates in economics, law, and science and is a powerful justification for privatizing commons property. Although the metaphor highlights the cost of overuse when governments allow too many people to use a scarce resource, it overlooks the possibility of underuse when governments give too many people rights to exclude others. Privatization can solve one tragedy but cause another." I detta specifika



Ytterligare ett skäl till att patentsystemet kan vara mindre effektivt än vad den incitamentsbaserade standardmotiveringen vanligtvis medger är att systemet för med sig en mängd direkta och indirekta kostnader.

### 6.3.3 Monopol-, administrations- och transaktionskostnader

Det finns alltid en risk att patent och andra immateriella rättigheter ger upphov till kostnader till följd av inskränkningar i konkurrensfriheten och rörligheten på marknaden.<sup>270</sup> Patent och andra immateriella rättigheter är i grunden ett slags monopol som i många fall gör det möjligt för rättighetshavaren att begränsa tillgången och göra monopolvinster.<sup>271</sup>

Till monopolkostnaden kan även läggas den kostnad som den samlade patentadministrationen medför. Patentsystemet omgärdas av en omfattande institutionell ram. Patentverk, patentdomstolar, patentingenjörer, patentjurister, forskning kring patent och så vidare. Allt detta är givetvis resurskrävande.

Ytterligare en kostnad som har påpekats i den här typen av sammanhang är att patentsystemet skapar transaktionskostnader i samband med rättighetshavarnas kontroll och ersättning.<sup>272</sup> I en värld med många och starka rättigheter är det dessutom nästan alltid nödvändigt att förhandla om tillgång till teknologi; särskilt som produktionen blir alltmer sammansatt och nätverksberoende.<sup>273</sup> Det talas i detta sammanhang om att produkter i allmänhet

---

fall om risken att den biotekniska utvecklingen riskerar att kvävas av ett alltför tjockt och brett patenttäckande. Huruvida bioteknikbranschen faktiskt påverkas negativt av att patentsystemet medför ökade transaktionskostnader är omdebatterat. Farhågorna har till stor del baserats på att det så kallade experimentundantaget endast anses omfatta experiment *på* och inte experiment *med* forskningsverktyg. Enligt SOU 2008:20 är dessa farhågor i stort sett ogrundade. Forskningen inom bioteknikområdet påverkas enligt utredningen i nuläget inte negativt av experimentundantagets nuvarande utformning. Enligt utredningen föreligger det emellertid en viss risk för framtida missbruk av patent, vilket motiverar en fortsatt översyn. Inte minst av patentsystemets koppling till konkurrensrätten. (Se SOU 2008:20, s. 41-44.) Inte heller påverkas, enligt utredningen, sjukvårdens tillgång till patentskyddade biotekniska metoder av patentsystemet. Oron för just detta sägs ha orsakats av ett fåtal uppmärksammade fall där patenthavare aggressivt utnyttjat sina rättigheter. Även i detta fall lyfter utredningen dock fram vissa farhågor inför framtiden. (Se SOU 2008:20, s. 45-46.) (Se vidare om anticommons-teorin och bioteknikbranschen, Merges 2008b samt om "anticommons"-teori i stort, Heller 1998 samt Heller 2008.)

<sup>270</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 1; Granstrand i SOU 2006:80, s. 131.

<sup>271</sup> Monopolargumentet har en lång historia. Se till exempel Boyle 2003, s. 54-55 samt Petrusson 1999, s. 114ff.

<sup>272</sup> Se till exempel Levin 2007, s. 33 som framhåller den generella risken att "immaterialrätt kan lägga mycket starka band på den allmänna tekniska och kulturella utvecklingen".

<sup>273</sup> Se till exempel Boyle 2003, s. 44-48 som hävdar att även om "open source"-baserade produktionsmodeller i dag tenderar att betraktas som unika fenomen som endast kan fungera i en miljö där marginalkostnaderna för överföring, informationsspridning och kopiering i det närmaste är obefintliga, så kan det hävdas att den här typen av modeller, när det gäller produktion av intellektuella resurser, faktiskt utgör normen och att det är de exklusivitetsbaserade modellerna som utgör undantaget. Utvecklingen inom forskning, utbildning, musik och så vidare har historiskt sett alltid ägt rum framförallt inom ramen för öppna, kollektiva och nätverksbaserade produktionsmodeller: "As has frequently been pointed

blir alltmer multitekniska.<sup>274</sup> Det talas också om att den sänkning av kravet på uppfinningshöjd som många bedömare anser ha skett de senaste åren ytterligare ökar transaktionskostnaderna.<sup>275</sup> I värsta fall leder dessa faktorer till att tekniktransaktioner och teknisk utveckling förhindras. De ökade transaktionskostnaderna riskerar också att leda till att svaga aktörer konsekvent missgynnas.

#### **6.3.4 Patentsystemet riskerar att konservera existerande styrkeförhållanden – det vill säga missgynna svaga aktörer**

Ökningen av transaktionskostnaderna riskerar alltså att gynna främst stora och starka aktörer. Endast sådana aktörer har vanligtvis den förhandlingsstyrka som krävs för att få tillgång till all den teknik som krävs för att lyckas i en "multiteknisk" värld. En förutsättning för att nå framgång i den här typen av förhandlingar är ofta innehavet av en förhållandevis omfattande patentportfölj. Utan en sådan får man sällan tillträde till patentpooler, korslicensieringsarrangemang med mera. I ett bredare perspektiv kan patentsystemet leda till att U-länder missgynnas.<sup>276</sup> Det blir givetvis svårare att komma ikapp när

---

out, information products are often made up of fragments of other information products; your information output is someone else's information input. These inputs may be snippets of code, discoveries, prior research, images, genres of work, cultural references, or databases of single nucleotide polymorphisms — each is raw material for future innovation. Every potential increase of protection, however, also raises the cost of, or reduces access to, the raw material from which you might have built those products." Samt att: "My guess is that the increasing migration of the sciences towards data and processing-rich models makes more innovations and discoveries potential candidates for the distributed model. Bio-informatics and computational biology, the open-source genomics project, the possibility of distributed data scrutiny by lay volunteers – all of these offer intriguing glances into the potential for the future. Finally, of course, the Internet is one big experiment in, as Benkler puts it, peer-to-peer cultural production." (Se a.a., s. 48.) Jfr Merges 2008a som visserligen menar att argumenten för immateriell äganderätt i princip är lika starka i den "nya" ekonomin som i den "gamla". (Se vidare även Merges 2008b och Merges 2008c.) Men dock inte förnekar att utvecklingen mot en alltmer nätverksbaserad och multiteknisk produktion skapar ett förändringsbehov. (Ett av) Merges förslag är att vi, om vi inte vill se det immaterialrättsliga systemet begränsas till att "preside, in all its formal rigor, over a still-large but backwardlooking domain", (Se Merges 2008a, s. 113) måste våga experimentera med nya ägandeformer. Exempelvis (forfarande i Lockes anda) grupprättigheter baserat på kollektivt nedlagt arbete. Exempelvis arbete som representerar såväl "add-on works [...] based in some way on pre-existing work, typically owned by a single proprietor: these include fan websites where users contribute original materia; user generated game characters and scenarios in online games; user-generated software add-ons, such as macros, program modifications, and the like; and even user efforts to learn a standard technology (such as an operating system) and adapt their work to it", (se a.a., s. 102-103) som "purely original' works [...] such as wikipedia, created by dispersed users from the ground up". Det Lockeska transaktionskostnadsargumentet (se avsnitt 4.2.2) är visserligen relevant, men det finns enligt Merges gott om exempel på att grupprättigheter faktiskt kan fungera. (Se vidare a.a., s. 110-112.)

<sup>274</sup> Granstrand i SOU 2006:80, s. 132.

<sup>275</sup> Se a.a., s. 274-275.

<sup>276</sup> Se till exempel Drahos 1998 samt Schovsbo 2004, s. 313-314 som avseende patentsystemets globala effekter argumenterar för att "one size does not fit all". Granstrand påpekar i SOU 2006:80, s. 139 att: "det finns inget exempel på ett land som hämtat in andra länders tekniska försprång i närvaron av en stark IP-regim."

utnyttjande av teknisk kunskap måste ersättas med marknadspriser på i-landsnivå.

Ytterligare en uppmärksam risk med patentsystemet är att systemet kan medföra att investeringar snedvrids i förhållande till vad som är samhälleligt och socialt önskvärt. Istället för att resurser läggs ned på områden där de största mänskliga behoven föreligger, så är det patenterbarheten som styr investeringarnas inriktning. En variant av detta argument är att patentsystemet även kan leda till att alltför stora resurser läggs ned på enskilda forsknings- och utvecklingsprojekt.

### **6.3.5 Kostnader till följd av snedvridning av incitamentsstrukturen**

Patentsystemet riskerar alltså att leda till att resurser i första hand läggs ner på områden där det finns patentmöjligheter och inte områden som är mest angelägna ur ett samhällsekonomiskt perspektiv.<sup>277</sup> En variant av detta argument är att patentsystemet faktiskt kan vara *alltför* effektivt när det gäller att skapa incitament för investeringar i forskning och utveckling.

Den prioritetsprincip som styr vem som har rätt att göra anspråk på att bli tilldelad ett patent kan – eftersom ”vinnaren tar allt” – enligt detta synsätt leda till att alltför mycket resurser läggs ned på ett visst område.<sup>278</sup> De enskilda forskarna och uppfinnarna beaktar endast sin egen potentiella vinst. Detta kan leda till en patentkapplöpning som leder till att, ur ett samhällsperspektiv, alltför stora forsknings- och utvecklingskostnader läggs ner på ett visst område.

Kritik mot en alltför strikt exklusivitet har också förts fram inom ramen för det synsätt där intellektuella resurser analyseras inom ramen för en evolutionär värdeskapandemodell där målet är att i så hög grad som möjligt omvandla intellektuella resurser till intellektuell egendom och intellektuellt kapital.

### **6.3.6 Vikten av ansvarstagande, kollektiva lösningar och ”kontroll för öppenhet”**

Inom ramen för det som jag ovan har kallat för en evolutionär värdeskapandemodell för intellektuella resurser har behovet av att nyansera rättighetshavarnas kontroll framhållits.<sup>279</sup> Den typ av kontroll det är fråga om i detta sammanhang är – trots utnyttjandet av en ganska så hårt driven egendomsterminologi – inte bara inriktad på ökade möjligheter för resursinnehavarna att exkludera andra aktörer. Tvärtom betonas vikten av att kontrollen präglas av balans och ansvarstagande. Den kontroll det är fråga om kommer med nödvändighet i många fall vara av ett mer eller mindre kollektivt slag. Det talas här om behovet av strukturell kontroll. En effektiv strukturell

---

<sup>277</sup> Se Granstrand i SOU 2006:80, s. 131.

<sup>278</sup> Se David 1993, s. 32-33.

<sup>279</sup> Se avsnitt 4.2.3.

kontroll innebär inte att alla intellektuella resurser alltid bör vara inom en innehavares exklusiva kontroll. I vissa situationer är det tvärtom önskvärt att resurserna är fria, eller i varje fall tillgängliga för ett flertal olika aktörer. Ett alltför aggressivt och ogenomtänkt utnyttjande av en exklusiv position kan i vissa situationer faktiskt minska de intellektuella resursernas värdeskapande potential.<sup>280</sup> En annan aspekt av denna fråga är att en utökad kontroll över intellektuella resurser i vissa fall kan antas utgöra en förutsättning för att bibehålla en fri tillgång till resurserna i fråga.<sup>281</sup>

Om balans och kontroll för öppenhet är huvudpoängen i sammanhanget är dock frågan om det är särskilt lämpligt att överhuvudtaget använda sig av en egendoms- och kapitaliseringsterminologi. Egendomsbegreppet ger onekligen konnotationer till klassiska egendomsdefinitioner som "den mest fullständiga rätt man med hänsyn tagen till gällande lagar och regler kan ha till ett objekt".<sup>282</sup> Att utnyttja egendoms- och kapitalterminologi i detta sammanhang kan därför mycket väl visa sig vara kontraproduktivt, om nu slutmålet som sagt är en balanserad kontroll som möjliggör öppenhet.<sup>283</sup> Äganderätten, så som den i realiteten ofta är utformad – eller kanske snarare utfaller, som ett resultat av den ofta myriad av regler som resulterar i den reella exklusiva position som äganderätten i praktiken medger – är visserligen ofta betydligt mer begränsad än vad klassiska egendomsdefinitioner, eller kanske snarare gängse föreställningar

---

<sup>280</sup> Se Petrusson 2004, s. 217.

<sup>281</sup> Se Petrusson 2007, s. 53-61 för en analys av hur utnyttjandet av immateriella rättigheter och en stärkt kontroll över forskning och forskningsplattformar kan utgöra en nödvändig förutsättning för en fortsatt fri tillgång till forskningsresultat. Se även Schollin 2008, s. 75-77 för en analys av kontroll som en förutsättning för öppenhet i framförallt en digital miljö.

<sup>282</sup> I Honorés (i både olika samhällsvetenskaper, filosofi och rättsvetenskap) flitigt citerade artikel "Ägande" från 1961 definieras äganderätt som "det största möjliga intresse i ett föremål som ett utvecklat rättssystem erkänner". (Se Honoré 1994, s. 64.) Honoré framhåller vidare att det i alla utvecklade rättssystem finns vissa viktiga juridiska faktorer som är gemensamma för de olika systemen: "I annat fall skulle 'Han äger paraplyet' på originalspråket betyda något annat än 'Han äger paraplyet' när det är en översättning från 'Ce parapluie est à lui'. Men som vi vet betyder de samma sak. Det finns faktiskt en avsevärd likhet vad gäller situationen för någon som 'äger' ett paraply i England, Frankrike, Ryssland, Kina eller varje annat modernt land man talar om. Överallt kan 'ägaren', i det enkla och okomplicerade fall där ingen annan har ett intresse i föremålet, använda det, hindra andra från att använda det, låna ut det, sälja det eller testamentera det. Ingenstans är det tillåtet att köra det i revbenen på sin granne eller slå ned en vas med det. Ägande, *dominium*, *propriété*, *Eigentum* och liknande ord står inte bara för det största intresset i olika föremål inom vissa system, utan för ett visst slags intresse som har gemensamma egenskaper vilka överskrider enskilda system. Nog måste det vara av vikt att veta vilka dessa egenskaper är?" (Se a.a.) Insikten om att äganderätten egentligen bara kan definieras negativt, som resultatet av den mängd lagar och regler som sammantaget avgör ägandets möjligheter och begränsningar (Honoré framhåller bland annat hur den negativa definitionen av äganderätten förekom till och med i den sovjetiska civilrättslagen; i artikel 58 i denna socialistiska civilrättskod förklarades att "inom de gränser som lagen sätter har ägaren rätt att besitta, använda och disponera sin egendom" (se a.a., s. 66)) hindrar inte Honoré från att identifiera elva element som är nödvändiga för "det liberala begreppet ägande". (Se a.a., s. 67.) De elva äganderätts-elementen är: (i) besittningsrätt, (ii) nyttjanderätt, (iii) bestämmanderätt, (iv) rätt till inkomsten från objektet, (v) rätt till kapital, (vi) rätt till trygghet, (vii) ärftlighet, (viii) frånvaro av förfallotid, (ix) förbud mot skadlig användning, (x) utmätbarhet samt (xi) återstods-karak- tären. Att de elva elementen är "nödvändiga för det liberala begreppet ägande" skall inte uppfattas som att samtliga element alltid måste vara samlade hos samma subjekt för att äganderätt skall anses föreligga. Tvärtom är, som Hansson påpekar (se Hansson 1994a, s. 55-56), Honorés äganderättsbegrepp ett "Wittgensteinskt" familjelikhets-begrepp. Samtliga äganderätts-element måste inte alltid vara närvarande för att äganderätt skall anses föreligga, det är tillräckligt att ett flertal av dem är det.

<sup>283</sup> Se vidare kapitel 11.

om äganderätt, kan ge intryck av.<sup>284</sup> Insikten om den traditionella äganderättens begränsningar skulle givetvis kunna ligga till grund för en strategi som syftar till ett balanserat och begränsat äganderättsbegrepp för immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser.<sup>285</sup> Enligt min mening är det dock tveksamt om omvägen över en dekonstruktion av den traditionella äganderätten kan antas vara ett särskilt effektivt verktyg i detta sammanhang. Äganderättsbegreppets ideologiska funktion av att styra tankarna i riktning mot en mycket stark exklusiv position är sannolikt alltför stark.<sup>286</sup>

Sammanfattningsvis om incitamentsargumentet kan konstateras att det råder stor osäkerhet kring frågan i vilken utsträckning immateriella rättigheter sammantaget verkligen bidrar till värdeskapande och ekonomisk effektivitet. Även om det förefaller vara ett rimligt antagande att det i en marknadsekonomi krävs någon typ av instrument för att motverka att förekomsten av positiva externaliteter leder till en underproduktion av intellektuella resurser, så kan det ifrågasättas hur effektiva de immaterialrättsliga system vi faktiskt har är. Det har som sagt till och med hävdats att det är möjligt att de immateriella rättigheterna i realiteten till och med gör mer skada än nytta. Att säkert bedöma immaterialrättsystemens reella samhällseliga effekter är dock som sagt sannolikt omöjligt. Antalet faktorer av betydelse är alltför många och sambanden alltför komplexa. Därmed finns det givetvis inga klara och entydiga bevis för att effekten är påtagligt positiv. Det handlar i slutändan som sagt om just ett antagande. Omvänt kan vi givetvis inte heller veta vilka effekterna skulle bli om exempelvis patentsystemet upphörde att existera. Med en försiktig slutsats kan det konstateras att vi i alla fall vet betydligt mer om vad vi har än om vad vi skulle kunna få. Slutsatsen skulle därmed bli att systemet i princip bör bibehållas

---

<sup>284</sup> Detta är långtifrån någon ny iakttagelse. Redan von Ihering framhöll att en *absolut* äganderätt skulle leda till samhällets upplösning. (Se vidare Cohen 1994, s. 21.) Någon absolut äganderätt har heller aldrig existerat. Honoré framhåller att: "Också i Roms och USA:s mest individualistiska perioder, har ägandet haft en samhällsaspekt. Den har vanligen kommit till uttryck genom sådana beståndsdelar i ägandet som förbud mot skadlig användning, möjligheten till utmätning vid skuld, beskattningsbarhet samt att det ägda kan exproprieras av myndigheterna". (Honoré 1994, s. 95-96.)

<sup>285</sup> Se till exempel Carrier 2004, s. 144-145 som konkluderar att: "IP is more important than ever in today's increasingly information-based economy. IP is more powerful than ever because of its vastly expanded scope and duration. IP is more dangerous than ever in its threats to competition, cumulative innovation, and free expression. The propertization of IP has encouraged and cemented these trends, and it is too late in the game to reverse course. Courts, legislatures, and the public view IP as absolute property more and more with each passing day. And in amassing nearly unlimited scope and duration in so many facets, IP in fact has begun to resemble property. But if IP can take on the powers of property, it must also be saddled with property's limits. Limits based on development, necessity, and equity have ensured a finely calibrated equilibrium in property law, an equilibrium that is desperately needed in IP."

<sup>286</sup> Man kan också tala om att äganderättsbegreppet är emotionellt laddat: "De emotionella fallgroparna är kanske allvarligare i diskussionen om ägande än på något annat område för samhällseliga motsättningar. Egendom är ju trots allt förkroppsligandet av det egna. Hur ska någon förnuftig människa kunna motsätta sig egendom? Om vi definierar egendom som värde, vem är väl motståndare till värde? Om vi definierar egendom som rätt, vem motsätter sig väl rätten? Om egendomen kärna är innehav, vem vill invända mot innehav? Men om vi kan skilja ut egendom från alla dessa besläktade termer och komma fram till en känslöfri föreställning på grundval av exklusion och statlig makt, då har vi möjlighet att genomföra objektiva analyser för att bestämma om en viss form av privat egendom bör nationaliseras eller om en viss sorts social relation bör förvandlas till privat ägande". (Se Cohen 1994, s. 39-40.)

och hanteras med försiktighet.<sup>287</sup> Uppenbart negativa effekter bör reformeras bort. Att med hänvisning till incitamentsaspekten förorda en massiv utvidgning av den privata och exklusiva kontrollen över intellektuella resurser låter sig alltså inte göras. En utveckling där intellektuella resurser generellt sett och alltmer fullt ut behandlas om egendom i traditionell mening är alltså knappast önskvärd ur ett ekonomiskt effektivitetsperspektiv. Den traditionella äganderätten anses ju som sagt i allmänhet innebära mycket långtgående kontrollmöjligheter. Äganderätten anses som sagt endast gå att definiera negativt. I princip anses alltså alla åtgärder som inte är föremål för olika rättsliga inskränkningar ligga inom ramen för ägarens kontrollposition. Visserligen är inskränkningarna vanligtvis många och omfattande. Men faktum kvarstår: Traditionell äganderätt är i princip (och även ofta i praktiken) en betydligt mer långtgående rättighet än immaterialrätterna. Mot bakgrund av de tveksamheter som finns redan kring de nuvarande immateriella rättigheternas funktion i det ekonomiska systemet är det av stor betydelse att vara kritisk mot alla försök att utan närmare analys utöka exklusiviteten på ett svepande och generellt sätt. För en ny lånefinansieringsform baserad på säkerhet i intellektuella resurser – vilken är helt beroende av att det finns tillräckliga kontroll- och överföringsmöjligheter – innebär det att det blir nödvändigt att hitta andra typer av kontroll än utökad exklusivitet i traditionell mening. Denna slutsats stärks ytterligare av den kritik som har riktats mot de teorier som framhåller kapitaliseringsmöjligheter och privat äganderätt som de mest centrala institutionella faktorerna bakom välståndsutveckling överhuvudtaget.

#### **6.4 Kapitaliseringsparadigmets begränsningar**

En vanlig kritik mot synsättet att kapitalisering utgör en generell lösning på underutvecklingens problem går ut på att detta synsätt överbetonar kapitaliseringens och den privata äganderättens betydelse i förhållande till alla de andra faktorer som spelar in i komplexa samhälleliga förlopp som ekonomisk utveckling.<sup>288</sup> Enligt kritikerna riskerar betoningen av den privata äganderättens och kapitaliseringsmöjligheternas betydelse att leda till att andra strukturella förhållanden som verkar hindrande för de fattiga ländernas utveckling ignoreras. Detta gäller förhållanden på såväl lokal, regional som global nivå. Det har i dessa

---

<sup>287</sup> Med Machlup 1958, s 80: "If one does not know whether a system 'as a whole' (in contrast to certain features of it) is good or bad, the safest 'policy conclusion' is to 'muddle through' – either with it, if one has long lived with it, or without it, if one has lived without it. If we did not have a patent system, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge of its economic consequences, to recommend instituting one. But since we have had a patent system for a long time, it would be irresponsible, on the basis of our present knowledge, to recommend abolishing it. This last statement refers to a country such as the United States of America – not to a small country and not a predominantly nonindustrial country, where a different weight of argument might well suggest another conclusion."

<sup>288</sup> Om det som här kallas för kapitaliseringsparadigmet, se avsnitt 4.2.1. Med kapitalisering avses här som sagt utnyttjandet av resurser som kreditsäkerhet.

sammanhang exempelvis förts fram kritik som går ut på att lika lite som underutveckling kan förklaras endast med frånvaron av privat äganderätt och kapitaliseringsmöjligheter, så kan de fattiga ländernas problem åtgärdas endast med hjälp av införandet av dessa institutioner. Till skillnad från vad som görs gällande inom ramen för kapitaliseringsparadigmet kan det nämligen hävdas att underutveckling beror på en mängd olika faktorer; inte minst historiska orättvisor och de fattiga ländernas systematiska underordning i ett ojämnt globalt ekonomiskt system.<sup>289</sup> Det har också framhållits att kapitaliseringsparadigmet ignorerar inte bara dessa faktorer utan även de besvärliga frågor som handlar om att lösningen av underutvecklingens problem kan kräva en global omfördelning av tillgångar från privilegierade till oprivilegierade (genom till exempel skuldavskrivningar) samt lokala reformer av andra delar av rättssystemet; reglering av finansiella marknader, jordreformer, konkurslagstiftning, och så vidare.<sup>290</sup> Ytterligare en kritisk synpunkt av detta slag går ut på att kapitaliseringsparadigmet underskattar de praktiska svårigheterna med att faktiskt genomföra en formalisering av ägandet.<sup>291</sup> Den som vill formalisera de fattigas äganderätt kommer att stöta på svårlösta intressekonflikter, som till exempel: Vem skall få äganderätten till textilfabriken i slummen? De som arbetar i fabriken eller den slumherre som kontrollerar fabriken och produktionsmedlen? Den som vill formalisera de fattigas äganderätt kommer också att finna att resurserna i realiteten ofta nyttjas i ett sammanhang som inte passar in i en snäv äganderättsmodell. Liksom i det medeltida Europa kan det ofta vara omöjligt att peka ut ett enskilt subjekt som ägare i den mening som vi i väst oftast använder begreppet.<sup>292</sup> Istället utnyttjas resurser inom ramen för komplicerade sociala samspel där olika subjekt i olika typer av sammanhang kan ställa begränsade anspråk mot resurserna. Liksom har varit fallet i samband med andra genomgripande egendomifieringsprocesser; till exempel den engelska skiftesrörelsen (den så kallade enclosuresrörelsen som – något förenklat – inbegrep såväl sammanslagning av utspridda tegar som privatisering av gemensamt ägd jord), vars effektivitetshöjande och arbetskraftsfrigörande effekter i varje fall av vissa ekonomisk-historiska forskare anses ha utgjort en avgörande förutsättning för den första industriella revolutionen, kommer det

---

<sup>289</sup> Se till exempel Granér 2005, s. 60.

<sup>290</sup> Se till exempel Culpeper 2002, s. 4; Woodruff 2001, s. 1222.

<sup>291</sup> Se Culpeper 2002, s. 3

<sup>292</sup> Granér 2005, s. 68 framhåller att: "I det förmoderna Europa kunde det, som Marc Bloch en gång formulerade det, vara omöjligt att peka ut någon viss person som ägare till ett bestämt markstycke. De anspråk som olika intressenter kunde hävda över jorden och de frukter den gav förgrenade sig såväl horisontellt som vertikalt i det sociala rummet." Motsvarande förhållanden har förekommit (och förekommer säkerligen fortfarande på sina håll) även utanför Europa. Hansson framhåller (med hänvisning till Miller 1980) hur Barotsefolket i Tanzania använde sig av begreppet "mung'a" för att beteckna de rättigheter som kunde göras gällande mot ett stycke jord. Motsvarigheten till det västerländska äganderättsbegreppet var dock bara ungefärlig: "Till varje stycke odlad jord hade såväl kungen, byhövdingen, den som odlade jorden och den sistnämndes hustru(r) specifika rättigheter. Var och en av dem var 'mung'a' till jordlotten i kraft av sina speciella rättigheter." (Se Hansson 1994a, s. 58.)

sannolikt att finnas såväl vinnare som förlorare bland dem som nu verkar inom den informella sektorn.<sup>293</sup> De som löper störst risk att i slutändan stå som förlorare är sannolikt de verkligt fattiga – de som är egendomslösa även inom ramen för den informella ekonomin.<sup>294</sup>

Att kapitaliseringsparadigmets förespråkare gör det för lätt för sig och bortser från den reella komplexiteten i sin analys har också hävdats avseende det (huvud)argument som går ut på att omvandlingen av "dött kapital" till "levande kapital" utgör den mest centrala fattigdomsbekämpande åtgärden.<sup>295</sup> Det informella – "döda" kapitalet kan enligt detta synsätt inte ses som en nedgrävd

---

<sup>293</sup> Enclosurerörelsen anses av många ha startat på 1400-talet. Enclosurerörelsens karaktär och effekter är en omdebatterad fråga. Vissa betraktar enclosurerörelsen som en grundläggande effektivitetshöjande förändring av "strukturell art som skapade förutsättningar för en utveckling i ny riktning" (det vill säga industrialisering). Skiftena medförde enligt denna uppfattning att jordbrukarna blev mer kommersiellt inriktade och att driftiga individer fick större möjligheter att införa effektivitetshöjande förändringar. (Se Schön 2007, s. 43-44 om England och s. 61-63 om Sverige. Se även Alchian & Demsetz 1973, s. 22 som spekulerar kring att skiftena ledde till minskade transaktionskostnader, vilket underlättade effektivitetshöjande transaktioner.) Andra hävdar att uppfattningen om enclosurerörelsen som en fundamental förutsättning för den första industriella revolutionen är föråldrad. Nyare forskning sägs visa att skillnaden i produktivitet mellan skiftade och oskiftade byar ofta var liten. Även oskiftade byar kunde ta till sig nya produktionsmetoder. Den tillgängliga statistiken sägs heller inte uppvisa någon korrelation mellan produktivitetöknings inom jordbruket och skiftesreformerna; den stora produktivitetöknings inom det engelska jordbruket ägde rum innan enclosurerörelsen kom igång på allvar. (Se Söderberg 2007, s. 302.) (För en mer detaljerad genomgång av olika inriktningar i denna debatt, se Granér 2002, s. 37ff.) Det har som sagt kommit att bli förhållandevis vanligt att dra paralleller mellan enclosurerörelsen och den utvidgning och förstärkning av de immateriella rättigheterna som har ägt rum under de senaste decennierna. Det talas i dessa sammanhang ofta om att vi är mitt uppe i en andra enclosurerörelse. Se till exempel Boyle 2003, s. 37: "We are in the middle of a second enclosure movement. It sounds grandiloquent to call it 'the enclosure of the intangible commons of the mind', but in a very real sense that is just what it is. True, the new state-created property rights may be 'intellectual' rather than 'real', but once again things that were formerly thought of as either common property or uncommodifiable are being covered with new, or newly extended, property rights". Även för en filosof som Zizek (2009, s. 144) är det uppenbart att vi är mitt uppe i en ny enclosurerörelse: "When 'immaterial work' (education, therapy, etc.) is celebrated as the kind of work which directly produces social relations one should not forget what this means within a commodity economy: namely, that new domains, hitherto excluded from the market, are now commodified. When in trouble, we no longer talk to a friend but pay a psychiatrist or counselor to take care of the problem; children are increasingly cared for not by parents but by paid nurseries or child-minders, and so on. We are thus in the midst of a new process of the privatization of the social, of establishing new enclosures."

<sup>294</sup> Se Culpepper 2002, s. 3; Gravois 2005; Smets 2003, s. 194-195; Woodruff 2001, s. 1218. Jfr Gilbert 2002, s. 15-16 som, även om han i och för sig menar att en formalisering av de fattigas ägande typiskt sett inte förbättrar möjligheterna till kreditgivning med mera, och därmed inte heller de fattigas situation, i varje fall inte i sydamerikanska storstadsområden – Gilberts expertområde, framhåller att formaliseringen knappast medför några särskilda risker av det slag som nämnts ovan. Gilbert menar dock att det genomslag de Sotos teorier har fått både i tredje världen och i Washington (och när Gilbert talar om Washington avser han "the World Bank, IMF, the IADB, USAID and assorted development consultancies like PADCO and the Urban Institute" (se Gilbert 2002, s. 5, n. 4)) gör att de Sotos argumentation ändå måste bemötas. Föreställningen om den allena saliggörande effekten av de Soto-lika formaliseringar av de fattigas äganderätt riskerar ju, enligt Gilbert, att leda bort både uppmärksamhet och resurser från andra – potentiellt reellt verkningsfulla – satsningar.

<sup>295</sup> Se avsnitt 4.2.2.



skatt. Det är långt ifrån säkert att kapitalet kan användas effektivare bara för att ägandet formaliseras.<sup>296</sup> Inte heller är det säkert att formaliserat ägande är tillräckligt för att underlätta kreditgivningen i fattiga länder:

”Den forskning som har bedrivits kring fattiga människors möjligheter att mobilisera krediter visar att bristen på formella lagfarter inte är den enda och långt ifrån alltid det viktigaste hindret för exempelvis slumnevärdar att låna pengar i bank. Deras avsaknad av kontanter, utbildning och språkfärdigheter liksom avsaknaden av dokumenterade och regelbundna inkomster ligger dem ofta till last även då fastigheter med formella lagfarter kan användas som säkerhet. Undersökningar av kreditgivning i utvecklingsländer visar att långgivare ofta kräver säkerheter vars värde är flerfaldigt högre än lånesumman. Denna transformation medför i så fall ett betydande dränage av de värden som de Soto beräknar för det döda kapitalet. Inte heller kan vi ta för givet att människor som får tillgång till mer krediter använder dessa enbart för långsiktigt inkomstbringande investeringar. Så är inte fallet i rika västländer och säkerligen än mindre i fattiga slumstäder vars innevärdar vanligen lever på minimala ekonomiska marginaler.”<sup>297</sup>

Kritiken mot kapitaliseringsparadigmet går alltså i huvudsak ut på att fixeringen vid äganderätt och kreditsäkerhetsarrangemang döljer den långa rad av faktorer som är avgörande för ekonomisk utveckling. Även det mer teoretiskt grundade, neoinstitutionella, äganderättsparadigmet har utsatts för liknande kritik.

## **6.5 Äganderättsparadigmets begränsningar**

Den mest grundläggande kritiken mot äganderättsparadigmet går ut på att transaktionskostnader i allra högsta grad är en realitet.<sup>298</sup> Den teoretiska

---

<sup>296</sup> Enligt Granér 2005, s. 65 saknas det till exempel empiriskt ”entydigt stöd för att den formella företagssektorn skulle vara mycket mer effektiv än den informella”. Smets 2003, s. 194 framhåller att: ”The problem is not the market, but the mismatch between demand and supply. In this respect, Gilbert (2002:11) stresses that '[d]espite poor homeowners possessing title deeds, the self-help housing market is extremely flat and possibly dead. This is true even in cities in which land and housing markets are very buoyant in high-income or commercial areas. You cannot accumulate capital if there is no market in which to trade your asset'. The cause is self evident: low and unstable incomes can not sustain markets. In conclusion, the legalization of title deeds can never be the solution for creation of liquid markets. The key lies in the 'informal' and low wage labor markets.”

<sup>297</sup> Se Granér 2005, s. 66. Se även Smets 2003, s. 194 samt Woodruff 2001, s. 1219-1220.

<sup>298</sup> Att transaktionskostnaderna är en realitet är visserligen som sagt något som framhålls av neoinstitutionalismens främsta företrädare. En anledning till att denna kritik trots allt är vanlig är sannolikt, som bland annat Ellickson (se Ellickson 1991, s. 3) och Pålsson Syll (se Pålsson Syll 2007, s. 316) har framhållit, att det inte är ovanligt att diskussionen i dessa sammanhang trots allt inriktas på helt eller nära nog transaktionskostnadslösa förhållanden. Ett tydligt exempel på detta från rättsvetenskapens område är Jan Hellners analys av frågan om konkursbos inträde i konkursgäldenärens avtal: “[...] om man inte tar hänsyn till transaktionskostnaderna, kommer parter, oavsett vilka rättsreglerna är, att träffa den uppgörelse som är mest fördelaktigt för dem båda under omständigheterna. *Det kan låta paradoxalt för en jurist, att rättsregler spelar en så*

slutsatsen att marknadsfördelning baserad på privata äganderätter är optimal i en miljö med obefintliga transaktionskostnader är därmed, skulle det kunna hävdas, endast av just teoretiskt intresse. I realiteten finns det ingen anledning att binda sig vid uteslutande rent marknads- och äganderättsbaserade lösningar. I varje fall inte med hänvisning till äganderättsparadigmets teoretiska resultat.<sup>299</sup>

Kritiken går också ut på att äganderättsparadigmet med sitt grundantagande om individen som en renodlad "homo oeconomicus" ger en alltför ensidig förklaring till uppkomsten av institutioner (och, givetvis, i förekommande fall, även organisationers uppkomst). Institutionernas uppkomst ses inom äganderättsparadigmet endast som ett resultat av individernas försök att hantera de transaktionskostnader som gör det svårt för den enskilde att maximera sin nytta. Detta kan kritiseras för att vara ett alltför förenklat synsätt.<sup>300</sup> Kritiken har delvis formulerats som att äganderättsparadigmatikerna inte tar tillräcklig hänsyn till att frågor om ägande och egendom framförallt handlar om relationer mellan människor och inte om relationer mellan människor och ting.<sup>301</sup> Utgångspunkten inom äganderättsparadigmet är som vi har sett i första hand relationen mellan de ekonomiskt rationellt kalkylerande individerna förmedlade genom de resurser – det vill säga de objekt – som finns tillgängliga för utnyttjande. Detta kan onekligen ses som en alltför förenklad bild av den komplexa sociala kontext som äganderätten existerar inom ramen för.

Utgångspunkten i det rationella aktörsperspektivet samt tendensen att förtingliga egendomsrelationerna sägs vidare vara problematisk i första hand

---

*ringa roll, men det tycks stämma rätt väl med verkligheten.* Tillämpat på detta fall innebär det att en konkursförvaltare kommer att träffa det avtal med den solvente kontrahenten som är mest förmånligt för båda parter, och de kan göra det utan att känna sig besvärade av rättsreglerna." (Se Hellner 1990, s. 212. Min kurs.)

<sup>299</sup> Även detta framhålls i och för sig av neoinstitutionalismens främsta företrädare. (Se till exempel [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html).) Det har emellertid riktats kritik även mot det rent teoretiska Coase-teoremet. Kritikerna hävdar helt enkelt att Coases analys av det transaktionskostnadslösa tillståndet är felaktig. Inte ens när förutsättningarna för perfekt konkurrens råder kan spontan fördelning av privata äganderätter automatiskt och alltid antas leda till optimala resultat oberoende av hur de från början är fördelade. Det skulle föra för långt att här utveckla kritiken. Se istället Coases egen beskrivning av kritiken samt hans svar på denna i Coase 1988, s. 159ff. samt till exempel Heller 1998, s. 625, n. 16 samt Halpin 2007 med hänvisningar.

<sup>300</sup> Se Granér 2002, s. 44 med hänvisningar för mer om den här typen av kritik mot äganderättsparadigmet.

<sup>301</sup> Se a.a. Att det engelska begreppet "property" används för att beteckna både äganderätten och egendomen förstärker möjligtvis tendensen att betrakta äganderätten som en relation mellan människor och ett objekt. Att äganderätt i första hand bör analyseras som relationer mellan människor och inte som relationer mellan människa och objekt är för övrigt inte bara en vanlig sociologisk och antropologisk utgångspunkt (se till exempel Hann 1998) det är också en uppfattning som sedan länge har haft burskap inom rättsvetenskapen (se till exempel Hohfeld 1919, s. 96-97). Utgångspunkten att äganderätten i första hand bör analyseras som relationer mellan människor bör dock inte tillåtas dölja att så länge som äganderätten innefattar möjligheten att exkludera andra från utnyttjandet av ett visst objekt, så spelar detta objekt onekligen en central roll. Honoré 1994, s. 86 framhåller till exempel att det är "långt ifrån meningslöst att ha ett språkbruk som sammankopplar ägaren direkt med det ägda föremålet; när det är fråga om rätten att utestänga andra råder det (juridiskt sett) en mycket speciell relation mellan rättighetshavaren och föremålet och detta är ett rationellt sätt att framhålla det [n]".

eftersom detta leder till att äganderättsparadigmatikerna i alltför hög utsträckning bortser från att de individer som innehar eller inte innehar egendom och genomför transaktioner på marknaden ofta befinner sig i olika positioner i förhållande till varandra. Resultatet blir att det inom teorier av äganderättsparadigmets slag inte finns rum för faktorer som social ställning, relativa maktrelationer och fördelningsfrågor.<sup>302</sup> Detta är betydelsefullt eftersom om man för in sådana faktorer i modellen, så blir det betydligt svårare att hävda att just spontan marknadsfördelning typiskt sett leder till pareto-optimala jämviktslägen i särskilt hög utsträckning; vilket som sagt är äganderättsparadigmets huvudtes.<sup>303</sup> Med individer i asymmetriska maktpositioner blir äganderättsparadigmatikernas enkla modeller helt enkelt inte lika övertygande. Det blir nödvändigt att ta hänsyn till så många andra faktorer än individernas förment överordnade mål att maximera sin ekonomiska nytta (i meningen att hela tiden hamna på plus enligt en "enkel och rättfram" kostnads-intäktskalkyl). Den samlade ekonomiska nyttan kan mycket väl få vika för, säg, bevarandet av en överordnad social maktposition. En mindre produktiv aktör med en överordnad maktposition kan också antas utnyttja denna maktposition för att skydda sig själv och sin verksamhet. Det blir med detta perspektiv omöjligt att bortse från att en viss fördelning av resurser kan bero på historiska orättvisor och andra faktorer som skapar olikhet och att det kan krävas andra institutionella arrangemang än just privat äganderätt och utbyte på en fri marknad för att komma i närheten av en optimal ekonomisk effektivitet. Vad gäller analysen av institutioners uppkomst blir det vidare mindre intressant att utgå endast från att orsakerna står att finna i individernas önskan att minimera transaktionskostnader. Istället blir det i första hand intressant att analysera de sociala relationer, maktförhållanden, fördelningsaspekter och så vidare som kan antas ha påverkat uppkomsten av en viss institution.<sup>304</sup>

Äganderättsparadigmets starka betoning av att privatisering av resurser är den i stort sett enda möjligheten att undvika "the tragedy of the commons" har slutligen även ifrågasatts med hänvisning till att det finns många exempel på hur

---

<sup>302</sup> Se till exempel Pålsson Sylls (2007, s. 493) kritik mot Douglass North.

<sup>303</sup> Se vidare Granér 2002, s. 49-50 med hänvisningar.

<sup>304</sup> Se vidare Granér 2002, s. 50 med hänvisningar. Att undersöka den här typen av faktorer inverkan på institutioners uppkomst och förändring var för övrigt de äldre institutionalisternas program. (Se Pålsson Syll 2007, s. 259ff.) Numera arbetar de som mer direkt bygger vidare på det ursprungliga institutionalistiska programmet under andra beteckningar, som till exempel "evolutionär ekonomi". (Se Sandelin 2008, s. 119.) Kanske handlar det om en önskan att inte förväxlas med *neoinstitutionalisterna*. Önskan att slippa förväxling eller sammanblandning är i så fall ömsesidig. Se till exempel Coase 1998, s. 72-74 där han förklarar att *New* i *New Institutional Economy* medvetet valdes för att skapa särskiljningsförmåga i förhållande till de äldre institutionalisterna. Dessa var visserligen enligt Coase "men of great intellectual stature", men de var "anti-theoretical, and without a theory to bind together their collection of facts". Resultatet av detta var att de inte lyckades förändra det vetenskapliga studiet av ekonomin: "they had very little that they were able to pass on. Certain it is that mainstream economics proceeded on its way without any significant change. And it continues to do so". (Se a.a.)

olika kollektiva arrangemang för resursutnyttjande – under de rätta förutsättningarna – kan vara såväl livskraftiga som effektiva:

”Many property rights theorists presume that one of two undesirable outcomes is likely under communal ownership: (1) the commons will be destroyed because no one can be excluded, or (2) the costs of negotiating a set of allocation rules will be excessive, even if exclusion is achieved. On the contrary, what one observes in these cases is the ongoing, side by side existence of private property and communal property in settings in which the individuals involved have exercised considerable control over institutional arrangements and property rights. Generations of Swiss and Japanese villagers have learned the relative benefits and costs of private-property and communal-property institutions related to various types of land and uses of land. The villagers in both settings have *chosen* to retain the institution of communal property as the foundation for land use and similar important aspects of village economies. The economic survival of these villagers has been dependent on the skill with which they have used their limited resources. One cannot view communal property in these settings as the primordial remains of earlier institutions evolved in a land of plenty. If the transactions costs involved in managing communal property had been excessive, compared with private-property institutions, the villagers would have had many opportunities to devise different land-tenure arrangements for the mountain commons.”<sup>305</sup>

## **6.6 Sammanfattningsvis om resultaten av analysen i del 1**

I korthet kan följande konstateras om de mer övergripande samhällliga och ideologiska förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. För det första kan en sådan utveckling antas medföra ökade möjligheter att skapa värde. För det andra kan en process av detta slag emellertid antas föra med sig risker av många olika slag. Dels handlar det om risker som har med kreditmarknadens funktionssätt att göra. Det kan

---

<sup>305</sup> Se Ostrom 1990, s. 60-61. Talande är kanske också att Garrett Hardin, den biolog vilken som sagt myntade uttrycket ”tragedy of the commons”, i slutet av sitt liv lär ha bittert ångrat sig och menat att han borde ha gett sin uppsats titeln ”the tragedy of the *unmanaged* commons”. (Se *The Economist* 080802.) Se för övrigt Ostrom 1990, s. 58-87 för exempel på lyckade kollektiva arrangemang, s. 143-181 för exempel på misslyckade kollektiva arrangemang och, slutligen, s. 88-102 för Ostroms försök att ange ett antal ”design-principer” för konstruktionen av effektiva och hållbara kollektiva arrangemang. Viktigt att framhålla är också att Ostrom inte menar att äganderättsparadigmatikerna har *fel* i någon mer grundläggande mening. Hennes poäng är istället att deras teori – liksom alla samhällsvetenskapliga teorier, i synnerhet de som bygger på ett fåtal enkla antaganden – har sina givna begränsningar. Ostroms poäng är alltså helt enkelt att kollektivt utnyttjande inte med nödvändighet leder till ”the tragedy of the commons” och att olika institutionella arrangemang måste utvärderas mot bakgrund av sina speciella förutsättningar. (Se Ostrom 1990, s. 183-184.) Framhållas skall (återigen) att just *tragedy of the commons* problematiken knappast är aktuell just för intellektuella resurser. Beskrivningen av Ostroms analys syftar här till att visa på äganderättsparadigmets mer allmänna begränsningar.

inte uteslutas att den olikhet som kreditsäkerhet ger upphov till kan medföra vissa negativa effekter. Det har hävdats både att olikheten kan leda till såväl minskad ekonomisk effektivitet som oönskade redistributiva effekter. Olikheten antas kunna vara effektivitetshämmande bland annat på grund av att säkerställda borgenärer antas ha ett förhållandevis svagt intresse av att dela med sig av information om gäldenärens ekonomiska situation, gå med på ackord och så vidare. De oönskade redistributiva effekterna handlar om att kreditsäkerheten antas innebära en överföring av värde från typiskt sett svaga osäkrade borgenärer till typiskt sett starka säkerställda sådana. Eftersom en effektiv kreditsäkerhet i intellektuella resurser, som vi kommer att se i följande del, ofta kan antas kräva att borgenären får säkerhet i många av gäldenärens allra mest vitala resurser, så är det knappast möjligt att bortse från den här typen av risker. Det finns anledning att i samband med konstruktionen av en ny finansieringsform som syftar till att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet beakta de risker som har med olikhet att göra. Det är till exempel möjligt att laborera med en utökad lojalitetsplikt för borgenärer med en säkerhet i intellektuella resurser av det slag som skisseras i denna undersöknings följande del.

Utöver de risker som har med olikhet att göra finns det anledning att beakta även de risker som har med kreditmarknadens funktionssätt att göra. Inte minst på grund av den riskpreferens som kan drabba inte bara gäldenärer i ekonomisk kris utan även (har det i och med finanskrisen tydligt visat sig) borgenärer av vitt skilda slag är det möjligt att utökade möjligheter att utnyttja resurser som kreditsäkerhet rent allmänt medför en viss ökad risk för överskuldssättning. Lärdomarna från just finanskrisen talar dessutom för att det finns anledning att i samband med finansiella konstruktioner i allmänhet – och därmed även i samband med konstruktionen av en ny modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet – sträva efter en låg komplexitetsgrad och en hög grad av transparens. Inom ramen för en konstruktion som syftar till att möjliggöra ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan den här typen av risker och krav delvis hanteras genom ett högt ställt paketeringskrav. Det vill säga ett högt ställt krav på att gäldenär och borgenär har vidtagit åtgärder som möjliggör en reellt sett effektiv kontroll och överföring av resurserna.

Betydelsen av kontroll och överförbarhet i den här typen av sammanhang leder över till de risker som har att göra med en alltför omfattande exklusiv kontroll över intellektuella resurser kan antas medföra. Frågan är vilken typ av rättsligt sanktionerad kontroll som en säkerhetskonstruktion för intellektuella resurser bör erbjuda borgenären. Allmänt sett kan det konstateras att instrument som möjliggör en viss exklusiv kontroll över vissa typer av intellektuella resurser visserligen kan antas vara nödvändiga för att i en marknadsekonomi undvika en underproduktion av den här typen av resurser. En alltför omfattande immateriell exklusivitet riskerar dock bland annat att

motverka teknologisk utveckling, innovation och därmed även ekonomisk utveckling i stort. Det kan därmed konkluderas att balansintresset är centralt i samband med konstruktionen av en modell för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet; kontrollintresset måste balanseras mot öppenhetsintresset. Den rättsligt sanktionerade kontroll som erbjuds inom ramen för en säkerhetskonstruktion som syftar till att möjliggöra ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör alltså vara av så begränsad omfattning som möjligt.

Det är alltså i grunden ett komplext balansintresse där ett antal olika risker måste beaktas som vi har att göra med. För att kunna hantera dessa risker och samtidigt skapa en tillräckligt hög grad av kontrollerbarhet, överförbarhet och trygghet för de säkerställda borgenärerna är det nödvändigt att förstå de intellektuella resursernas funktion i värdeskapandeprocessen. Detta är just vad undersökningens nästa del handlar om.

# Del 2

Om de intellektuella resursernas praktik





## **7 Introduktion till del 2 (kap 8-11): Om de intellektuella resursernas praktik**

Undersökningens andra del handlar om de intellektuella resursernas praktiska funktion. Syftet är att förstå hur de intellektuella resurserna typiskt sett fungerar i värdeskapandehänseende. Syftet är också att förstå vad som praktiskt sett kan antas krävas för att skapa den kontroll och överförbarhet som är nödvändig för att resurserna skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet. I korthet visar analysen att de intellektuella resurserna ofta är kontextberoende och komplexa. Det effektiva utnyttjandet av en teknologiresurs kan exempelvis kräva tillgång inte bara till en patentportfölj utan även en mängd kompletterande resurselement som know-how, olika typer av information, licensavtal och andra samarbeten, viss personal, andra immateriella rättigheter, och så vidare.

En förutsättning för en utökad hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är att de som i praktiken hanterar resurserna har förmågan att övervinna komplexiteten och kontextberoendet och därigenom skapa kontroll och överförbarhet. Detta är en utmaning som kan antas kräva insatser på flera olika nivåer. På individuell nivå handlar det i princip om att skapa förutsättningar för kontroll och överförbarhet genom det som kan beskrivas som paketeringsåtgärder. Paketering handlar i grunden om att hantera komplexiteten och kontextberoendet genom åtgärder som går ut på identifiering, strukturering och kodifiering av de intellektuella resurserna. På en mer begränsad kollektiv nivå handlar det om att hantera de nätverk av relationer som de intellektuella resurserna ofta innefattas i. Paketeringsprocessen kan därmed sägas inkludera även relationshantering. På en övergripande kollektiv nivå handlar det om insatser som går ut på att konstruera de gemensamma verktyg och institutioner som är nödvändiga för att skapa ett allmänt förtroende för intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Det handlar här om sådant som värderingsmöjligheter, mer eller mindre transparenta marknader, institutioner med kontrollerande och övervakande funktion, rapporteringsverktyg, medial bevakning och så vidare. Allt detta medför att det redan i denna del är möjligt att konstatera att ett mer omfattande utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet hör framtiden till. Även om det under de senaste åren har skett en omfattande utveckling av såväl den teoretiska som den praktiska förståelsen för hantering av intellektuella resurser, så finns de praktiska förutsättningar som krävs för ett mer omfattande utökat utnyttjande av dessa resurser som kreditsäkerhet inte på plats i dagsläget. Visserligen har identifiering, strukturering och kodifiering av intellektuella resurser varit ett bärande tema i de senaste årens intensiva diskussion om hantering av intellektuella resurser. Det är emellertid fortfarande allt för få aktörer som besitter de förmågor som krävs. Dessutom saknas i stort sett de kollektiva verktyg och institutioner som krävs för ett mer utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

Att det i nuläget förefaller saknas förutsättningar för ett mer omfattande utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet innebär dock knappast att den konstruktiva analysen av kreditsäkerhetsproblematiken saknar relevans. Tvärtom kan en framtida utveckling där möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet ökar antas innefatta en värdeskapande potential av stora mått. Många av de frågor som en analys av detta slag aktualiserar är för övrigt också av ett mer generellt rättsvetenskapligt intresse. Detta gäller till exempel slutsatsen att det är av avgörande betydelse att i samband med analysen av rättsliga problem som har att göra med hantering av intellektuella resurser anlägga ett resursperspektiv och inte bara ett snävt rättighetsperspektiv.

Framställningen i del 2 är upplagd enligt följande. I kapitel 8 analyserar jag de intellektuella resursernas funktion mot bakgrund av tre fallstudier som baseras på mina egna erfarenheter av praktiskt juridiskt arbete som har med "immaterialrättsbaserade" transaktioner att göra. Kapitlet innehåller tre exempel som visar på de intellektuella resursernas kontextuella och komplexa karaktär. Samtliga exempel visar på hur de immateriella rättigheterna samspelar med och är beroende av kompletterande resurselement som know-how, information, relationer och så vidare. Slutsatsen är att effektiv hantering av intellektuella resurser kräver ett brett resursperspektiv snarare än ett snävt rättighetsperspektiv. För det effektiva utnyttjandet av intellektuella resurser, både i allmänhet och som kreditsäkerhet, är det helt enkelt ofta nödvändigt att lyfta blicken från de immateriella rättigheterna som sådana och försöka se resurserna som helhet. Detta gäller såväl för den praktiska hanteringen som för tillämpningen och utformningen av rättskonstruktioner som syftar till att möjliggöra och stödja hantering av intellektuella resurser. Exempelen i kapitel 8 visar på brister i båda dessa avseenden.

I kapitel 9 kommer resultaten av den samlade analysen i del 2 att illustreras och konkretiseras med hjälp av exempelföretagen TDA och I-Capital. Dessa exempelföretag kommer under resten av undersökningen att fungera som objekt för analysen. Syftet är att på detta sätt föra in resultaten av analysen i del 2 i den följande undersökningen.

Därefter kommer del 2 att avslutas med en presentation av två i hög utsträckning komplementära synsätt med vars hjälp man kan få en djupare förståelse för de intellektuella resursernas komplexa och kontextberoende karaktär samt vad som krävs för att i praktiken kunna hantera dessa resurser som kreditsäkerhet. I kapitel 10 presenteras det resursbaserade perspektiv på företagsstrategi som har blivit allt populärare under senare år. I kapitel 11 diskuteras det konstruktivistiska synsätt avseende hantering av intellektuella resurser som har utvecklats inom ramen för CIP, ett tvärvetenskapligt centrum skapat i samarbete mellan Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Chalmers tekniska högskola och Juridiska institutionen i Göteborg, vars mål är

att öka förståelsen för intellektuellt värdeskapande i skärningspunkten juridik, ekonomi och teknik.

Inledningsvis skall vi som sagt titta närmare på tre exempel som visar på hur de intellektuella resursernas komplexa och kontextberoende karaktär gör det nödvändigt att gå utanför den immaterialrättsliga ramen och tillämpa ett bredare resursperspektiv.



## **8 Tre exempel på hur de intellektuella resursernas kontextberoende och komplexa karaktär gör det nödvändigt att gå utanför den immaterialrättsliga ramen och tillämpa ett resursperspektiv**

I detta kapitel presenteras tre exempel som visar hur de intellektuella resursernas kontextberoende och komplexa karaktär gör det nödvändigt att gå utanför den gängse immaterialrättsliga ramen. Samtliga exempel bygger på fallstudier som har genomförts i samband med praktiskt juridiskt arbete. Någon specifik rättssociologisk metod har jag inte tillämpat. Vad det handlar om är helt enkelt observationer som jag har gjort i samband med praktiskt juridiskt arbete som har med "immaterialrättsbaserade" transaktioner och konkurs att göra.<sup>306</sup>

Det första exemplet handlar om en "immaterialrättsbaserad transaktion" som gick fel. Mer i detalj handlade det i detta fall om ett förvärv av en högteknologibaserad verksamhetsgren där oförmågan att se och hantera den bredare intellektuella resursen fick otrevliga konsekvenser för förvärvaren. Det andra exemplet handlar om en pantsättning där pantobjektet bestod av en sammansatt intellektuell resurs med upphovsrätter i botten. Det tredje och sista exemplet handlar om hur det som vid första anblicken kan se ut som en, om inte enkel, så i alla fall renodlad, fråga om patentlicensiering visade sig handla om hantering av en intellektuell resurs uppbyggd och beroende av en mängd olika intellektuella komponenter. Samtliga exempel visar hur det kan vara otillräckligt att hantera endast de formella immateriella rättigheterna och att ett snävt rättighetsperspektiv kan leda till att det som i realiteten utgör det "objekt" som transaktionen syftar till att överföra inte kan kontrolleras och utnyttjas på det sätt som var tänkt.

### ***8.1 Exempel 1, i vilket den "immaterialrättsbaserade" transaktionen som gick fel behandlas***

I detta exempel har vi att göra med ett förvärv av en lukrativ verksamhet som innefattar produktion, försäljning och service av tekniskt avancerade tillverkningsmaskiner av visst slag. Tillverkningsmaskinerna köps av tillverkare i ett senare led. En stor del av inkomsterna från verksamheten kommer från serviceverksamheten.

Verksamheten säljs inte för att den går dåligt. Säljarbolaget, som är verksamt inom ett antal områden, har istället beslutat om en försäljning, av det som för

---

<sup>306</sup> Samtliga exempel är avidentifierade och anpassade för att skydda de verkliga aktörernas anonymitet.

säljarbolaget alltså endast utgör en av flera verksamhetsgrenar, som ett led i en renodling av sin egen verksamhet.

Eftersom det är fråga om en tekniskt avancerad verksamhet finns det (givetvis) en patentportfölj med i bilden. Bland de tillgångar som ingår i verksamhetsgrenen återfinns emellertid även andra immateriella rättigheter – varumärken, upphovsrätter och mönsterrätter.

Köparen ser givetvis till att inkludera ovannämnda immateriella rättigheter i köpeavtalet. Köparen ser emellertid inte till att ta kontroll över alla de övriga intellektuella resurselement som är av avgörande betydelse för verksamheten, och i synnerhet för den inkomstbringande servicedelen. Det handlar här dels om teknisk information och dels om affärsinformation som information om priser, leverantörer och kunder. Det är till och med så att köparen låter de servrar där mycket av denna information finns lagrad och strukturerad stå kvar i säljarens lokaler.

Det är också uppenbart att säljarens personal besitter en mängd specialiserad och operationaliserad kunskap (det vill säga know-how) som är av stor betydelse för det effektiva utnyttjandet av den produktions- och serviceteknologi som den sålda verksamheten bygger på. Köparbolagets personal behöver nämligen utbildas av säljarbolaget för att kunna ta över och sköta den förvärvade verksamheten. Denna utbildning sker i säljarbolagets lokaler och drar av olika anledningar ut på tiden.

När säljarbolaget mitt under utbildningsperioden går i konkurs visar sig underlåtenheten att ta kontroll över de kompletterande resurselement som är så betydelsefulla för realiserandet av framförallt servicedelen av verksamheten vara ödesdiger för köparen.

Att den ovan nämnda informationen verkligen är värdefull framgår av att konkursförvaltaren får ett bra pris för säljarbolagets tillgångar, inklusive de servrar där all information finns lagrad. Köparen visar sig vara ett nytt dotterbolag till moderbolaget i den internationella koncern som säljarbolaget tillhör. Inom en inte alltför lång tid har detta nya dotterbolag konkurrerat ut köparbolaget på servicemarknaden.

Detta exempel visar på hur viktigt det är att anlägga ett resursperspektiv i samband med transaktioner som på papperet kanske ser ut att i första hand handla om förvärv av immateriella rättigheter. De immateriella rättigheterna som sådana var uppenbarligen inte tillräckliga för att effektivt utnyttja den teknologiresurs som utgjorde en central del av det som köparen faktiskt ansåg sig ha förvärvat. Köparbolaget i den ovan beskrivna transaktionen hade behövt försäkra sig om kontroll över och tillgång till samtliga de resurselement som tillsammans utgjorde det paket av intellektuella resurser som köparen var i behov av för att kunna realisera såväl produkt- som servicedelen av verksamheten. Kanske hade det i detta fall varit tillräckligt att ta kontroll över de servrar där en stor del av den nödvändiga informationen faktiskt fanns färdigstrukturerad och kodifierad. Men antagligen hade det därutöver också

krävts att köparbolaget såg till att få med sig i alla fall några av de av säljarbolagets anställda som innehade den know-how som krävdes för att realisera produktions- och servicedelarna av verksamheten.

För att gå händelserna något i förväg kan man fråga sig hur köparbolagets situation ter sig mot bakgrund av de relevanta lösningar vi återfinner i det traditionella rättskällematerialet. Detta är som sagt egentligen en fråga för undersökningens nästa del, men för att redan nu illustrera hur betydelsefull den i det närmaste totala frånvaron av resursperspektiv är i samband med den juridiska analysen av den här typen av problem finns det anledning att göra ett undantag, och som sagt gå händelserna i förväg. Beskrivningen nedan gör inga som helst anspråk på fullständighet. För en mer fullständig analys av de för kreditsäkerhetsproblematiken relevanta lösningarna i det traditionella rättskällematerialet hänvisas till analysen i del 3.

Kärnfrågan kan ses som en fråga om borgenärsskydd. Köparbolaget gör gällande en yngre rätt till de immateriella rättigheterna, informationen, servrarna med mera än säljarbolaget.<sup>307</sup> Frånvaron av resursperspektiv innebär att köparbolaget har små möjligheter att finna stöd i de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet.

Vad gäller förvärv av immateriella rättigheter är visserligen den helt dominerande uppfattningen att förvärvaren erhåller borgenärsskydd redan genom avtalet.<sup>308</sup> Resonemanget bakom avtalsprincipens tillämpning i detta sammanhang går i korthet ut på att borgenärsskydd genom avtalet är det enda möjliga alternativet. I det fall det överhuvudtaget skall vara möjligt att uppnå borgenärsskydd vid förvärv av immateriella rättigheter, vill säga. Något som av ganska självklara skäl – omsättningens intresse framstår kanske här som sällsynt tydligt – har ansetts vara viktigt. Att knyta borgenärsskyddet till något annat traditionellt sakrättsligt moment har ansetts vara olämpligt. Det är inte möjligt att tradera en immateriell rättighet, det finns sällan någon lämplig tredje man att denuntiera och registrering i befintliga immaterialrättsregister har av olika skäl ansetts vara olämpligt som sakrättsligt moment.

Köparbolaget kan alltså finna stöd i det traditionella rättskällematerialet för ett anspråk på skydd mot säljarens borgenärer vad avser de immateriella rättigheterna. För de övriga resurselement – det vill säga den strukturerade och kodifierade kunskap och information som återfinns lagrad på servrarna – befinner sig köparbolaget emellertid i en betydligt mer osäker och utsatt position. Vad gäller själva servrarna är det klart att traditionsprincipens krav knappast har uppfyllts. Hur man än tolkar traditionsprincipen – och den dominerande tolkningen innebär ett krav på rådighetsavskärning –<sup>309</sup> har köparbolaget knappast uppfyllt de krav som principen ställer upp. Frågan är då

---

<sup>307</sup> För en kortfattad beskrivning av borgenärsskyddskonflikten, se avsnitt 2.1.1.

<sup>308</sup> Se avsnitt 16.1.2.

<sup>309</sup> Se till exempel NJA 2007 s 413.

vilka möjligheterna är att göra gällande ett sakrättsligt anspråk direkt mot informationen som sådan.

Här stöter köparbolaget på uppfattningen att det går en gränslinje mellan immateriella rättigheter och andra typer av intellektuella resurser och att denna gränslinje i viss mening är en gränslinje mellan egendom och icke-egendom eller i varje fall en gränslinje mellan objekt som kan vara föremål för sakrättsligt anspråk och "objekt" som inte kan vara föremål för sådana anspråk.<sup>310</sup> Den här typen av frågor är visserligen besvärliga och den explicita diskussionen om dem har inte varit särskilt omfattande. Det grundläggande mönster som går ut på en tudelning mellan immateriella rättigheter som möjliga objekt för sakrättsanspråk och andra typer av intellektuella resurser som just någonting annat är dock tydligt. Hursomhelst visar den visserligen något svärfångade diskussionen kring dessa frågor på hur resursperspektivet i stort sett saknas i det traditionella rättskällematerialet.

Möjligtvis skulle köparbolaget ovan kunna åberopa ett (förvärvat) databasskydd enligt 49 § upphovsrättslagen för den information som ligger lagrad på serverna. Ett sådant skydd är tänkbart för den här typen av ordnad och strukturerad information som har varit föremål för större investeringar. Exakt vad ett sådant skydd skulle kunna tänkas innebära i den här typen av situation är svårt att säga. Databasskyddet kan användas för att förhindra annan från att "framställa exemplar av arbetet och göra det tillgängligt för allmänheten" (se 49 § upphovsrättslagen). Möjligtvis skulle också vissa delar av den typ av information som finns lagrad kunna omfattas av (förvärvat) upphovsrätt.<sup>311</sup> På vilket sätt ett upphovsrättsskydds- eller ett databasskyddsgrundat anspråk nu möjligtvis skulle kunna användas för att förhindra konkursboet från att förfoga över informationen på serverna, så kvarstår emellertid köparbolagets behov av konkret tillgång till informationen.

Sammantaget visar detta första exempel på hur tillgången till patent och andra immateriella rättigheter kan utgöra endast en del av en större integrerad teknologiresurs där andra resurselement, som information och know-how av olika slag, spelar en avgörande roll för möjligheterna att utnyttja teknologin på ett effektivt sätt. Exemplet visar också på hur lösningarna i de traditionella rättskällorna kännetecknas av frånvaron av ett resursperspektiv som skulle kunna stödja den här typen av transaktioner. Utgångspunkten i det traditionella rättskällematerialet skulle därmed kunna beskrivas som immaterialrättsobjektbaserat. Hur ett mer resursbaserat juridiskt synsätt skulle kunna utformas skall behandlas först i denna undersöknings fjärde del. I det närmast följande skall vi granska ytterligare ett exempel som visar på hur det i transaktionssammanhang kan vara av avgörande betydelse att se till att hantera de intellektuella resurserna i stort och inte bara de immateriella rättigheterna som sådana.

---

<sup>310</sup> Se vidare avsnitt 13.1.5..

<sup>311</sup> Se vidare kapitel 14 om hur det på senare år anses ha växt fram en så kallad industriell upphovsrätt.



## **8.2 Exempel två, som handlar om pantsättning av en mjukvarubaserad "produkt"**

Detta exempel handlar om ett IT-bolag som pantsätter sin "produkt" i utbyte mot en kredit. Produkten är mjukvarubaserad och innefattar både rättigheter av olika slag (i första hand upphovsrätter) och kund-, support- och licensavtal. Det är alltså fråga om en sammansatt intellektuell resurs.

När IT-bolaget går i konkurs uppkommer givetvis frågan hur en pantsättning av detta slag skall hanteras.

Den ovan ställda frågan har för det första en praktisk sida. Vilka delar av produkten är det överhuvudtaget möjligt för panthavaren att kontrollera och överföra till en eventuell köpare av produkten? I detta fall handlade denna praktiska aspekt av kreditsäkerhetsproblematiken framförallt om tillgång till den kod med mera som var en förutsättning för att utnyttja själva mjukvarudelen av produkten. Till skillnad från köparen i det ovan beskrivna exemplet föreföll panthavaren i detta fall ha sett till att skaffa sig tillgång till de kompletterande resurselement som var nödvändiga för det effektiva utnyttjandet av resursen som sådan. Pantsättningen av produkten aktualiserade därmed andra frågor än de som har med kontroll över kompletterande resurselement som information och know-how att göra.

Eftersom de delar av produkten som var immaterialrättsligt skyddade i huvudsak omfattades av upphovsrätt aktualiserades för det första frågan om pantsättning av upphovsrätt.<sup>312</sup> I korthet har denna diskussion handlat om avsaknaden av ett sakrättsligt moment av traditionellt slag. Upphovsrätten kan inte traderas och det saknas typiskt sett en lämplig tredje man som kan stå som mottagare av en denuntiation. Upphovsrätten är dessutom en oregistrerad rättighet. Detta har medfört att möjligheten att pantsätta upphovsrätt överhuvudtaget har ifrågasatts. Uppfattningen att upphovsrätt inte skall kunna pantsättas har visserligen kritiserats, särskilt mot bakgrund av att säkerhetsöverlåtelse är en allmänt accepterad metod för att utnyttja upphovsrätter som kreditsäkerhet.

Diskussionen om huruvida det är möjligt att pantsätta upphovsrätter är visserligen inte direkt relevant för det tema som i första hand skall behandlas här i del 2, nämligen hur de intellektuella resurserna ofta är kontextuellt beroende och komplexa till sin karaktär. Ifrågasättandet av möjligheten att pantsätta upphovsrätter förtjänar dock ändå att nämnas eftersom diskussionen visar på hur stor osäkerheten kan vara i samband med utnyttjande även av för jurister så välbekanta och välkända intellektuella resurser som upphovsrätter. Även så väl etablerade intellektuella resurser som upphovsrätter påverkas alltså av den osäkerhet som ofta råder kring de juridiska aspekterna av utnyttjandet av den här typen av resurser som kreditsäkerhet.

---

<sup>312</sup> Se vidare kapitel 14.

Av direkt betydelse för det här behandlade temat är emellertid den pantsatta produktens koppling till olika typer av kontraktuella relationer. Produkten består som sagt delvis av kontraktuella relationer av olika slag, kund-, support- och licensavtal. Detta visar på något som är mycket vanligt, nämligen att intellektuella resurser inkluderar ett centralt element som utgörs av relationer. Ofta handlar det om ömsesidiga avtal av olika slag. För en pantshavare med säkerhet i en intellektuell resurs av detta slag är det nödvändigt att kunna kontrollera och överföra även de relationer som är av central betydelse för utnyttjandet av den pantsatta resursen. I praktiken handlar detta om att ersätta en part med en annan, det vill säga att ersätta pantsättaren med en köpare av resursen, med allt vad detta kan innebära av nödvändiga praktiska åtgärder. Ur ett juridiskt perspektiv är frågan vad som skall krävas för att ett sådant byte av avtalspart skall få ske. Är det ömsesidiga avtal med så kallade personliga inslag, det vill säga inslag där motpartens personliga kvalifikationer betyder mycket, anses ett partsbyte utan motpartens samtycke som utgångspunkt vara uteslutet.<sup>313</sup> Som vi kommer att se i den följande framställningen i denna del finns det knappast någon anledning att inom ramen för en ny säkerhetskonstruktion för intellektuella resurser ändra på denna utgångspunkt.<sup>314</sup> Även inom ramen för en konstruktiv modell som syftar till att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör det alltså krävas samtycke för överföring av den här typen av kontraktuella relationer.

Sammanfattningsvis visar detta andra exempel, i likhet med det tidigare exemplet, hur intellektuella resurser kan vara kontextberoende och komplexa till sin karaktär. Det effektiva utnyttjandet av den produkt som det var fråga om i detta fall krävde tillgång till inte bara immateriella rättigheter utan även kompletterande resurser som kod och upparbetade relationer. För att kunna utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet är det således nödvändigt att kunna hantera den här typen av resurselement. Både rent praktiskt och inom ramen för de säkerhetskonstruktioner som krävs för att stödja och möjliggöra hanteringen av intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

### ***8.3 Exempel tre, där en patent- och patentlicensbaserad resurs står i centrum***

I detta exempel är det en patent- och patentlicensbaserad resurs som står i centrum. Närmare bestämt handlar det om ett medicinskt verktyg för detektion, terapi och terapiuppföljning av en viss typ av mycket allvarliga sjukdomar. Det medicinska verktyget har tagits fram inom ett för detta ändamål särskilt etablerat forskningsbolag och bygger på framförallt en viss forskares insatser.

---

<sup>313</sup> Se avsnitt 15.3.

<sup>314</sup> Se vidare kapitel 20.

Den patentportfölj som är resultatet av forskningen inom forskningsbolaget, och som omfattar centrala delar av det medicinska verktyget, innehåller ursprungligen av detta bolag. Vid en viss tidpunkt överförs emellertid patentportföljen till ett för detta ändamål särskilt bildat köparbolag. Detta köparbolag kontrolleras av bland annat den forskare vars forskningsresultat ligger till grund för det medicinska verktyget. Forskningsbolaget erhåller i samband med överföringen av patentportföljen en licens som ger forskningsbolaget rätt att vidareutveckla och kommersialisera det medicinska verktyget.

När forskningsbolaget går i konkurs uppkommer frågan hur det medicinska verktyget och de rättigheter och den licens som är knutna till denna resurs skall hanteras. Det medicinska verktyget bedöms vara av stort värde. De investerare som under årens lopp har investerat åtskilliga miljoner i forskningsbolaget är beredda att betala bra för möjligheten att fortsätta att utveckla och kommersialisera verktyget.

Konkursen aktualiserar ett antal komplicerade juridiska frågor. Hur skall överföringen av patentportföljen hanteras? Finns det skäl att kräva tillbaka denna till konkursboet? Hur skall licensen behandlas? Är det möjligt att realisera denna som vilken annan tillgång som helst i konkursen? Och så vidare.

Frågan hur överföringen av patentportföljen skall hanteras kan formuleras som en fråga om borgenärsskydd. Köparbolaget gör gällande ett yngre anspråk än konkursgäldenären. Den som förvärvar en immateriell rättighet anses visserligen i allmänhet erhålla skydd mot köparens borgenärer redan genom avtalet.<sup>315</sup> Det kan dock finnas många anledningar till varför en resurs skall återgå till ett konkursbo. Frågan om en eventuell återgång av överförda resurser är en fråga som är starkt beroende av omständigheterna i det enskilda fallet och det finns ingen anledning att gå in på de komplicerade omständigheter som rådde i detta fall. Det kan bara kort nämnas att ett fall av detta slag rent principiellt kan aktualisera frågor som huruvida det kunde vara fråga om ett skenavtal, om återvinning skulle kunna påkallas eller om överföringen kan anses strida mot värdeöverföringsreglerna i aktiebolagslagen. I det sistnämnda avseendet uppkom i detta fall frågan om värdeöverföringsreglerna överhuvudtaget kunde anses vara möjliga att tillämpa eftersom de tillgångar som det var fråga om, av redovisningstekniska skäl, inte var upptagna i balansräkningen.<sup>316</sup> Trots att det handlade om de patenträttigheter som utgjorde en central del av forskningsbolagets mest värdefulla tillgång (det vill säga det medicinska verktyget) var det alltså osäkert om värdeöverföringsreglerna skulle kunna tillämpas överhuvudtaget.

Frågan huruvida konkursboet skall ha rätt att förfoga över licensrätten är en komplicerad fråga som här endast skall behandlas mycket kortfattat.<sup>317</sup> Här skall bara kort nämnas att frågan huruvida ett licensavtal skall ingå i konkurs eller

---

<sup>315</sup> Se avsnitt 16.1.2.

<sup>316</sup> Se avsnitt 16.1.2.

<sup>317</sup> Se vidare kapitel 17.

inte kan anses bero på om licensen kan överföras och utmätas eller inte. Enligt 3 kap. 3 § konkurslagen skall endast sådan egendom som kan utmätas ingå i konkurs och enligt 5 kap. 5 § utsökningsbalken skall endast sådan egendom som inte är behäftad med ett så kallat sakrättsligt giltigt överlåtelseförbud kunna utmätas. Eftersom patentlicenser enligt 43 § patentlagen omfattas av ett så kallat a prioriskt överlåtelseförbud kan svaret på frågan om licensen skall ingå i konkurs anses hänga på om det i licensavtalet finns ett förfogandemedgivande eller inte.

Den oklarhet som i konkurssammanhang ofta råder avseende förutsättningarna för hantering även av etablerade intellektuella resurser som patenträttigheter och patentlicenser är onekligen intressant och viktig att peka på. Den i detta sammanhang mest intressant aspekten av detta exempel är emellertid att kontrollen över rättigheterna och licensen som sådana var så uppenbart otillräcklig för det effektiva utnyttjandet av den resurs – det vill säga det medicinska verktyg – som var föremål för de konkurrerande anspråken i detta fall.

För köparbolaget medförde kontrollen av den förvärvade patentportföljen inte att det medicinska verktyget utan vidare kunde utnyttjas och vidarekommersialiseras. I realiteten hade centrala delar av den sammansatta intellektuella resurs som det medicinska verktyget utgjorde inte alls överförts till det nybildade bolaget. Kvar hos forskningsbolaget och sedermera konkursboet fanns all den medicinska dokumentation (i form av funktionsbeskrivningar, testresultat med mera) som var nödvändig för det vidare utnyttjandet och kommersialiseringen av verktyget. Detta var givetvis något som skapade problem för köparbolaget och dem som kontrollerade detta bolag och som genom denna kontroll också sökte kontrollera verktyget. Frånvaron av resursperspektiv medförde att överföringen inte resulterade i en reell kontroll över verktyget för köparbolaget.

Även ur forskningsbolagets och konkursboets synvinkel saknades, även bortsett från frågan om huruvida rättigheterna respektive licensen skulle kunna krävas tillbaka till respektive överföras av konkursboet, ett för det effektiva utnyttjandet och kommersialiseringen av verktyget centralt resurselement. Nämligen den know-how avseende verktyget som i första hand innehades av den i sammanhanget centrale forskaren. Det var uppenbart att utan denne forskares medverkan skulle det bli svårt att vidareutveckla och kommersialisera verktyget. Även om det sannolikt var möjligt att införskaffa en motsvarande kompetens (eller i varje fall en kompetens som så småningom skulle kunna ersätta tillgången till den ursprungliga forskarens know-how) på annat håll hade forskaren i varje fall möjlighet att allvarligt störa och möjligtvis även helt förhindra en vidare utveckling och kommersialisering av verktyget.

Sammanfattningsvis försatte underlåtenheten att hantera det medicinska verktyget som en sammansatt intellektuell resurs alla de tre centrala aktörerna i denna konflikt (köparbolaget och forskaren, konkursboet samt

investeringarna/köparna) i allvarliga problem. Även detta exempel visar alltså på hur tillgång till immateriella rättigheter, exempelvis en patentportfölj eller en patentlicens, inte alltid är nog för att effektivt utnyttja och realisera värdet av en intellektuell resurs. Tillgång till kompletterande resurselement kan vara av helt avgörande betydelse.

#### ***8.4 Sammanfattningsvis om det "objekt" som måste hanteras för att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt***

Samtliga exempel i detta kapitel visar hur "objektet" för de transaktioner som det var fråga om inte kan begränsas till de formella immateriella rättigheter som är aktuella i de olika fallen. I varje fall inte om möjligheten att utnyttja resurserna på ett effektivt sätt skall bibehållas. Ur ett värdeskapandeperspektiv är de immateriella rättigheter det är fråga om ovan helt enkelt inte särskilt intressanta sedda som isolerade objekt. Först om kontrollen över rättigheterna kombineras med tillgång till de övriga resurselement som är av betydelse är det möjligt att utnyttja resurserna på det sätt som eftersträvas. Ur såväl ett praktiskt som juridiskt perspektiv är det alltså av avgörande betydelse att förstå att det är ett väldigt speciellt "objekt" som vi har att göra med i detta sammanhang.

Slutsatsen av de exempel som presenterats ovan är följaktligen att det i samband med transaktioner ofta är nödvändigt att anlägga ett resursperspektiv snarare än ett rättighetsperspektiv. Detta innebär inte att immateriella rättigheter på något sätt är oviktiga. De immateriella rättigheterna spelar ofta en avgörande betydelse för möjligheterna att utnyttja och skapa värde med exempelvis en teknologi.<sup>318</sup> Med ett resursperspektiv står det dock som sagt klart att de immateriella rättigheterna ofta måste kompletteras med andra resurselement för att en teknologi skall kunna utnyttjas på ett effektivt sätt. I exemplen ovan handlade det framförallt om sådant som olika typer av information (affärsinformation om bland annat leverantörer, kunder, priser med mera, teknisk information och dokumenterad know-how), kontraktuella relationer (supportavtal, kundavtal, licensavtal) samt odokumenterad kunskap och know-how som innehas av särskilda personer.

Redan mot bakgrund av de tre enkla exempel som givits ovan framträder alltså bilden av den typiska intellektuella resursen som en komplicerad och sammansatt resursmassa.

Avslutningsvis kan sägas att de intellektuella resursernas kontextberoende och komplexa karaktär utgör en avgörande faktor i alla försök att utöka möjligheterna att utnyttja den här typen av resurser som kreditsäkerhet. Den som vill utnyttja resurser av detta slag som kreditsäkerhet måste helt enkelt

---

<sup>318</sup> Att patenträttigheter används på en mängd olika sätt, ofta med ett strategiskt syfte, är som sagt vid det här laget ett väl känt faktum, se vidare not 12.

överkomma kontextberoendet och komplexiteten i syfte att skapa praktisk kontroll och överförbarhet över resurserna i dess helhet. De vidare förutsättningarna för detta kommer att diskuteras mer ingående i följande delar av denna del. Ytterligare en förutsättning för att den här typen av sammansatta intellektuella resurser skall kunna hanteras som kreditsäkerhet är att det finns juridiska verktyg som stödjer en sådan hantering. Som exemplen ovan visar är de juridiska verktyg som vi har tillgång till i nuläget knappast särskilt väl anpassade för detta syfte. Som vi kommer att se i del 3 nedan är de befintliga juridiska verktygen och de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet till och med mindre väl anpassade för hantering av immateriella rättigheter som sådana.

I detta kapitel har som sagt den förståelse för de intellektuella resursernas funktionssätt som de ovan beskrivna fallstudierna har genererat presenterats. I det närmast följande kapitlet (kapitel 9) kommer de samlade resultaten av analysen i del 2 att konkretiseras med hjälp av två exempel, de fiktiva företagen TDA och I-Capital.

## **9 Technology Display AB och I-Capital – Två exempel för att illustrera och konkretisera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

I detta kapitel presenteras de fiktiva subjekt som i fortsättningen kommer att fungera som utgångspunkt för analysen av kreditsäkerhetsproblematiken: Det relativt nystartade kunskapsföretaget Technology Display AB samt det på högteknologitunga kredittagare specialiserade finansbolaget I-Capital. Syftet är att med hjälp av dessa exempelföretag konkretisera de slutsatser om de intellektuella resursernas kontextberoende och komplexa karaktär som är resultatet av analysen i denna del av undersökningen. Beskrivningen av TDA och I-Capital exemplifierar också vad som i nuläget sannolikt krävs för att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skulle kunna bli verklighet. Analysen i de kommande delarna av undersökningen kommer alltså att genomföras mot bakgrund av den beskrivning av TDA och I-Capital som ges i detta kapitel.

### **9.1 Technology Display AB**

TDA är ett relativt nystartat företag verksamt inom den expansiva bildskärmsbranschen. Efter att ha genomgått ett antal riskkapitalrundor har TDA nyligen lyckats få ett första fotfäste på marknaden för sin produkt: En kombination av tjänster, tillverkningsapparater och verktyg kopplade till en ny bildskärmsteknik baserad på polymeriska lysdioder (så kallade P-OLEDs). TDA:s långsiktiga mål är att utveckla och få kontroll över en global flödeskedja omfattande tillhandahållandet av processer, material och verktyg för tillverkning av P-OLED produkter.

TDA är som sagt ett fiktivt företag men beskrivningen har inspirerats av det verkliga företaget Cambridge Display Technology.<sup>319</sup> Cambridge Display Technology har fått utgöra inspirationskälla delvis för att detta företag för ett antal år sedan var inblandat i en förhållandevis omfattande finansiell transaktion baserad på intellektuella resurser.<sup>320</sup> Cambridge Display Technology är dock framförallt en lämplig inspirationskälla eftersom det vid tiden för denna transaktion var ett typexempel på det slags företag som kan antas vara både i behov av och en lämplig kandidat för lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser. Samtidigt som företagets patentportfölj är så pass värdefull och självständig i värdeskapandehänseende att det i princip bör vara möjligt att låna ut pengar till företaget endast i utbyte mot säkerhet i patentportföljen, så tydliggör företagets resursstruktur många av de centrala problem – orsakade av de intellektuella resursernas komplexitet och kontextberoende – som måste hanteras om finansiering baserad på intellektuella resurser skall ha en chans att

---

<sup>319</sup> Information om Cambridge Display Technology har i första hand inhämtats från företagets hemsida (se <http://www.cdtltd.co.uk>) samt från SEC:s databas EDGAR (se [http://searchwww.sec.gov/EDGARFSClient/jsp/EDGAR\\_MainAccess.jsp](http://searchwww.sec.gov/EDGARFSClient/jsp/EDGAR_MainAccess.jsp)).

<sup>320</sup> Se Bergelt & Meintzer 2005.

utvecklas till någonting mer än en kuriositet på finansmarknaden.<sup>321</sup> Cambridge Display Technology var också vid tiden för finansieringstransaktionen ett relativt nystartat och självständigt teknologiföretag vars produkt hade fått ett första fäste på marknaden. (Cambridge Display Technology har sedan dess köpts upp och är numera en del av koncernen Sumitomo Chemical.) Det är som sagt just i denna inledande fas i ett högteknologiföretags livscykel som möjligheten att utnyttja intellektuella resurser som säkerhet typiskt sett kan framstå som allra mest önskvärd.<sup>322</sup>

## 9.2 P-OLED tekniken

Med P-OLED tekniken är det möjligt att tillverka lysdioder av ”konjugerade polymerer” (böjda polymerer – det vill säga flexibla, sammansatta plastmolekyler). Tekniken bygger på att vissa typer av plastmolekyler sänder ut ett grönaktigt ljus när de placeras mellan två elektroder.<sup>323</sup> TDA innehar de patent som omfattar både de grundläggande kemiska formlerna för konstruktion av P-OLED molekyler och den grundläggande tekniken för att utnyttja dessa molekyler för bildskärmskonstruktion.

P-OLED tekniken sägs ha ett antal potentiella fördelar framför den LCD-baserade teknik som fortfarande är vanligast förekommande i platta

---

<sup>321</sup> Denna dubbelhet framgick tydligt i samband med krediten till Cambridge Display Technology. Samtidigt som inga särskilda praktiska arrangemang gjordes för att paketera och fånga in företagets teknologi och möjliggöra kontroll och överförbarhet till de intellektuella resurserna i stort (i praktiken gavs krediten alltså i utbyte endast mot säkerhet i patentportföljen), så framgår det av pantsättningsavtalet att det inte bara var patentportföljen som sådan som ansågs vara av intresse. Den i avtalet centrala pantsättningsklausulen omfattar även resurselement som i sin helhet kanske inte skulle bedömas omfattas av Cambridge Display Technology's patent (klausulen visar hursomhelst på att det fanns kompletterande resurselement av intresse i detta sammanhang, resurselement som kontrollen över och tillgången till sannolikt var av viss betydelse):

”2. GRANT OF SECURITY INTEREST. As collateral security for the prompt and complete payment and performance when due (whether at stated maturity, by acceleration or otherwise) of all the Secured Obligations and in order to induce Secured Party to enter into the Letter of Understanding, Grantor hereby grants to Secured Party a security interest in all of Grantor's right, title and interest, if any, in, to and under the following, whether now owned or existing or hereafter arising or acquired and wheresoever located (collectively, the “Collateral”):

2.1 All Copyrights, Patents, Trademarks [...] all Licenses [...].

1.10 “Patents” means all of the following in which Grantor now holds or hereafter acquires any right, title or interest: (a) all United States or foreign patents [...]; [...] (e) *all means of manufacturing patented products*, including, without limitation, *trade secrets, formulas, customer lists, manufacturing processes, mask works, molds and prototypes*, [...]”. (Min kurs.) (Avtalet hämtat från Security and Exchange Commission's databas EDGAR. Tillgänglig via [http://searchwww.sec.gov/EDGARFSCClient/jsp/EDGAR\\_MainAccess.jsp](http://searchwww.sec.gov/EDGARFSCClient/jsp/EDGAR_MainAccess.jsp))

<sup>322</sup> Se avsnitt 4.3.

<sup>323</sup> I verkligheten gjordes denna upptäckt av forskare vid universitet i Cambridge i början av 1980-talet. Det var dessa forskare som grundade Cambridge Display Technology. Beskrivningen av TDA är som sagt anpassad för att ligga till grund för denna undersökning, som i första hand analyserar förutsättningarna för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet i en svensk kontext.



bildskärmar.<sup>324</sup> Till skillnad från LCD-skärmar kräver P-OLED skärmar ingen bakgrundsbelysning. Det är själva P-OLED materialet som producerar ljuset. P-OLED skärmar är därför energisnålare än LCD-skärmar. P-OLED skärmar kan även göras tunnare, flexiblare och tillverkas på ett enklare sätt. P-OLED tekniken ses därmed som en möjlig ersättare till LCD-tekniken inom många av de existerande användningsområdena. I första hand i de olika typer av bildskärmar som ingår som centrala komponenter i datorer och platta TV-apparater. Men P-OLED materialets flexibilitet och hållbarhet öppnar också upp för nya användningsområden, till exempel bildskärmar i form av förpackningar eller klädesplagg. En nackdel med P-OLED tekniken är emellertid att den (än så länge i varje fall) ger skärmar med något sämre hållbarhet.

### **9.3 *Technology Display AB:s framväxt***

TDA finansierades inledningsvis av ett antal svenska och internationella riskkapitalister. Med hjälp av detta kapital drevs forskningen kring P-OLED tekniken framgångsrikt vidare. Efter att ha fått ett antal ytterligare patent på P-OLED relaterade uppfinningar beviljade innehar TDA nu en patentportfölj, som tillsammans med TDA:s unika know-how, ger företaget en mycket stark ställning när det gäller P-OLED relaterad verksamhet. Även om P-OLED tekniken ännu inte har fått något verkligt genombrott, så är intresset för tekniken stort.

#### **9.3.1 Strategiska allianser och licensavtal**

TDA bildade tidigt ett antal viktiga strategiska allianser. Syftet med dessa samarbeten är att TDA skall få tillgång till viss teknologi som kontrolleras av andra aktörer på marknaden i utbyte mot att TDA:s samarbetspartners får tillgång till P-OLED relaterad kunskap. TDA har även ingått ett flertal licensavtal. Bland TDA:s samarbetspartners och licenstagare märks såväl större företag som mindre aktörer.

#### **9.3.2 Ett kommersiellt genombrott?**

För närvarande befinner sig TDA i ett läge där det finns förväntningar på ett större kommersiellt genombrott för P-OLED tekniken under den närmaste framtiden. Det finns därmed också en hägrande möjlighet att med hjälp av licensintäkter bli oberoende av externa kapitaltillskott. För att kunna uppnå detta mål är det emellertid nödvändigt att genomföra ett antal olika åtgärder, bland annat att slutföra ett antal forskningsprojekt.

---

<sup>324</sup> Information om P-OLED teknikens fördelar och nackdelar är hämtad från [http://en.wikipedia.org/wiki/Organic\\_light-emitting\\_diode#\\_ref-0](http://en.wikipedia.org/wiki/Organic_light-emitting_diode#_ref-0) samt [http://www.cdtltd.co.uk/about\\_us/71.asp](http://www.cdtltd.co.uk/about_us/71.asp).

### 9.3.3 Behov av ytterligare finansiering

Att finansiera dessa forskningsprojekt med hjälp av riskkapital betraktas som mindre lämpligt. Dels framstår den förhandlingsprocess som sådana finansieringsmetoder innebär som avskräckande och dels finns det ett starkt intresse av att bibehålla den nuvarande ägarstrukturen och kontrollen över företaget oförändrad. Det är också tveksamt om det överhuvudtaget skulle vara möjligt att få tillgång till mer riskkapital. TDA skulle alltså föredra att finansiera sin vidare expansion med lånat kapital. För att få låna till en rimlig kostnad krävs det dock att TDA kan ställa fullgod säkerhet för en kredit. Eftersom TDA har få materiella resurser men gott om intellektuella sådana bestämmer sig företagets företrädare för att försöka genomföra en lånefinansieringstransaktion i samarbete med det på teknologitunga kredittagare specialiserade finansbolaget I-Capital.

## 9.4 I-Capital

För den som har följt framställningen så här långt torde det klart och tydligt framgå att lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser är en mycket speciell creditsäkerhetsform. De krav som ställs för att creditsäkerhet i intellektuella resurser skall utvecklas till en mer allmänt utnyttjad finansieringsform är som sagt sannolikt så långt från vår nuvarande genomsnittliga förmåga att det i nuläget knappast är realistiskt att vänta sig en utveckling av detta slag. En utveckling mot ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som creditsäkerhet kan sannolikt endast ske i små, ödmjuka steg. De krav som ställs på dem som önskar möta utmaningen är som sagt omfattande. För att framgångsrikt kunna genomföra den här typen av transaktioner krävs en omfattande specialistkunskap. Det räcker inte med att behärska de ekonomiska och rättsliga aspekterna av finansiering. Det är också nödvändigt att ha en förståelse för immaterialrätten samt behärska den praktiska hanteringen av intellektuella resurser. Dessutom är det i många fall också nödvändigt med tekniska kunskaper samt kunskap om den aktuella branschen och marknadsförhållanden. Allt detta talar för att lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser endast kan växa fram inom ramen för särskilda, på detta finansieringssegment specialiserade, finansbolag. I-Capital är ett sådant finansbolag, specialiserat på kreditgivning till företag inom högteknologisektorn.<sup>325</sup> Som ett resultat av denna specialisering har det inom I-

---

<sup>325</sup> Någon verklig, svensk förebild för I-Capital finns inte. Finansbolag med särskild inriktning på utlåning till kunskapsföretag i utbyte mot säkerhet i immateriella resurser har dock under de senaste åren dykt upp – och, sannolikt som en följd av finanskrisen, försvunnit – på främst finansmarknaden i USA. Bland de aktörer som verkar ha försvunnit märks till exempel Paradox Capital, Altitude Capital Partners och UCC Capital. Andra som tidigare uppgav att de ägnade sig åt att omvandla intellektuella resurser till creditsäkerhet verkar ha upphört med denna del av sin verksamhet, till exempel Ocean Tomo (se <http://www.oceantomo.com/index.html>) och Astrina

Capital utvecklats en särskild expertis avseende utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Tillsammans exemplifierar alltså TDA och I-Capital inte bara hur de intellektuella resurserna ofta är kontextberoende och komplexa utan även hur det är mest sannolikt att ett utökat utnyttjande rent faktiskt skulle kunna påbörjas.

Eftersom både TDA och I-Capital betraktar patentportföljen som TDA:s mest värdefulla resurs överhuvudtaget, så är det i första hand denna som parterna ser som en möjlig säkerhet. När I-Capitals finansieringsexperter analyserar TDA:s intellektuella resurser närmare står det emellertid snart klart att uttrycket "säkerhet i patentportföljen" är en förenkling som i själva verket döljer ett komplext nätverk av sammansatta resurser.

## **9.5 Technology Display AB:s resurser**

TDA har få materiella men desto fler intellektuella resurser. Av central betydelse för TDA:s verksamhet är som sagt den patentportfölj som syftar till att skydda företagets teknologi.

### **9.5.1 Patentportfölj**

Den kunskap som har genererats av den forskning som har bedrivits inom ramen för TDA har i huvudsak skyddats genom patent. Dessa patent bildar en portfölj som omfattar ett antal element som är centrala inte bara vid för själva P-OLED materialet samt relaterade elektroniska lösningar, verktyg och hjälpmedel utan också för delar av tillverkningsprocessen. TDA har också kontinuerligt patenterat centrala element i de tekniska förbättringar som har gjorts över tid. Patentportföljen omfattar alltså grundpatent såväl som förbättringspatent samt produktpatent såväl som metodpatent.

Patentportföljen är som sagt bred och ger tillsammans med TDA:s unika know-how företaget en stark ställning inom området för P-OLED produktion. Inget av patenten kan emellertid betecknas som ett äkta "keystone patent". Det vill säga ett patent av så pass grundläggande karaktär att det täcker all den teknologi som är nödvändig för att utnyttja den teknik som patentet avser att

---

Capital LLC (se <http://www.astrinacapital.com/pages/872803/index.htm>). Det närmaste ett renodlat IP-finansieringsbolag man i dagsläget kan komma är sannolikt Intellectual Ventures som förefaller ha gått oskadat genom finanskrisen. Intellectual Ventures ägnar sig enligt uppgift regelbundet åt kreditgivning mot säkerhet i immateriella rättigheter. Intellectual Ventures huvudsakliga verksamhet går dock ut på att köpa upp stora mängder patent och andra immateriella rättigheter i syfte att skapa så goda förutsättningar för en effektiv och inkomstbringande licensiering som möjligt. På den europeiska marknaden återfinns aktörer som de tyska bolagen Patev GmbH (se <http://www.patev.de/>) och IPB AG (se [http://www.ipb-ag.de/en\\_index.htm](http://www.ipb-ag.de/en_index.htm)). Båda dessa bolag uppgav tidigare att de ägnade sig åt att omvandla patent till kreditsäkerhet. Det gör de inte längre. Det finns också äldre, mer etablerade aktörer som har stor erfarenhet av den här typen av utlåning och som fortfarande regelbundet verkar genomföra denna typ av transaktioner. En sådan aktör är Silicon Valley Bank.

skydda. Trots att patentportföljen är bred och stark omfattar den alltså inte alla delar av de mer omfattande tekniska processer som tillsammans utgör P-OLED teknologin. Med i bilden finns alltså både opatenterad kunskap och information. Till viss del innehas denna kunskap av TDA:s anställda.

### **9.5.2 Anställdas kunskap**

För att effektivt kunna utnyttja P-OLED teknologin krävs tillgång till en mängd specialiserad kunskap. Kunskapen omfattar framförallt områden som materialutveckling, materialhantering, konstruktion och hantering av P-OLED relaterade verktyg samt produktionsmetoder. Denna kunskap finns hos TDA:s personal och har bäring på såväl patentskyddade som icke patentskyddade delar av teknologin samt vad som krävs för att realisera denna som en produkt. I huvudsak genomförs denna realisation genom licensiering och kunskapsöverföring. Ett centralt element i kunskapsöverföringen utgörs av det särskilda utbildningsprogram som utvecklats av TDA.

### **9.5.3 Program för vidareutveckling och överföring av kunskap**

TDA har ett omfattande program för vidareutveckling och överföring av kunskap. Syftet är att möjliggöra överföring av den kunskap som behövs för att TDA:s kunder skall kunna utnyttja P-OLED tekniken. Utbildningsprogrammen består av både teoretiska och praktiska delar och leds av personer som är anställda av TDA. Utbildningspaketet tillhandahålls i kombination med planering, material, produktionsutrustning, produktionsmetoder med mera. Denna paketlösning gör det möjligt för en kund att mycket snabbt komma igång med utnyttjandet av P-OLED teknologin. Även den kunskap som ligger till grund för genomförandet av den här typen av kunskapsöverföringar kan alltså antas utgöra en viktig del av företagets intellektuella resurser.

### **9.5.4 Kodifierad och icke-kodifierad kunskap**

En del av den kunskap som finns inom företaget har kodifierats och strukturerats (bland annat i form av tekniska specifikationer och andra typer av teknisk dokumentation), men en stor del av kunskapen är okodifierad och finns alltså endast i medvetandet (i en hel del fall dessutom endast oartikulerat) hos vissa av TDA:s anställda.

### **9.5.5 Kontraktuella relationer**

Utöver de för TDA:s existens helt centrala anställningsavtalen (som givetvis inkluderar konkurrens- och sekretessklausuler) med ovannämnda anställda,

finns det ett antal övriga kontraktuella relationer som är särskilt värdefulla för bolaget. Mot bakgrund av TDA:s affärsmodell, vilken som sagt till stor del bygger på specialanpassad kunskapsöverföring, är etablerade och väl fungerande relationer med mottagarna av kunskapen en förutsättning för en lönsam verksamhet. Dessa relationer regleras huvudsakligen i de licensavtal som TDA ingår med sina kunder.

Av stor betydelse för TDA är även de licensavtal där TDA intar en licenstagarposition. Några av dessa avtal utgörs av de forskningssamarbetsavtal som TDA har ingått med ett antal aktörer som är verksamma inom närliggande teknikområden. Samarbetsavtalen har många komponenter men de centrala delarna i dessa avtal går ut på olika typer av kunskapsutbyte. Det handlar i dessa fall alltså om så kallad korslicensiering. Det vill säga att TDA och motparten licensierar delar av sin teknologi till varandra. TDA:s teknologi är alltså delvis beroende av teknologi som är patenterad av andra aktörer, samtidigt som vissa av dessa andra aktörer är beroende av delar av TDA:s teknologi.

### 9.5.6 Övriga immateriella rättigheter

I TDA:s verksamhet har det med tiden arbetats upp ett antal olika immateriella rättigheter vid sidan av patentportföljen.

Bolagets firmanamn har registrerats som bolagets firma i enlighet med firmalagen. Firmanamnet Technology Display AB och dess akronym TDA har även registrerats som varumärke i enlighet med varumärkeslagen.<sup>326</sup>

TDA kan även antas inneha ett antal upphovsrätter. Huvudsakligen handlar det om att delar av TDA:s interna dokumentation, framförallt i de delar denna består av avancerade ritningar och tekniska specifikationer, kan antas omfattas av upphovsrätt.

### 9.5.7 Övriga intellektuella resurser

Utöver de ovannämnda resurserna har TDA en mängd övriga intellektuella resurser. Det handlar här om svårdefinierbara resurser som exempelvis organisationskultur och organisationsrutiner av olika slag; till exempel rutiner som ligger till grund för förmågan att snabbt anpassa verksamheten till förändring och nya förhållanden på marknaden.<sup>327</sup>

---

<sup>326</sup> Technology Display AB är visserligen en B2B-verksamhet. Varumärken är i sådana sammanhang vanligtvis inte lika betydelsefulla som i B2C-sammanhang. I Technology Display AB:s fall kan varumärket emellertid antas vara av ett visst värde även i förhållande till kommersiella motparter. Technology Display AB har snabbt blivit synonymt med den aktuella tekniken och har även fått ett visst rykte om sig att vara en pålitlig samarbetspartner. Dessutom vill Technology Display AB givetvis försöka få sitt varumärke att bli synonymt med P-OLED tekniken även i förhållande till konsumenterna. De licensavtal som Technology Display AB ingår med brukare av tekniken innehåller därför föreskrifter om att slutprodukter avsedda för konsumenter skall märkas med TDA-loggan.

<sup>327</sup> Se vidare avsnitt 10.6.

### 9.5.8 Sammanfattningsvis om Technology Display AB:s intellektuella resurser

Det är tydligt att TDA:s intellektuella resurser är svåra att separera från varandra ur värdeskapandesynpunkt. Resurserna är med andra ord kontextuellt beroende.

TDA:s kunder kan endast utnyttja den licensierade P-OLED teknologin effektivt med hjälp av kompletterande know-how som rör materialhantering, hantering av P-OLED relaterade verktyg samt produktionsmetoder. För att TDA skall kunna tillhandahålla P-OLED baserade tekniska lösningar, krävs det dessutom tillgång inte bara till ovan nämnda know-how (det vill säga den know-how som kunderna behöver för att kunna utnyttja tekniken) utan även till kunskap som har att göra med effektiv överföring av sådan know-how till kunderna. Dessutom spelar kunskap om sådant som utveckling av material och produktionsmetoder samt konstruktion av P-OLED relaterade verktyg en viktig roll i sammanhanget. I dessa delar är TDA även delvis beroende av inlicensierad teknik från andra teknologiföretag. Att TDA:s resurser i hög grad är kontextuellt beroende framgår också tydligt av att den produkt som TDA tillhandahåller utgörs av en tillståndsdelen (tillstånd att utnyttja den patentskyddade tekniken), en tjänstedel (kunskapsöverföring i form av utbildning, service och underhåll, optimerings- och utvecklingstjänster) och en mindre fysisk del (försäljning av P-OLED relaterad utrustning). Realisationen av detta produktpaket genomförs med ett antal olika medel. Centralt är det licensavtal som TDA tecknar med kunden. Licensavtalet kombineras vidare som sagt med ett utbildningspaket som syftar till att överföra tillräckligt med know-how för att kunden skall kunna utnyttja tekniken. Vanligtvis sker också leverans av viss tillverkningsutrustning och olika typer av verktyg.

Det är alltså denna sammansatta, kontextberoende och komplexa resursmassa som TDA och I-Capital önskar utnyttja som kreditsäkerhet. Ur ett praktiskt perspektiv krävs det att TDA och I-Capital skapar kontroll och överförbarhet. Detta kräver en paketeringsprocess som går ut på identifiering, strukturering och kodifiering av resurserna. I paketeringsprocessen ingår också att hantera de relationer som är av avgörande betydelse för utnyttjandet av teknologin. Exakt hur en paketeringsprocess av detta slag skulle kunna gå till faller utanför denna undersöknings ramar. Syftet är endast att analysera vad som i princip kan antas krävas för att möjliggöra utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. I följande avsnitt skall vi därför titta närmare på hur en paketering av TDA:s resurser i stora drag skulle kunna gå till. I detta sammanhang kommer även värderingsfrågan att beröras kortfattat. Värderingsproblematiken är av central betydelse i finansieringssammanhang. Av särskilt intresse är också att denna problematik ytterligare visar på hur intellektuella resurser vanligtvis är kontextberoende. Det finns helt enkelt ingen enskild "rätt" värderingsmetod för intellektuella resurser. Värdet beror på

sammanhanget. I finansieringssammanhang är den avgörande frågan vad en eventuell köpare av resursen kan antas vara beredd att betala i samband med en eventuell realisation.

Låt oss nu titta närmare på hur en paketering och värdering av TDA:s resurser i stora drag skulle kunna se ut.

## **9.6 Paketering och värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser**

Syftet med detta avsnitt är att ge en översiktlig bild av hur en effektiv paketering av TDA:s resurser skulle kunna genomföras. Paketeringsprocessen kan sammanfattningsvis och förenklat beskrivas som bestående av tre centrala delar: Identifiering, strukturering och kodifiering – allt i syfte att skapa kontroll och överförbarhet.<sup>328</sup>

### **9.6.1 Technology Display AB:s intellektuella resurser som föremål för paketering**

I den inledande fasen handlar det alltså om att identifiera och strukturera de centrala värdeskapande elementen i TDA:s resursmassa. I TDA:s fall räcker det inte med att identifiera de centrala elementen i P-OLED teknologin som sådan. Det är också nödvändigt att identifiera de övriga resurselement som möjliggör ett effektivt kommersiellt utnyttjande av teknologin.

För att identifiera och strukturera TDA:s intellektuella resurser tar TDA och I-Capital sin utgångspunkt i resursernas "hårda kärna", det vill säga de immateriella rättigheterna.

#### **9.6.1.1 Den "hårda kärnan" av intellektuella resurser: immateriella rättigheter**

Inledningsvis försöker I-Capital identifiera de registrerade och registreringsbara immateriella rättigheter som kan antas vara av central betydelse för utnyttjandet av P-OLED teknologin. I detta avseende är som sagt patentportföljen med P-OLED patenten den allra mest betydelsefulla komponenten. Bland de "hårda" intellektuella resurserna återfinns också de registrerade varumärkena P-OLED, Technology Display AB och TDA. Vidare identifieras ett antal P-OLED relaterade patentansökningar och uppfinnarrätter som potentiellt värdefulla intellektuella resurser.

Efter att ha identifierat den hårda kärnan av registrerade och registreringsbara immateriella rättigheter går I-Capital vidare och tittar närmare på den

---

<sup>328</sup> Att den här typen av identifierings-, strukturerings- och kodifieringsprocesser har varit något av ett bärande tema i de senaste årens IP/IC managementutveckling diskuteras nedan, se avsnitt 11.2.4.

eventuella förekomsten av icke-registreringsbara immateriella rättigheter. I-Capital bedömer här att det framförallt handlar om upphovsrätter som eventuellt omfattar delar av TDA:s interna dokumentation (i form av bland annat PM, manualer, instruktioner, ritningar och policydokument) av know-how, teknisk information och testresultat.<sup>329</sup> Samtliga immateriella rättigheter dokumenteras i pantsättningsavtalet.

Eftersom en intellektuell resurs som P-OLED teknologin, inte är en statisk och oföränderlig resurs, utan en resurs som ständigt är i förändring och utveckling, så ser I-Capital till att också försöka inkludera alla framtida P-OLED relaterade immateriella rättigheter i resurspaketet. Detta görs genom att avtala om pantsättning även av sådana framtida immateriella rättigheter.

Från de immateriella rättigheterna går nu uppmärksamheten över till den know-how, särskilda kunskap och information med mera som är nödvändig för det effektiva utnyttjandet av P-OLED tekniken. I förhållande till immateriella rättigheter är detta typiskt sett mer svåridentifierbara och svårhanterliga resurselement.

#### **9.6.1.2 Know-how, information med mera**

Flera olika typer av know-how identifieras som centrala resurselement för utnyttjandet av P-OLED tekniken. Det handlar framförallt om know-how som rör materialutveckling, materialhantering, konstruktion och hantering av P-OLED relaterade verktyg samt produktionsmetoder. Även kapaciteten att överföra delar av denna kunskap (till licenstagare och andra kunder) bedöms vara av central betydelse. Ett viktigt element för denna kunskapsöverföring utgörs av det särskilda utbildningsprogram som har utvecklats av TDA. Även om delar av denna know-how omfattas av vissa av de immateriella rättigheter som beskrivits ovan, så är stora delar sannolikt inte immaterialrättsligt skyddad.

Hantering av know-how med mera är en betydligt större utmaning för I-Capital än hanteringen av immateriella rättigheter. Det räcker som sagt inte med att identifiera central know-how och andra kunskaps- och informationselement. Dessa resurselement måste också struktureras och kodifieras på ett sätt som möjliggör överföring. Kodifieringsmekanismen måste också möjliggöra kontinuerlig uppdatering i takt med att teknologin utvecklas.

En del av dessa resurselement är i och för sig redan strukturerade och kodifierade. Bland annat som tekniska specifikationer och andra typer av teknisk dokumentation. Huvuddelen är dock ostrukturerad och okodifierad och finns därmed till stor del endast i huvudet på TDA:s anställda. I-Capital måste därför tillsammans med TDA bygga upp en strukturerad kunskapsbank. Denna kunskapsbank måste som sagt också kunna uppdateras kontinuerligt. I-Capital måste även kunna ta kontroll över kunskapsbanken vid TDA:s konkurs.

---

<sup>329</sup> Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007, s. 12 framhåller betydelsen av den här typen av (ofta förbisedda) resurselement i samband med lånefinansiering baserad på intellektuella resurser.



Kunskapsbanken måste dessutom vara möjlig att överföra till en köpare av resurspaketet.

För att möjliggöra uppdatering, kontroll och överföring ser I-Capital till att de ovan nämnda strukturerade och kodifierade resurselementen lagras på en server.<sup>330</sup> Rutiner för uppdatering utarbetas tillsammans med TDA. Den här typen av kodifiering kan också, kombinerad med en väl anpassad mjukvara, underlätta den kontinuerliga uppdatering som kommer att krävas.

Var denna server skall vara belägen och vilka som skall ha tillgång till innehållet är centrala frågor i detta sammanhang. För I-Capital kan en uteslutande kontroll över servern och dess innehåll framstå som önskvärd. Exklusiv tillgång till de kodifierade resurserna kan nämligen underlätta hanteringen av resurserna vid TDA:s eventuella konkurs.<sup>331</sup>

Kontroll över serverna och deras innehåll är dock knappast tillräckligt för att uppnå en effektiv paketering. Även om centrala delar av personalens know-how och övriga P-OLED relaterade kunskap har kodifierats har de anställda fortfarande tillgång till sin know-how och sin kunskap. Det finns alltså en risk att TDA:s anställda startar konkurrerande verksamhet eller sprider känslig information till konkurrenter. Detta kan minska resurspaketets värde som säkerhet. För att motverka denna risk måste TDA och I-Capital se till att personalen är bundna av sekretess- och konkurrensklausuler. Möjligtvis kan det också finnas anledning att så långt som möjligt försöka se till att det åtminstone finns en möjlighet att få med sig åtminstone vissa nyckelpersoner bland de anställda till en eventuell köpare av resurspaketet.<sup>332</sup>

Efter att ha hanterat de resurselement som utgörs av know-how med mera vänder TDA och I-Capital nu uppmärksamheten mot i sammanhanget ännu mer

---

<sup>330</sup> Jfr det första exemplet i kapitel 8 där säljarbolaget hade identifierat, strukturerat och lagrat stora delar av de kompletterande resurselement som var nödvändiga för det effektiva utnyttjandet av teknologin.

<sup>331</sup> Det är också möjligt att placera serverna i förvar hos en tredje part. Detta kan vara lämpligt när informationen är av särskilt känslig karaktär. Om kredittagaren inte själv skapar kopior av informationen som går till serverna hos tredje part kan man i ett sådant här fall faktiskt lösa en del av creditsäkerhetsproblematiken redan inom ramen för de redan etablerade krediträttsliga föreställningarna. Informationen finns nedlagd i ett fysiskt föremål (servern) som befinner sig hos tredje man. Förutsatt att tredje man har en skyldighet att lämna ut informationen till kreditgivaren på villkor som inte är kopplade till just kredittagarens konkurs – för då hamnar vi i föreställningar om att konkursklausuler är ogiltiga eftersom de ensidigt riktar sig mot konkursboets borgenärer och fordringsägare – utan till mer neutrala ekonomiska omständigheter (till exempel vissa nyckeltal), så löser vi en del av creditsäkerhetsproblematiken. Det kommer inte vara möjligt för konkursförvaltaren att förfoga över de strukturerade och kodifierade resurselementen eftersom förvaltaren inte kommer att ha tillgång till dessa... Svårigheter skulle kunna uppkomma när gäldenären har kopior av den kodifierade informationen – vilket gäldenären givetvis borde vilja ha eftersom den här typen av strukturerad och kodifierad kunskap och information kan utgöra ett mycket värdefullt verktyg för praktiskt taget alla delar av ett företags verksamhet – eller när serverna är placerade hos gäldenären. Det kan ju dock vara möjligt att konstruera ett system som ger kredittagaren tillgång till de kodifierade intellektuella resurserna direkt från serverna hos tredje man. Vid kredittagarens konkurs kan sedan tillgången klippas av.

<sup>332</sup> Se vidare kapitel 20.

svårhanterliga resurser: De kontraktuella relationer av olika slag som är av stor betydelse för utnyttjandet av P-OLED teknologin.

### 9.6.1.3 Pantsättarens kontraktuella relationer

Utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är typiskt sett särskilt problematiskt när det effektiva utnyttjandet av exempelvis en teknologi är beroende av kontraktuella relationer. Ett sådant beroende kan nämligen i hög grad försvåra konstruktionen av ett överförbart resurspaket. Det går nämligen i dessa sammanhang knappast att räkna med att utan vidare kunna överföra en kontraktuell relation.

Ur ett praktiskt perspektiv är det inte säkert att TDA:s tidigare avtalsparter vill eller kan samarbeta med en köpare av resurspaketet. Hindren i vägen för samarbete med en köpare kan i ett sådant här fall vara många. Det kan till exempel handla om att köparen befinner sig i ett sådant konkurrensförhållande till en avtalspart att ett samarbete är uteslutet av affärsmässiga skäl. Det kan exempelvis också handla om att förvärvaren inte upplevs som tillräckligt kompetent.

Ur ett juridiskt perspektiv finns det en djupt rotad föreställning om att en position som part i ett ömsesidigt avtal inte skall kunna överföras utan motpartens samtycke. I varje fall inte i de delar som avtalet inte innebär rena, opersonliga förpliktelser för motparten.<sup>333</sup>

Både praktiska och mer formella juridiska skäl medför därför att det kan bli nödvändigt för TDA och I-Capital att förhandla fram ett samtycke till överföring med TDA:s motparter. Även om detta är att föredra är det inte säkert att ett sådant samtycke är praktiskt möjligt att förhandla fram i förväg. I det fall relationerna i fråga är av stor betydelse för utnyttjandet av en intellektuell resurs är det i så fall tveksamt om det intellektuella resurspaketet bör användas som kreditsäkerhet. I TDA:s fall handlar det framförallt om ett antal relationer med licenstagare respektive licensgivare samt relationer med anställda som framstår som så betydelsefulla att de motiverar särskilda insatser.

### 9.6.1.4 Licensavtal där Technology Display AB är licensgivare

I-Capital vill självfallet hålla fast vid de redan lönsamma licensavtal som TDA har ingått med diverse utnyttjare av P-OLED tekniken. Detta är kanske den minst problematiska relationstypen att hantera i sammanhanget. Licenstagarna har i de flesta fall ett intresse av att fortsätta utnyttja P-OLED tekniken. Förutsatt att licenstagarna uppfattar förvärvaren som kompetent nog att utföra de förpliktelser som licensgivaren har enligt avtalet bör det därför finnas möjligheter att få licenstagarna att gå med på överföringen. Misslyckas TDA och

---

<sup>333</sup> Se vidare avsnitt 15.3.

I-Capital med att få ett sådant medgivande kan det leda till att överföringen inte kan genomföras eller till att licenstagare "förloras" på grund av att avtalen sägs upp eller liknande.<sup>334</sup> För att i så hög utsträckning som möjligt försöka underlätta en eventuell framtida överföring av resurspaketet undersöker TDA och I-Capital licenstagarnas inställning till ett eventuellt byte av motpart. De krav som licenstagarna kan komma att ge uttryck för i detta sammanhang kan dessutom komma att underlätta den undersökning av potentiella köpare av resurspaketet som I-Capital måste göra i samband med värderingen av resurspaketet.<sup>335</sup>

#### **9.6.1.5 Licensavtal där Technology Display AB är licenstagare**

I-Capital vill självfallet också överföra de (visserligen få – men betydelsefulla) relationer där TDA är licenstagare. I detta fall är behovet av samtycke ännu mer uppenbart eftersom det handlar om en mer renodlad "gäldenärposition" för TDA. I 43 § patentlagen stadgas dessutom ett uttryckligt förbud mot överlåtelse av licenstagarpositionen utan licensgivarens samtycke.<sup>336</sup> Även i detta fall kan det emellertid antas att det finns vissa möjligheter att få ett samtycke till överföring av avtalet.<sup>337</sup> Även i detta fall bör TDA och I-Capital undersöka licensgivarnas inställning till ett eventuellt byte av motpart.

#### **9.6.1.6 Licensavtal där Technology Display AB är både licenstagare och licensgivare**

Inom ramen för de forskningsinriktade korslicensieringsavtal som TDA har ingått med aktörer på närliggande teknikområden är TDA både licensgivare och licenstagare i förhållande till var och en av motparterna. I dessa fall uppkommer i stort sett samma typ av problematik som beskrivits ovan. Inte heller i detta fall kan TDA:s motparter antas vara beredda att acceptera vilken aktör som helst som ny motpart.

#### **9.6.1.7 Anställda**

I-Capital har identifierat ett antal personer anställda av TDA som är av stor betydelse för det effektiva utnyttjandet av P-OLED teknologin. I den mån det är

---

<sup>334</sup> Detta leder till frågan huruvida det finns anledning att i dessa sammanhang införa mer långtgående möjligheter att överföra relationer utan motpartens samtycke. Att införa en sådan möjlighet är som sagt sannolikt mindre lämpligt. Denna fråga behandlas i del 4 av denna undersökning.

<sup>335</sup> Se avsnitt 9.6.2.

<sup>336</sup> Se vidare avsnitt 17.2.1.

<sup>337</sup> Skulle så inte vara fallet, för att vissa licensgivare motsätter sig en relation med förvärvaren av resurspaketet, uppkommer även i detta fall frågan om det bör införas en möjlighet att överföra relationen utan samtycke. Se som sagt vidare kapitel 20.

möjligt vill I-Capital försäkra sig om att dessa anställda följer med till en köpare av resurspaketet.

Ett första steg är att I-Capital helt enkelt undersöker om de anställda i fråga är villiga att följa med till en eventuell förvärvare av resurspaketet.

I-Capital kan också försöka att uttryckligen avtala med de anställda om att de skall följa med till en eventuell förvärvare av resurspaketet. Det kan här handla om en eller flera av I-Capital på förhand identifierade potentiella förvärvare. Det kan också handla om förvärvare som uppfyller vissa på förhand uppställda kriterier. Men det kan också handla om ett avtal som omfattar en icke identifierad eller på förhand beskriven typ av förvärvare. Det är i dessa fall alltså fråga om avtal om framtida anställning.

### **9.6.1.8 Kodifiering av resurspaketet i sin helhet**

Efter det att samtliga resurselement har identifierats, strukturerats och kodifierats var för sig kodifierar TDA och I-Capital resurspaketet i sin helhet. Det handlar här helt enkelt om att i text och modeller beskriva hur de olika resurselementen samspelar i samband med utnyttjandet av P-OLED teknologin som helhet.

Paketeringsprocessen måste som sagt ackompanjeras av en värdering av resurserna.

### **9.6.2 Värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser**

För att TDA:s intellektuella resurser skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet måste de först värderas. Som en seriös kreditgivare kommer I-Capital inte att acceptera resurserna i fråga som säkerhet om det inte står klart att resurserna har ett tillräckligt stort värde. Huvudfrågan i detta avsnitt är om och i så fall hur detta värde kan beräknas.

Denna analys av värderingsproblematiken kommer att inriktas på att tydliggöra de större dragen i en värdering av det slag som blir aktuell i samband med en finansieringstransaktion som den mellan TDA och I-Capital. Vilka är de typiska svårigheterna i ett sammanhang av detta slag? Vilket eller vilka tillvägagångssätt är typiskt sett lämpliga och vilka är typiskt sett mindre lämpliga? Att analysen av värderingsproblematiken begränsas till den här typen av mer principiella frågor beror dels på att denna avhandlings huvudtema inte är värdering av intellektuella resurser samt att många av de detaljuppgifter som är nödvändiga för att uppskatta värdet saknas. Att mer i detalj gå in på värderingsfrågor skulle därmed föra för långt. Att överhuvudtaget inte beröra

värderingsproblematiken hade dock inneburit att betydelsefulla praktiska och teoretiska aspekter av kreditsäkerhetstemat skulle ha uteslutits.<sup>338</sup>

Hur skall då TDA och I-Capital gå till väga för att värdera TDA:s intellektuella resurser? Ett första nödvändigt steg för en rimlig värdering är nog att inse att värdering av intellektuella resurser är ett notoriskt osäkert område.

### 9.6.2.1 Värdering av intellektuella resurser – ett notoriskt osäkert område

Första steget mot en lyckad kreditsäkerhetstransaktion är att kunna visa att de intellektuella resurserna har ett värde som kreditsäkerhet. I detta avseende finns det inga garantier. Värdering av intellektuella resurser är ett område präglad av en till synes notorisk osäkerhet. Det framhålls ofta att det i grunden är de intellektuella resursernas kontextuella karaktär – det vill säga svårigheterna att avgränsa dem från sitt sammanhang och förstå deras specifika värdeskapande karaktär – som medför att det i allmänhet är så problematiskt att värdera dessa resurser.<sup>339</sup>

---

<sup>338</sup> Jfr exempelvis UNCITRAL 2008, s. 15 där det framhålls att värderingsfrågan inte helt kan skiljas från säkerhetsproblematiken ens i en teoretisk framställning: "A practical question applicable to all ten examples is how the borrower can ensure that it receives an accurate appraisal of the value of its intellectual property, thereby maximizing the amount of credit available to it based on the intellectual property. Secured transactions law cannot answer this question. However, insofar as it affects the use of intellectual property as security for credit, some of the complexities involved in valuing intellectual property need to be understood and addressed."

<sup>339</sup> Petrusson menar att en avgörande orsak till de svårigheter som uppträder i samband med värdering av immateriella resurser är kombinationen av det faktum att immateriella resurser inte har någon självständig existens samtidigt som traditionell värderingsmetodologi utgår från att det existerar ett objekt som det är möjligt att avgöra värdet på genom att bedöma efterfrågan. (Se Petrusson 2004, s. 50.) Eftersom det sällan är möjligt att särskilja en viss immateriell resurs från resten av verksamheten måste den som i nuläget vill värdera en immateriell resurs oftast skaffa sig kunskap om den aktuella verksamheten och den kontext som denna är aktiv inom: "...if one is to understand the value of intellectual property one has to understand the business relations and the actions taking place". (Se Petrusson 2004, s. 50, som för övrigt också, se a.a., s. 51, framhåller att "[...] all models have problems with the relationship and interaction of different phenomena, such as technology, invention, patentable invention, patent, trade secret, innovation, know-how, design, utility, feature, etc.[n] The problem is to identify the different phenomena and decide what is really valuable? [...] What we can conclude is that the models developed thus far do not capture the cognitive complexity. Still, the best way to evaluate IPRs and intellectual property is to actively partake in the cognitive and structural complexity".) Även Parr & Smith framhåller att värderingen av immateriella resurser typiskt sett är särskilt kontextberoende: "The more a property is designed, constructed or suited for a special purpose, the more difference there will be in value measured by different premises. This is especially true of intangible assets and intellectual property, which usually have a very special purpose and which often have their highest value only within the business enterprise of which they are part". Sse Parr & Smith 2000, s. 154.) Se vidare på samma tema till exempel King 2004; Flignor & Orozco 2006; Contractor 2001, s. 8-9. Parr & Smith framhåller för övrigt även värderingsverksamhetens generellt sett kontextuella karaktär: "A valuation cannot proceed without a definitive premise of value. One cannot, for example, develop a meaningful answer to the question 'What is my car worth?' because additional information is necessary. Value does not exist in the abstract and must be addressed within the context of time, place, potential owners, and potential uses. If my

Den osäkerhet som dessa definitions- och avgränsningsproblem skapar är också den främsta anledningen till att intellektuella resurser så sällan tas upp som tillgångar i företagens balansräkningar. De nya redovisningsstandarder för immateriella tillgångar som har arbetats fram under senare tid kommer knappast att leda till några nämnvärda förändringar i detta avseende.

### 9.6.2.2 Värdering av intellektuella resurser enligt redovisningsstandard

Frågan om hur intellektuella resurser, eller (på redovisningsspråk) immateriella tillgångar, skall redovisas är omdiskuterad och komplex. Till komplexiteten bidrar de stora förändringar som har skett på redovisningsområdet de senaste åren. Förändringarna är ett led i omfattande harmoniseringssträvanden på global nivå. I princip har vi, sedan den så kallade IAS-förordningen trädde i kraft den 1 januari 2005, fått ett tudelat redovisningssystem.<sup>340</sup> Börsnoterade företag redovisar enligt IFRS (International Financial Reporting Standards), som ges ut av IASB (International Accounting Standards Board). Börsnoterade företag beaktar även uttalanden från IFRIC (International Financial Reporting Interpretations Committee). Icke-börsnoterade företag redovisar enligt årsredovisningslagen och god redovisningssed (som uttrycks i bland annat Bokföringsnämndens allmänna råd samt i Redovisningsrådets rekommendationer).<sup>341</sup>

Redovisning av immateriella tillgångar behandlas alltså i ett ganska stort antal redovisningsrättsliga källor; bland annat IAS 38 *Intangible Assets*, IAS 36 *Impairment of Assets*, IFRS 3 *Business Combinations*, 4 kap. 2 § årsredovisningslagen, RR 15 samt BFNAR 2008:1.

Enligt 4 kap. 2 § årsredovisningslagen får utgifter för forsknings- och utvecklingsarbeten och liknande arbeten, som är av väsentligt värde för rörelsen under kommande år, tas upp som immateriell anläggningstillgång. Även utgifter för koncessioner, patent, licenser, varumärken, hyresrätter och liknande rättigheter och tillgångar samt ersättning som vid förvärv av rörelse överstiger det behållna värdet av de tillgångar som förvärvats och de skulder som övertagits (goodwill) får tas upp som tillgång om de bedöms vara av väsentligt värde för rörelsen under kommande år.<sup>342</sup>

---

car's value 'is in the eye of the beholder', we need to know who the beholder is". (Se Parr & Smith 2000, s. 152-153.)

<sup>340</sup> Se till exempel Thomasson, Arvidsson, Lindquist, Larson & Rohlin 2006, s. 107-108.

<sup>341</sup> I realiteten är situationen betydligt mer komplicerad än så här, se Norberg & Thorell 2007, s. 30-32. Redovisningsrådet lades ned den 1 april 2007 (och ersattes med Rådet för finansiell rapportering). Redovisningsrådets rekommendationer fortsätter dock under en övergångstid att vara tillämpliga. Se <http://www.bfn.se/redovisning/RADET/radet.aspx>.

<sup>342</sup> Immateriella anläggningstillgångar skall sedan, enligt 4 kapitlet 6 § årsredovisningslagen, som huvudregel skrivas av på högst fem år. Om det kan visas att den immateriella tillgången kommer att vara av värde för rörelsen under längre tid än fem år får tillgången emellertid skrivas av på längre tid.

Årsredovisningslagen som sådan synes alltså vara förhållandevis tillåtande vad gäller aktivering av kostnader för forskning och utveckling och vissa andra intellektuella resurser. Det enda krav som ställs är att kostnaderna kan antas vara av väsentligt värde för rörelsen under kommande år. Möjligheterna att utnyttja årsredovisningslagens aktiveringsmöjligheter anses dock vara begränsade av god redovisningssed så som den framträder i kompletterande normgivning.

För internt upparbetade immateriella tillgångar innehåller IAS 38 två huvudsakliga begränsningar.<sup>343</sup> För det första framhålls det i artikel 10 och 18 att den allmänna definitionen på tillgång måste vara uppfylld. Resursen i fråga måste alltså vara möjlig att identifiera, kontrollera samt kunna antas generera framtida ekonomiska fördelar. I praktiken är det mycket vanligt att intellektuella resurser faller på kontrollkriteriet. Det är helt enkelt ofta svårt för innehavarna av den här typen av resurser att visa på en tillräckligt hög grad av kontroll över resurserna. För det andra skiljer IAS 38 mellan forskningsfas och utvecklingsfas och förbjuder redovisning av immateriella tillgångar som har upparbetats under forskningsfasen som tillgångar i balansräkningen.<sup>344</sup> Enligt IAS 38 skall kostnader för forskning alltså alltid kostnadsföras när de uppkommer.

Det är först när en immateriell tillgång uppstår inom ramen för det som kan definieras som en utvecklingsfas som tillgången möjligtvis skall tas upp i balansräkningen.<sup>345</sup> Förutsättningen för detta är, enligt IAS 38 artikel 57, att vissa ytterligare kriterier är uppfyllda.<sup>346</sup> Sammanfattningsvis måste innehavaren av resursen visa på både en avsikt och en förmåga att färdigställa resursen för användning och/eller försäljning. Innehavaren måste också kunna visa hur den immateriella tillgången kommer att generera troliga ekonomiska fördelar.<sup>347</sup> Därutöver måste även kostnaderna för utvecklingen av resursen kunna beräknas på ett tillförlitligt sätt.

---

<sup>343</sup> Immateriella tillgångar som har förvärvats separat kan enligt IAS 38 artikel 25 vanligtvis tas upp som tillgångar i balansräkningen. Detsamma gäller enligt IAS 38 artikel 33 immateriella tillgångar som har förvärvats som del av ett rörelseförvärv.

<sup>344</sup> Se IAS 38 artikel 54. Som exempel på forskning anger IAS 38 artikel 56 bland annat (i) verksamhet som syftar till att få fram ny kunskap, (ii) sökandet efter, utvärderingen av och det slutliga urvalet av tillämpningar av forskningsresultat eller annan kunskap, (iii) sökandet efter alternativa material, enheter, produkter, processer och (iv) formuleringen, utformningen, utvärderingen och det slutliga urvalet av möjliga alternativ avseende nya eller förbättrade material, enheter, produkter, processer med mera.

<sup>345</sup> Som exempel på utvecklingsverksamhet anges i IAS 38 artikel 59 bland annat (i) utformningen, konstruktionen samt provningen av prototyper och modeller, (ii) formgivningen av verktyg, jigger, gjutformar, och stansar enligt ny teknik, (iii) formgivningen, uppförandet och driften av en pilotanläggning och (iv) utformningen, konstruktionen och provningen av ett valt alternativ för nya eller förbättrade material, enheter, produkter med mera.

<sup>346</sup> Vissa typer av internt upparbetade immateriella tillgångar – varumärken, utgivningsrätter för tidningar och publikationer, kundregister och liknande – undantas emellertid och skall aldrig tas upp som tillgångar i balansräkningen (se IAS 38 artikel 63). Utgifterna för utveckling av den här typen av tillgångar anses nämligen inte kunna särskiljas från utgifterna för att utveckla företagets hela affärsverksamhet (se IAS 38 artikel 64).

<sup>347</sup> Detta krav bör väl rimligtvis tolkas som ett krav på en mer detaljerad redogörelse för resursens värdeskapande potential. Kravet på att visa att resursen kan antas generera framtida

Även i andra redovisningsrättsliga källor som RR 15 och BFNAR 2008:1 begränsas möjligheterna att redovisa internt upparbetade immateriella tillgångar som tillgångar i balansräkningen.<sup>348</sup> RR 15 innehåller samma typ av begränsningsregler som IAS 38.<sup>349</sup> I forskningsfasen skall inga egenupparbetade immateriella tillgångar tas upp i balansräkningen (se RR 15 p. 42). I utvecklingsfasen skall immateriella tillgångar redovisas som tillgångar i balansräkningen, förutsatt att vissa kriterier är uppfyllda (se RR 15, p. 45). I BFNAR 2008:1 punkt 10.2 sägs det uttryckligen att egenupparbetade immateriella anläggningstillgångar inte får redovisas som tillgång "trots att 4 kap. 2 § årsredovisningslagen ger viss möjlighet till det". Utgifter som kan hänföras till egenupparbetade immateriella anläggningstillgångar skall istället kostnadsföras.

Värt att notera är att de managementinsatser som TDA har gjort bör öka möjligheterna att med framgång hävda att de redovisningsrättsliga tillgångskriterierna är uppfyllda. Managementåtgärderna har syftat just till att identifiera, skapa kontroll och förstå hur olika resurselement bidrar till skapandet av värde. TDA borde också kunna visa att de åtminstone i vissa avseenden har nått utvecklingsstadiet. I varje fall en del av TDA:s intellektuella resurser borde därför kunna tas upp som tillgångar i TDA:s balansräkning. Det är dock som sagt den nedlagda kostnaden som avgör tillgångens värde i balansräkningen. Som vi kommer att se innebär detta att potentiella köpare av P-OLED resursen inte kan förlita sig på det värde som eventuellt anges i balansräkningen. Värderingen kompliceras ytterligare av att det inte heller finns någon annan särskild värderingsmetod som är accepterad som standardmetod för värdering av intellektuella resurser.

### **9.6.2.3 Ingen värderingsmetod för intellektuella resurser är accepterad som standardmetod**

Det finns alltså ingen specifik värderingsmetod för intellektuella resurser som har någon mer allmän acceptans som *den* vedertagna metoden för värdering av intellektuella resurser.<sup>350</sup>

Detta innebär inte att det skulle saknas specifika värderingsmetoder. Det finns en stor mängd mer eller mindre esoteriska metoder för värdering av intellektuella resurser ute på marknaden. Ofta brukar dessa delas in i kostnads-, inkomst- respektive marknadsinriktade metoder.<sup>351</sup> Ibland

---

ekonomiska fördelar ingår ju redan som en komponent i det redovisningsrättsliga tillgångsbegreppet. I IAS 38 artikel 60 anges det att de framtida ekonomiska fördelarna skall beräknas i enlighet med IAS 36 *Nedskrivningar*.

<sup>348</sup> BFNAR 2008:1 får endast tillämpas av mindre aktiebolag (se BFNAR 2008:1, 1.1).

<sup>349</sup> RR 15 överensstämmer i stort sett med IAS 38 (se RR 15, p. 107).

<sup>350</sup> Se till exempel Parr & Smith 2000, s. 163ff; King 2004; King 2003, s. 149-150; Flignor & Orozco 2006.

<sup>351</sup> Indelningen i kostnads-, inkomst- respektive marknadscentrerade värderingsmetoder är mycket vanlig i framställningar om värdering av immateriella tillgångar (Se till exempel Parr & Smith 2000, s. 163ff; King 2004; King 2003, s. 149-150; Petrusson 2004, s. 48.)



beskrivs optionsbaserade värderingsmetoder som en fjärde, från de övriga tre fristående, kategori.<sup>352</sup>

Det är alltså knappast möjligt att "med hjälp av rätt metod" komma fram till de intellektuella resursernas "rätta" eller "verkliga" värde. Istället handlar det om att utnyttja den eller de metoder som kan antas vara mest lämpliga för den specifika värderingssituation som det är fråga om.

För I-Capital och TDA innebär detta att utgångspunkt måste tas i den specifika situation som de befinner sig i som kreditgivare och kredittagare. I denna specifika situation är den avgörande faktorn realisationsmöjligheterna vid TDA:s konkurs.

#### **9.6.2.4 Förutsättningarna för att värdera intellektuella resurser i samband med finansiering - att bedöma realisationsmöjligheterna**

Det en kreditgivare som I-Capital i värderingshänseende behöver göra är i första hand att försäkra sig om att det vid en eventuell utmätning eller konkurs finns en tillräckligt hög sannolikhet att resursen i fråga kommer att kunna realiseras för ett visst belopp.<sup>353</sup>

Exakt hur stor denna sannolikhet måste vara beror helt på omständigheterna i det enskilda fallet. En riskbenägen kreditgivare kan självfallet, förutsatt att räntan är tillräckligt hög, acceptera en låg sannolikhet.

För att kunna göra denna bedömning krävs antagligen i de flesta fall att kreditgivaren har eller införskaffar en ingående kunskap om såväl resursen i fråga som den bransch och marknad som gäldenären är verksam på. Det handlar helt enkelt om att identifiera potentiella köpare och försöka avgöra vad dessa är beredda att betala. I denna process – i synnerhet om det blir fråga om att beräkna vad en potentiell köpare kan tänkas vara beredd att betala för resursen i fråga – kan det dock finnas anledning för kreditgivaren att utnyttja olika specifika värderingsmetoder.

Eftersom I-Capital är särskilt inriktat på utnyttjande av intellektuella resurser i samband med finansiering är den här typen av bedömningar något som I-Capital har goda förutsättningar att göra. I de fall där det inte är fråga om en specialiserad långgivare av detta slag faller denna börda sannolikt i första hand på gäldenären. Det kommer i den här typen av fall sannolikt att vara i första hand den som ber om en kredit i utbyte mot säkerhet i en intellektuell resurs som

---

<sup>352</sup> Se till exempel Flignor & Orozco 2006. I Damodaran 2002, s. 11 görs en grundläggande indelning i "discounted cash flow valuation" (alltså inkomstnriktad värdering), "relative valuation" (alltså marknadsinriktad värdering) och "contingent claim valuation" (det vill säga optionsbaserad värdering). För en beskrivning av ett antal olika specifika värderingsmetoder inriktade framförallt på immateriella rättigheter, se Hagelin 2003.

<sup>353</sup> Vid den *kreditbedömning* som måste ackompanjera värderingen av resursen som sådan bör en mängd andra faktorer beaktas. I grunden handlar det om att bedöma risken för att gäldenären kommer att hamna i betalningssvårigheter.

måste övertyga kreditgivaren om att det finns potentiella köpare som vid en eventuell realisation skulle vara beredda att betala ett tillräckligt stort belopp. I varje fall måste chanserna att få en kredit antas öka för den gäldenär som kan visa detta. För I-Capital är det emellertid förhållandevis lätt att bedöma att TDA:s intellektuella resurser skulle kunna realiseras för ett belopp som gott och väl motsvarar krediten. Det finns gott om potentiella köpare av P-OLED teknologin.

### **9.6.3 Sammanfattningsvis om paketering och värdering av Technology Display AB:s intellektuella resurser**

För att uppnå en effektiv paketering måste I-Capital identifiera, strukturera och kodifiera TDA:s intellektuella resurser. Förutom att möjliggöra ett effektivt utnyttjande av TDA:s intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan resultatet av en sådan process gynna TDA:s verksamhet och utveckling i allmänhet. Den ökade förståelse och kontroll över bolagets intellektuella resurser som paketeringsprocessen leder till kan till exempel användas för att underlätta företagsstrategiska beslut av olika slag, gynna forskningen och utvecklingen inom företaget samt göra företaget mindre beroende av vissa nyckelpersoner och därmed mindre sårbart.

I-Capital inleder paketeringsprocessen med att studera TDA:s immateriella rättigheter. Patentportföljen identifieras som resurspaketets "hårda kärna" av registrerade immateriella rättigheter. Vidare identifieras två registrerade varumärken som bedöms vara betydelsefulla som en del av ett P-OLED/TDA "brand".

I kategorin icke-registreringsbara immateriella rättigheter identifierar I-Capital ett antal möjliga upphovsrätter som eventuellt omfattar delar av TDA:s interna dokumentation (i form av bland annat PM, manualer, instruktioner, ritningar och policydokument) av know-how, teknisk information och testresultat.

Därutöver identifieras också ett antal potentiella registreringsbara immateriella rättigheter, närmare bestämt patentansökningar och uppfinnar-rätter, som sannolikt betydelsefulla för ett framtida utnyttjande av teknologin. Det anses också vara viktigt att inkludera samtliga framtida P-OLED relaterade immateriella rättigheter i resurspaketet.

Samtliga identifierade immateriella rättigheter och potentiella immateriella rättigheter dokumenteras i pantsättningsavtalet med bilagor som också tjänar som sammanfattande beskrivning av resurspaketet. Det anges också att även framtida P-OLED relaterade immateriella rättigheter skall inkluderas i resurspaketet.

När I-Capital går vidare från de immateriella rättigheterna och undersöker vilka övriga resurselement som är nödvändiga för utnyttjandet av P-OLED teknologin konstateras det att know-how av olika slag spelar en betydelsefull roll. För att effektivt kunna utnyttja P-OLED tekniken krävs det särskild

kompetens kring sådant som materialhantering, materialutveckling, produktionsmetoder, konstruktion av P-OLED relaterade verktyg med mera. För att utnyttja teknologin på samma sätt som TDA krävs dessutom en särskild kompetens kring överförandet av relevanta delar av flera av dessa element till kunder/licenstagare. En liten del av denna P-OLED relaterade kunskap är redan kodifierad i form av tekniska specifikationer och andra typer av teknisk dokumentation. En stor del av i sammanhanget relevant know-how finns emellertid bara i huvudet på vissa av TDA:s anställda. I-Capital måste därför tillsammans med TDA se till att identifiera, strukturera och kodifiera i varje fall de centrala delarna av denna kunskap. I syfte att möjliggöra kontroll över ovan nämnda know-how med mera sparas denna i digital form på ett antal servrar. Den här typen av kodifiering kan också, kombinerad med en väl anpassad mjukvara, underlätta den kontinuerliga uppdatering som kommer att krävas.

I paketeringsprocessen måste även ingå att I-Capital så långt som möjligt försäkras om att TDA:s anställda inte har möjlighet att, i samband med till exempel TDA:s konkurs och en åtföljande realisation av resurspaketet, agera på ett sätt som medför att resurspaketets värde minskar.

I-Capital måste vidare hantera de kontraktuella relationer som är betydelsefulla för utnyttjandet av P-OLED teknologin. Det handlar här om att försöka underlätta en eventuell framtida överföring av relationerna till en förvärvare av resurspaketet. I-Capital kan öka möjligheterna för en smidig överföring genom att ta reda på vad TDA:s avtalsparter anser om att byta motpart och vilka krav de ställer på en ny innehavare av resurspaketet. I-Capital bör alltså försöka identifiera potentiella köpare av resurspaketet som kan antas vara acceptabla för TDA:s motparter. Det kan också finnas anledning att försöka förhandla fram och formalisera samtycken i detta avseende.

Slutligen måste TDA och I-Capital kodifiera resurspaketet i sin helhet.

Paketeringsprocessen måste vidare ackompanjeras av en värdering av resurserna. Analysen av förutsättningarna för värdering av TDA:s resurser visar ytterligare på hur de intellektuella resurserna ofta är kontextberoende. Denna analys visar även på hur det inte finns någon absolut metod för värdering av intellektuella resurser. Resursernas värde avgörs av sammanhanget. I kreditsäkerhetssammanhang är den avgörande frågan vad en potentiella köpare kan tänka sig att betala för resurserna i samband med en realisation.

Beskrivningen av TDA:s resurser och analysen av hur en paketerings- och värderingsprocess i stora drag skulle kunna gå till visar sammanfattningsvis hur utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet är beroende av den praktiska förmågan att hantera komplexa och kontextberoende resursmassor i syfte att skapa kontroll och överförbarhet. Det är i praktiken nödvändigt att anlägga ett resursperspektiv och inte bara ett rättighetsperspektiv.

I följande kapitel kommer de båda synsätt som tillsammans kan ge en ökad förståelse för de intellektuella resursernas funktion och förutsättningarna för att

utöka möjligheterna utnyttja dessa resurser som kreditsäkerhet att presenteras. I kapitel 10 kommer det så kallade resursbaserade synsättet på företagsstrategi att presenteras.<sup>354</sup> Detta perspektiv går ut på att långsiktig konkurrenskraft i första hand skapas av tillgång till företagsspecifika och svårimiterbara resurser. De analyser som har gjorts inom ramen för detta perspektiv visar också på hur den här typen av resurser ofta utgörs av intellektuella resurser som är just kontextberoende och komplexa. Förståelse för dessa faktorer samt för möjligheterna att hantera resurserna både i värdeskapande- samt kontroll- och överföringshänseende fördjupas sedan i kapitel 11. I detta kapitel analyseras förutsättningarna för utnyttjande av intellektuella resurser mot bakgrund av det konstruktivistiska synsätt avseende management av intellektuella resurser.

---

<sup>354</sup> Egentligen är det två synsätt som figurerar nedan: det resursbaserade synsättet och det synsätt som kallas för "dynamic capabilities". Eftersom "dynamic capabilities" utgör en vidareutveckling av det resursbaserade synsättet kommer jag nedan huvudsakligen att tala om detta senare synsätt.

## 10 Förutsättningarna för att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av det så kallade resursbaserade synsättet

Utgångspunkten för det resursbaserade synsättet är att det i första hand är företagsspecifika och svårimiterbara resurser som skapar långsiktiga konkurrens fördelar.<sup>355</sup> Med hjälp av den här typen av resurser anses företaget kunna implementera strategier som resulterar i lägre kostnader och högre vinster. Detta försätter innehavaren av företagsspecifika och svårimiterbara resurser i en förmånlig position i förhållande till konkurrenter som inte har tillgång till den här typen av resurser. Som vi kommer att se, är det enligt det resursbaserade perspektivet framförallt resurser av det slag som kan karakteriseras som intellektuella resurser som anses vara företagsspecifika och svårimiterbara.

Även om resursbegreppet givetvis är centralt för det resursbaserade synsättet råder det inom ramen för detta synsätt ingen konsensus om hur detta begrepp skall definieras. Användningen av begreppet förefaller emellertid ha gått från en mycket bred definition där allt som kan tänkas medföra en fördel eller nackdel för företaget betecknas som resurser,<sup>356</sup> till ett läge där det skiljs mellan resurser och förmågor (eng. "capabilities") – eller snarare där vissa resurser betecknas som förmågor.<sup>357</sup> Det råder emellertid heller inte någon konsensus om definitionen av "förmåga" men en definition som förefaller ligga någorlunda i linje med den allmänna uppfattningen är en definition där förmåga definieras som företagets kapacitet att med hjälp av organisationsprocesser utnyttja och kombinera resurser i syfte att nå ett visst mål. Förmågor är enligt denna definition företagsspecifika och inbäddade i företagets organisationsprocesser och kan sällan överföras på något enkelt sätt.<sup>358</sup>

Historiskt sett har det resursbaserade perspektivet utvecklats mot bakgrund dels av upplevda tillkortakommanden i det strukturellt inriktade strategiparadigm som har varit dominerande sedan 1960-talet och dels mot bakgrund av diskussionen om "first mover advantage". Det resursbaserade perspektivet presenteras därmed med fördel mot bakgrund av dessa två utgångspunkter. Låt oss börja med att titta närmare på det strukturellt inriktade strategiparadigmet så som det kommer till uttryck i den kanske mest inflytelserika strategiteorin någonsin, nämligen Michael Porters så kallade Femkraftsmodell.

---

<sup>355</sup> Se Barney 1991, s. 105-106; Hoopes, Madsen & Walker 2003, s. 890; Peteraf 1993, s. 180; Teece 1984, s. 88, 105-107; Wernerfelt 1984, s. 172.

<sup>356</sup> Se Wernerfelt 1984, s. 172.

<sup>357</sup> Se Makadok 2001, s. 388-389.

<sup>358</sup> Se Amit & Schoemaker 1993, s. 35; Makadok 2001, s. 388.

## **10.1 Aktiv positionering som avgörande för långsiktig konkurrenskraft – Porters Femkraftsmodell**

Trots att det resursbaserade synsättet numera kan beskrivas som en av standardteorierna inom strategiforskningen,<sup>359</sup> så är detta perspektiv fortfarande relativt nytt och skiljer sig som sagt i väsentliga delar från det perspektiv som har varit dominerande inom företagsstrategi ända sedan 1960-talet då detta forskningsfält först tog form. Enligt det senare perspektivet anses företagsspecifika resurser inta en underordnad roll bland de faktorer som bidrar till långsiktig konkurrenskraft. Avgörande för ett företags konkurrenskraft anses istället företagets positionering i förhållande till den övergripande strukturen på den aktuella marknaden vara.<sup>360</sup>

Det dominerande strukturellt inriktade perspektivet har sina rötter i det forskningsfält som brukar kallas för industriell organisation.<sup>361</sup> Det resursbaserade perspektivet har sitt ursprung dels i det så kallade "Ricardianska antagandet", nämligen att företag som innehar överlägsna resurser som det finns begränsad tillgång till har lägre kostnader än sina konkurrenter, och dels i Penroses syn på företaget som ett knippe av resurser.<sup>362</sup>

Av de olika strategimodeller som bygger på det marknadsstrukturinriktade perspektivet är det Porters så kallade Femkraftsmodell som har fått störst genomslag, både inom akademien och i praktiken.<sup>363</sup> Porters modell är så inflytelserik att det är svårt att förstå andra modeller utan att först vara i varje fall någorlunda insatt i Porters tänkande. Inte minst eftersom dessa andra modeller i många fall har utvecklats som en reaktion mot vad som upplevs som tillkortakommanden hos Porter och därmed också ofta presenteras mot bakgrund av Porters modell.

Enligt Porters Femkraftsmodell avgörs det enskilda företags konkurrenskraft huvudsakligen av företagets position i förhållande till externa faktorer som verkar på branschnivå.<sup>364</sup> Utgångspunkten för varje strategianalys måste därför enligt Porter utgöras av en konkurrensstrukturanalys av den aktuella branschen. Konkurrensstrukturen avgörs i första hand av de faktorer som av Porter kallas för de fem krafterna: (i) nyetableringshot, (ii)

---

<sup>359</sup> Se Hoopes, Madsen & Walker 2003, s. 889.

<sup>360</sup> Det resursbaserade perspektivet kan alltså ses som en rörelse från ett huvudsakligen strukturellt, exogent, angreppssätt till ett som är mer inriktat på företagsinterna, endogena, processer. En parallell rörelse av detta slag sägs (se Europeiska kommissionen 2003, s. 30) kunna observeras även inom mikroekonomisk tillväxtteori där ett länge dominerande huvudsakligen exogent perspektiv (representerat av till exempel Solow 1956) har kompletterats med perspektiv som i högre grad betonar endogena faktorerers betydelse (representerat av till exempel Romer 1990).

<sup>361</sup> Se Teece, Shuen & Pisano 1997, s. 510.

<sup>362</sup> Se Makadok 2001, s. 388; Hoopes, Madsen & Walker 2003, s. 897; Peteraf 1993, s. 180; Wernerfelt 1984, s. 171.

<sup>363</sup> Se till exempel Tidd, Bessant & Pavitt 2005, s. 118-119.

<sup>364</sup> Se Porter 1991, s. 25.

substitutionshot, (iii) köparens förhandlingsstyrka, (iv) leverantörers förhandlingsstyrka och (v) rivaliteten mellan nuvarande konkurrenter.<sup>365</sup>

Förhållandet mellan de fem krafterna avgör enligt Porter den inneboende, samlade vinstpotentialen inom den aktuella branschen.<sup>366</sup> Denna vinstpotential pressas hela tiden av konkurrensen ner mot den konkurrensmässiga minimigränsen för avkastningen. Det enskilda företags strategiska möjligheter handlar därför huvudsakligen om att försöka "komma undan" detta tryck genom att på något sätt placera sig i en position som gör det möjligt för företaget att kunna försvara sig mot de fem krafterna eller på något annat sätt påverka krafterna i en för företaget gynnsam riktning.<sup>367</sup>

Enligt Porters modell handlar strategiska val för det enskilda företaget alltså i huvudsak om att på olika sätt förhålla sig till den övergripande marknadsstrukturen. Skillnader mellan enskilda företags sammansättning av och utnyttjande av företagsinterna resurser spelar en klart underordnad roll. Varken materiella eller intellektuella resurser finns med i modellen som betydelsefulla faktorer för företagets konkurrenskraft. Modeller av det porterska slaget bygger nämligen på två grundläggande antaganden om företags resurser: (i) att alla företag inom en viss bransch (eller en viss "strategisk grupp") kontrollerar samma slag av strategiskt relevanta resurser och (ii) att det – om nu skillnader i resursinnehav skulle uppkomma – är möjligt för de företag som saknar resurserna i fråga att införskaffa dessa.<sup>368</sup> Dessa antaganden har av företrädare för det resursbaserade perspektivet kritiserats för att vara alltför grova förenklingar av en komplex verklighet.<sup>369</sup> Resursbaserade perspektiv på strategi och konkurrenskraft utgår därför istället från två motsatta antaganden, nämligen (i) att företagen inom en bransch kan vara heterogena i förhållande till de resurser som de kontrollerar och (ii) att dessa resurser kan vara svåra att införskaffa, imitera eller byta ut mot substitut.

Ytterligare en impuls till det resursbaserade synsättet var som sagt diskussionen om "first mover advantage". Denna diskussion tog sin utgångspunkt i observationen att sambandet mellan att vara först ut med en innovation på marknaden och långvariga konkurrensfördelar förefaller vara svag. Vad krävs egentligen för att ta till vara ett försprång i tid när det gäller innovationer?<sup>370</sup>

---

<sup>365</sup> Se Porter 1991, s. 27ff.

<sup>366</sup> Se Porter 1991, s. 25.

<sup>367</sup> Se Porter 1991, s. 52ff. beskriver tre basstrategier: (i) Kostnadsöverlägsenhet, det vill säga att ha den mest fördelaktiga kostnadsstrukturen. Med andra ord att göra det man gör till en lägre kostnad än alla andra. (ii) Differentiering, det vill säga att märka ut sig på något sätt. Att särskilja sig från konkurrenterna. (iii) Fokusering, det vill säga att kraftsamla inom ett visst segment. Att inrikta sig på en viss köpargrupp, ett visst sortiment eller en viss geografisk marknad.

<sup>368</sup> Se Barney 1991, s. 100.

<sup>369</sup> Se till exempel Teece, Shuen & Pisano 1997, s. 513-514 samt Eisenhardt & Martin 2000, s. 1110ff. med hänvisningar.

<sup>370</sup> Samtidigt har "first mover advantage" varit ett argument som ofta har förts fram som en central invändning mot det resursbaserade synsättets betoning av företagsspecifika resurser som avgörande för konkurrenskraft. (Se Barney 1991, s. 104 med hänvisning till Lieberman &

## 10.2 "First mover advantage"

Det finns en mängd exempel på att det inte alltid är tillräckligt att vara först med en innovation för att nå framgång på marknaden.<sup>371</sup> Följande exempel är numera i det närmaste klassiska. Det brittiska företaget, Electrical Musical Industries (EMI), som först utvecklade CAT-scanning tekniken, blev ganska snart helt utkonkurrerade på denna marknad av efterföljare. Samma öde drabbade RC Cola som var först med att introducera cola på burk samt light-versionen av cola. Coca-cola och Pepsi imiterade snabbt denna produktutveckling med resultatet att RC Cola inte kunde dra några egentliga fördelar av sina innovationer. Ytterligare ett exempel är hur Bowmar, som var först med att utveckla miniräknaren, misslyckades i konkurrensen med efterföljare som Texas Instruments och Hewlett Packard. Även när det gäller persondatorer så misslyckades det företag, Xerox, som var först med många av de innovationer som sedan blev framgångsrika i händerna på Apple att dra nytta av sitt försprång. På samma sätt som Xerox misslyckades MITS, som var först med att introducera en persondator (ALTAIR), att överföra sitt försprång till mer långsiktiga konkurrensfördelar.

Enligt det resursbaserade perspektivet avgörs förmågan att ta tillvara ett försprång i tid av de resurser som står till företagets förfogande. Endast i den mån ett försprång i tid medför kontroll över svårimiterbara och företagsspecifika resurser, exempelvis särskilda distributionsnät och ett gott rykte bland kunderna, kommer försprånget att resultera i långsiktiga konkurrensfördelar.<sup>372</sup> Skulle alla aktörer på marknaden ha tillgång till exempelvis samma möjligheter att bygga upp ett gott rykte och samma tillgång till distributionsnät skulle fördelen av att ha tillgång till dessa resurser snart vara uttraderad.

Ur ett resursbaserat perspektiv kan det alltså konstateras att ett "first mover advantage" endast kan omvandlas till mer långsiktiga konkurrensfördelar om inte alla resurser inom den aktuella branschen är homogena och imiterbara. Vad som mer i detalj krävs av ett företag för att det skall kunna utnyttja ett "first mover advantage" har inom det resursbaserade perspektivet analyserats med hjälp av begreppstriptyken "kontrollregim" ("appropriability regime"), "dominerande design paradigm" ("dominant design paradigm") och

---

Montgomery 1988.) En annan invändning går ut på att även det resursbaserade synsättet bygger på alltför grova förenklingar. Om Porter ignorerar de företagsspecifika resursernas (det vill säga de i förhållande till det enskilda företaget endogena faktorernas) betydelse, så ignorerar det resursbaserade perspektivet betydelsen av "market environment" (det vill säga i förhållande till det enskilda företaget exogena faktorer som efterfrågan och möjligheter och hot). Kritiken förefaller inte helt ogrundad. (Se även Barney 2001, s. 48-49). De som framför den menar dock inte, såvitt jag förstår, att det i sig är felaktigt att betona de företagsspecifika, svårimiterbara resursernas centrala betydelse utan att en strategiteori som tar hänsyn till både specifika endogena och exogena faktorer har större möjligheter att bidra med verkligt användbara strategiska modeller. (Se Butler & Priem 2001, s. 29-30.)

<sup>371</sup> Det följande bygger på Teece 1986, s. 286.

<sup>372</sup> Se Barney 1991, s. 104; Wernerfelt 1984, s. 173 som uttrycker detta i termer av "resurspositionbarriärer".



”kompletterande tillgångar” (“complementary assets”).<sup>373</sup> Denna analys visar indirekt på hur intellektuella resurser ofta är kontextberoende och fordrar ett visst sammanhang för att kunna utnyttjas effektivt.

### **10.3 Kontrollregim**

Med kontrollregim avses de faktorer, exklusive företags- och marknadsstruktur, som påverkar innovatörens möjligheter att kontrollera de vinster som genereras av innovationen. De viktigaste faktorerna anses vara teknologins natur och de immaterialrättsliga systemens effektivitet.

Det framhålls i detta sammanhang att det immaterialrättsliga skyddet varierar i styrka. Ibland ger immateriella rättigheter väldigt starka kontrollmöjligheter. Ibland inga alls:

”One should not, however, overestimate the overall importance of intellectual property protection; yet it represents a formidable imitation barrier in certain particular contexts. Intellectual property protection is not uniform across products, processes, and technologies, and is best thought of as islands in a sea of open competition. If one is not able to place the fruits of one’s investment, ingenuity, or creativity on one or more of the islands, then one is indeed at sea.”<sup>374</sup>

I de fall de immateriella rättigheterna endast ger svaga kontrollmöjligheter blir teknologins natur av stor betydelse. Frågan blir i detta fall nämligen ofta vilka kontrollmöjligheter som ett hemlighållande av teknologin kan ge. En framgångsrik affärshemlighetsstrategi förutsätter att företaget kan sprida sina produkter och ändå hemlighålla den underliggande teknologin. Vanligtvis är detta möjligt endast när det gäller underliggande kemiska formler och industriella-kommersiella processer.

### **10.4 Dominerande designparadigm**

Förekomsten av dominerande designparadigm utgör ytterligare en faktor som medför att det kan vara svårt att tillgodogöra sig ett ”first mover advantage”. I den tidiga fas när innovationen är ny är produktdesignen ofta flytande, tillverkningsprocesserna långt från standardiserade och så vidare. I detta skede konkurrerar marknadsaktörerna ofta med varandra genom att erbjuda produkter med olika design. Så småningom, efter det att produkten genomgått en ofta omfattande ”trial and error” process på marknaden, utvecklas emellertid i allmänhet ett dominerande slag av design, ett designparadigm. I detta skede skiftar ofta konkurrensen från design till pris. När väl en dominerande design har utvecklats blir sådant som skalfördelar, inlärningskapacitet och tillgång till olika former av specialiserat kapital viktiga konkurrensmedel. Förekomsten av

---

<sup>373</sup> När inget annat anges baseras den följande beskrivningen på Teece 1986.

<sup>374</sup> Se Teece, Pisano & Shuen 1997, s. 526. Se även Peteraf 1993, s. 187.

dominerande design paradigmen kan alltså medföra att ett "first mover advantage" blir ett "first mover disadvantage" eftersom det är långt ifrån säkert att den ursprungliga innovatören också utvecklar den design som så småningom blir den dominerande. Att ett "first mover advantage" skulle kunna omvandlas till mer långsiktiga konkurrens fördelar som ett resultat endast av att vara först ut på plan är alltså som sagt, enligt det resursbaserade synsättet, osannolikt. För att lyckas med detta krävs inte bara en stark kontrollregim utan även tillgång till olika typer av kompletterande resurser som är värdefulla, sällsynta, svårimiterbara och svårutbytbara.

### **10.5 Kompletterande resurser**

Även om en stark kontrollregim kan underlätta för innovatören att kontrollera de vinster som genereras av innovationen, så krävs det vanligtvis även tillgång till kompletterande tillgångar av olika slag för att ett tidsmässigt försprång skall kunna omvandlas till långsiktiga konkurrens fördelar. Kontrollregimens styrka påverkar alltså oftast inte behovet av kompletterande tillgångar. Den stora skillnaden mellan stark och svag kontrollregim ligger istället i vilken strategi för att få tillgång till dessa kompletterande tillgångar som kan antas vara optimal. När kontrollregimen är stark är det ofta fördelaktigt att utnyttja olika kontraktuella strategier för att få tillgång till kompletterande tillgångar. Innovatören behöver då inte själv ta hela kostnaden för att utveckla eller köpa in tillgångarna i fråga. Detta kan minska både riskerna och behovet av likvida medel. Att följa en kontraktuell strategi är emellertid optimalt endast i de fall kontrollregimen verkligen är stark och det är möjligt att förhandla med konkurrerande aktörer om tillgång till kompletterande tillgångar. Är kontrollregimen svag kan det finnas en risk att innovatörens avtalsparter bestämmer sig för att börja utnyttja teknologin för egna syften. Den kontraktuella strategin sägs i dessa fall kunna leda till att innovatören skapar sina egna värsta konkurrenter. När kontrollregimen är svag är det därmed ofta en integrationsstrategi som är den mest optimala. I synnerhet gäller detta sådana tillgångar där utbudet är begränsat. Detta sägs typiskt sett gälla resurser som distributionskanaler och särskild tillverkningskompetens. Skulle, när kontrollregimen är svag, den här typen av resurser kontrolleras av andra än innovatören kommer dessa aktörer sannolikt att kunna tillgodogöra sig en stor del av den vinst som innovationen genererar.

De kompletterande tillgångar som är avgörande för långsiktig konkurrenskraft kan hursomhelst beskrivas som värdefulla, sällsynta, svårimiterbara och svårutbytbara.<sup>375</sup>

---

<sup>375</sup> När inget annat anges är beskrivningen av dessa så kallade VRIN (Valuable, Rare, (non-) Imitable och Non-substitutable) egenskaper hämtad från Barney 1991, s. 106-111.

### 10.5.1 Värdefulla resurser

Med värdefull avses i detta sammanhang att resursen möjliggör för innehavaren att tillämpa strategier som ökar effektiviteten genom att utnyttja fördelar och neutralisera hot.<sup>376</sup>

### 10.5.2 Sällsynta resurser

En resurs anses vara sällsynt när den innehas endast av en eller ett fåtal aktörer på marknaden. Frågan om hur sällsynt en resurs måste vara för att den skall bidra till skapandet av långsiktiga konkurrensfördelar är, i varje fall ur ett generellt perspektiv, omöjlig att besvara med någon större exakthet. Det framhålls dock att så länge det antal företag som innehar resursen är lägre än det antal som behövs för att skapa optimala konkurrensförhållanden på den aktuella marknaden, så är det möjligt att resursen i fråga kan bidra till skapandet av långsiktiga konkurrensfördelar.

### 10.5.3 Svårimiterbara resurser

Resurser sägs kunna vara svårimiterbara av tre huvudsakliga anledningar. För det första på grund av att innehavet av en resurs baseras på unika historiska omständigheter. För det andra på grund av att kausaliteten mellan företagets resursinnehav och dess konkurrensfördelar är svår att urskilja. Slutligen på grund av att resursen som genererar konkurrensfördelarna är socialt komplex.

Resurser som innehas på grund av unika historiska omständigheter kan medföra att företaget kan implementera strategier som de konkurrenter som har en annan bakgrund inte kan imitera. Ett företag som har vissa forskare anställda kan till exempel, på grund av forskarnas historiskt beroende unika kompetens, ha möjligheter att utnyttja en viss teknologi som är mycket svår att imitera. Ytterligare ett exempel är hur ett företag kan präglas av en viss kultur som har utvecklats under vissa specifika historiska omständigheter och som gör det möjligt för företaget att tillämpa vissa framgångsrika strategier som är omöjliga att imitera för det företag som präglas av andra värderingar och föreställningar.

När det är svårt att urskilja den kausala kopplingen mellan ett företags resurser och dess långsiktiga konkurrensfördelar – vilket det enligt detta synsätt ofta är – så är det svårt för företagets konkurrenter att veta vilka resurser de skall försöka imitera.<sup>377</sup> För att en resurs i längden skall förbli svårimiterbar kan det dessutom vara nödvändigt att den kausala kopplingen är fördold såväl för konkurrenterna som för resursinnehavaren själv. Finns det en förståelse för den

---

<sup>376</sup> Wernerfelt uttrycker detta som att: "What a firm wants is to create a situation where its own resource position directly or indirectly makes it more difficult for others to catch up." (Se Wernerfelt 1984, s. 173.)

<sup>377</sup> För ett antal konkreta exempel på situationer där den kausala kopplingen är svår att urskilja, se Eisenhardt & Martin 2000, s. 1114. Se även Peteraf 1993, s. 183.

kausala kopplingen inom företaget som innehar resursen antas risken att denna kunskap sprids utanför företaget öka.<sup>378</sup>

Exempel på resurser som kan vara socialt komplexa till den grad att de blir omöjliga att imitera är resurser som organisationskultur, relationer och ett företags anseende hos kunder och leverantörer. Den här typen av resurser är ofta svårimiterbara dels på grund av att den information som krävs för imitation är komplex, underförstådd och därmed svårtillgänglig för den som vill imitera resursen och dels för att imitation ofta kräver tillgång till kompletterande tillgångar.

Materiella resurser är typiskt sett inte svårimiterbara. Om ett företag kan införskaffa en materiell resurs är det i allmänhet också möjligt för dess konkurrenter.

#### **10.5.4 Svårutbytbara resurser**

För att en värdefull, sällsynt och svårimiterbar resurs skall kunna utnyttjas på ett sätt som ger upphov till långsiktiga konkurrens fördelar måste den också vara svårutbytbar. Om inte resursen i fråga också är svårutbytbar kommer konkurrenterna att kunna imitera den värdeskapande strategin med hjälp av andra resurser. Resurser sägs kunna vara utbytbara på grund av två olika anledningar. För det första kan det vara möjligt att byta ut resursen i fråga mot en liknande resurs. För det andra kan det vara möjligt att ersätta resursen i fråga med en helt annan typ av resurs.

Exakt hur kompletterande resurser samverkar med varandra och med mer övergripande processer inom företaget beror på det specifika sammanhanget och är knappast möjligt att uttala sig om generellt. Enligt den vidareutveckling av det resursbaserade perspektivet som brukar benämnas "dynamic capabilities" är det dock möjligt att uttala sig mer specifikt om vilken typ av resurser som är allra mest värdefulla, nämligen de resurser som ligger till grund för företagets förmåga att hantera och anpassa sig till en förändrad omgivning. Inom ramen för denna vidareutveckling av det resursbaserade perspektivet talas det följaktligen om företagets dynamiska förmåga som avgörande för långsiktig konkurrenskraft. Av intresse är framförallt den beskrivning som i detta sammanhang ges av hur styrnings- och organisationsprocesser samverkar med kompletterande tillgångar i komplexa och svårfångade nätverk av relationer.

---

<sup>378</sup> Vilket är en risk som inte minst måste beaktas i samband med paketering av intellektuella resurser. Paketeringsprocessen innefattar ofta ett medvetande- och synliggörande av företagets intellektuella resurser. Det vi har att göra med är alltså något av ett dilemma. En paketeringsprocess som möjliggör överföring av företagets intellektuella resurser och ökar förståelsen för företagets egen värdeskapandeprocess kan samtidigt medföra att risken för imitation ökar. En avvägning måste alltså i varje enskilt fall göras mellan de fördelar som en förståelse för det egna företagets värdeskapandeprocess typiskt sett medför och den eventuellt ökade risken för imitation.

## **10.6 Dynamisk förmåga som avgörande för långsiktig konkurrenskraft**

I grunden handlar dynamisk förmåga om företagets förmåga att:

"integrate, build and reconfigure internal and external competences to address rapidly changing circumstances."<sup>379</sup>

I dynamic capabilities-litteraturen förs det fram ett ganska stort antal empiriska undersökningar som stödjer tesen att det i första hand är förmågan att integrera, konstruera och rekonfigurera olika resurser som skapar skillnader mellan olika företags prestationer inom samma bransch. Bland annat refereras Henderson & Cockburn 1994 där det hävdas att "arkitektonisk kompetens", det vill säga förmågan att effektivt integrera kunskap från olika källor, kraftigt påverkar forskningsproduktiviteten inom läkemedelsindustrin; Iansiti & Clark 1994 där det konstateras att företag inom bilindustrin och datorindustrin som har en god förmåga att integrera olika typer av kunskap i allmänhet presterar bättre än företag i samma bransch som saknar denna förmåga; Zollo 1998 där det framhålls att företagsförvärvare som ägnar tid åt att kodifiera integrationsprocessen presterar betydligt bättre än de konkurrenter som inte gör detta; Garvin 1988 där en undersökning av 18 fabriker inom luftkonditioneringsbranschen visar att hög prestationsförmåga framförallt var kopplad till särskilda organisationsrutiner, som till exempel informationshantering och koordinering, och inte kapitalinvesteringar i utrustning och automation; Clark & Fujimoto 1994 där projektutveckling inom bilindustrin analyseras och det konstateras att rutiner för koordination spelar en mycket stor betydelse för effektiviteten.<sup>380</sup>

Frågan är vilka faktorer som avgör företagets dynamiska förmåga? De viktigaste faktorerna anses vara företagets styrnings- och organisationsprocesser.<sup>381</sup>

### **10.6.1 Styrnings- och organisationsprocesser**

Med styrnings- och organisationsprocesser avses helt enkelt de sätt som saker och ting görs på inom ett företag. Dessa processer beskrivs närmare som komplexa rutiner eller mönster avseende (i) koordination och integration, (ii) inlärning och (iii) rekonfiguration.<sup>382</sup>

Koordination och integration av både interna och externa aktiviteter anses vara betydelsefullt för företagets konkurrenskraft eftersom det är avgörande för hur

---

<sup>379</sup> Se Teece, Pisano & Shuen 1997, s. 515.

<sup>380</sup> Se Teece, Pisano & Shuen 1997, s. 519; Zott 2003, s. 99-100.

<sup>381</sup> Se Teece, Pisano & Shuen 1997, s. 518; Zollo & Winter 2002, s. 339; Zott 2003, s. 120. Se även Nelson & Winter 1982 samt Nelson 1991, s. 72.

<sup>382</sup> Se Teece, Pisano & Shuen 1997, s. 518-521.

effektivt företaget kan utföra sin verksamhet. Exempel på sådant som typiskt sett påverkas av företagets koordinationsförmåga är utvecklingskostnader, utvecklingstider och kvalitet. Exempel på rutiner med koordinerande funktion är rutiner för insamling av information, sammankoppling av information om kundupplevelser med designutveckling och sammankoppling av produktionsprocesser och leveranser.

Rutiner för inläring beskrivs som om möjligt ännu mer betydelsefulla än rutiner för koordination och integration. Inläring betecknar i detta sammanhang en process där repetition och experiment medför att uppgifter kan utföras snabbare och bättre. Inläring involverar färdigheter på såväl individ- som organisationsnivå. Dessa färdigheter utnyttjas, utvecklas och förändras till stor del som en följd av gemensamma ansträngningar att lösa komplexa problem. Resultaten, det vill säga lärdomarna, av dessa ansträngningar lagras sedan som nya aktivitetsmönster, nya rutiner eller en ny organisationslogik.

Med rekonfiguration avses förmågan att förändra företagets tillgångsstruktur och verksamhet i takt med att förutsättningarna för företagets verksamhet förändras. Rutiner för den här typen av förändringar kan baseras på konstant övervakning av marknader och teknologier och strävan efter att ständigt tillämpa "best practice". Betydelsefullt är också att förändringar är kostsamma och att rutiner för att undvika förändringar som inte genererar tillräckligt mycket värde därmed är betydelsefulla.

Styrnings- och organisationsprocesserna anses bland annat formas av företagets resurspositioner. Av central betydelse för företagets konkurrenskraft är ofta innehavet av teknologiresurser. I många fall handlar det om icke-immaterialrättsligt skyddad teknologi. För att förverkliga och kommersialisera teknologiska innovationer krävs det ofta tillgång till kompletterande resurser. Av stor betydelse för företagets kompetens och förmågor är också företagets strukturella resurser i form av formell och informell organisationsstruktur. Dessa resursers utformning påverkar i mycket hög utsträckning vilken kompetens och vilka förmågor företaget utvecklar och därigenom även såväl innovationsgraden som innovationsriktningen inom företaget.

### ***10.7 Slutsatser för finansiering – för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet är det nödvändigt att reducera och hantera komplexiteten***

Inom ramen för det resursbaserade synsättet framhålls det att långsiktig konkurrenskraft kräver tillgång till företagsspecifika och svårimiterbara resurser. Därmed anses materiella resurser sällan ge upphov till långsiktiga konkurrens fördelar. Materiella resurser är nämligen i allmänhet kommodifierade; det vill säga möjliga att införskaffa på någorlunda lika villkor för dem som konkurrerar på en given marknad. Avgörande för långsiktig konkurrenskraft är istället resurser som i högre utsträckning är unika till sin

karaktär. Ofta handlar detta om resurser som olika typer av teknologi, immateriella rättigheter, tillgång till distributionskanaler och olika typer av nätverk, möjligheter att sätta olika typer av standarder, inlärningskapacitet och organisationskultur – det vill säga resurser som kan karakteriseras som intellektuella resurser.

Av särskilt intresse för den som är intresserad av intellektuella resurser i samband med finansiering är det resursbaserade perspektivets beskrivning av vad som i allmänhet krävs för ett effektivt utnyttjande av en innovation. Det betonas här att den kontroll över till exempel en ny teknologi som ett immaterialrättsligt skydd eller ett hemlighållande kan ge i de flesta inte är tillräckligt för att effektivt kunna utnyttja en innovation. Det krävs oftast tillgång till kompletterande tillgångar; exempelvis ett nätverk av relationer som i sin tur kan ge tillgång till kompletterande kunskap och utarbetade relationer med distributörer och kunder. Den analys som i detta avsnitt har gjorts av det så kallade "dynamic capabilities" perspektivet ger en än mer detaljerad bild av den komplexitet som den som önskar utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste lära sig att hantera. Organisationsrutiner som möjliggör koordination, integration, inläring och rekonfiguration samspelar med olika mer specifika intellektuella resurser som till exempel teknologiska tillgångar. För att kunna utnyttja intellektuella resurser effektivt krävs det alltså ofta tillgång till ett helt knippe av resurser. Många av de resurser som det är fråga om här är givetvis svåra att identifiera och få grepp om. Det är också delvis detta som gör att resurserna i fråga är särskilt värdefulla.

Tillsammans ger det resursbaserade perspektivet och "dynamic capabilities" en bild av den höga komplexitetsgrad och det kontextberoende som ofta föreligger i samband med utnyttjande av intellektuella resurser. Det är denna komplexitet som den som önskar utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste lära sig att hantera i syfte att skapa kontroll och överförbarhet. Förståelsen för dessa faktorer kan som sagt ytterligare utökas med hjälp av det konstruktivistiska synsättet avseende hantering av intellektuella resurser. Det konstruktivistiska synsättet ökar också förståelsen för vad som krävs för att skapa den kontroll och överföringsbarhet som är nödvändig för att intellektuella resurser skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet.





## 11 En fördjupad förståelse för förutsättningarna för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet – värdeskapande genom konstruktivistisk hantering av intellektuella resurser

Vad krävs för att vi skall kunna skapa värde och välfärd i en värld där de intellektuella resursernas betydelse har ökat kraftigt och där det till och med är möjligt att tala om att den traditionella materiella värdekedjan håller på att ersättas med en intellektuell värdekedja?<sup>383</sup> Enligt det konstruktivistiska synsättet krävs det både en ökad medvetenhet om att intellektuella resurser är resultatet av en social konstruktionsprocess och en högre grad av ansvarsfull kontroll över denna process.<sup>384</sup> Som ett led i ansvarstagandet för konstruktionsprocessen ingår att den kontroll det är fråga om måste syfta till att skapa balans och därmed ofta till att möjliggöra delaktighet och öppenhet.<sup>385</sup>

Det konstruktivistiska synsättet har utvecklats inom ramen för Center for Intellectual Property Studies (CIP). CIP är ett tvärvetenskapligt centrum i skärningspunkten mellan juridik, ekonomi och teknik vars målsättning är att öka förståelsen för förutsättningarna för värdeskapande i en intellektualiserad ekonomi.<sup>386</sup> Det uttalade syftet med det konstruktivistiska synsättet är att det skall utgöra grunden för en ny *normativ* teori om värdeskapande genom konstruktivistisk management av intellektuell egendom.<sup>387</sup> Även om det konstruktivistiska synsättet baseras på observationer av hur hanteringen av intellektuella resurser rent faktiskt ofta går till (både sådana som har gjorts inom ramen för verksamheten på CIP och andras beskrivningar och forskningsresultat), är synsättet alltså i första hand en beskrivning av hur hanteringen av intellektuella resurser *bör* gå till för att möjligheterna att skapa värde inom ramen för en alltmer intellektualiserad ekonomi skall maximeras.

---

<sup>383</sup> Den intellektuella värdekedjan sägs, bland annat, kännetecknas av att "[...] the commercial skills, necessary to organize and structure the production of and sale of physical goods, do not generate sufficient wealth. In an intellectualized economy, entrepreneurs and other business actors have to appreciate how scientific discovery, technological change, and innovation are integral in creating and sustaining growth. Human resources have to be leveraged not only into physical products, but also into virtual products and license offers. In an intellectualized economy, firms are increasingly dependent on exploiting economies of scale through the use of intellectual property." (Se Petrusson 2004, s. 3.)

<sup>384</sup> Vad som behövs är, sägs det, en "constructionist approach, using a theory on how to consciously create wealth by using intellectual phenomena". (Se Petrusson 2004, s. 55.) Hur viktig denna medvetenhet är i en intellektualiserad ekonomi kan beskrivas med att: "[...] in the intellectualized economy, it is not the production that is the primary bottleneck in the value chain: it is the construction of intellectual business structures." (Se Petrusson 2004, s. 84.)

<sup>385</sup> Se Petrusson 2004, exempelvis s. 9: "[...] entrepreneurs need models and other tools that can help them navigate and handle the necessary balance between openness and proprietary claims." Samt a.a., s. 9, n. 28: "It is important to recognize that intellectual property is phenomena that transform cognitive processes, which potentially could be part of the open lifeworld, into structured (systematized) capitalism." Att det mot bakgrund av den här typen av balans- och öppenhetsintressen emellertid kan ses som problematiskt att tillämpa en egendoms- och kapitalterminologi diskuteras nedan.

<sup>386</sup> Se vidare Petrusson 2004, s. XIII-XVII.

<sup>387</sup> Se Petrusson 2004, s. 6.

En grundläggande utgångspunkt för det konstruktivistiska synsättet är alltså att intellektuella resurser inte är någonting som "finns" på samma sätt som fysiska fenomen.<sup>388</sup> De intellektuella resurserna är resultatet av, och kan egentligen inte skiljas från, underliggande reella fenomen som kommunikation, olika typer av föreställningar, intressen, konflikter och så vidare. För att de intellektuella resurserna skall kunna uppnå sin fulla potential är det nödvändigt att de som hanterar resurserna lär sig att hantera dessa reella underliggande fenomen.

Inom ramen för det konstruktivistiska synsättet talas det om ett behov av att växla mellan att betrakta och hantera intellektuella resurser som substantiella fenomen – det vill säga en strävan efter att resurserna, åtminstone i ett visst sammanhang, skall accepteras som "objekt" i meningen att deras enhetlighet och definition inte ifrågasätts i alltför hög utsträckning – och att hantera de reella underliggande processerna.<sup>389</sup> För att utnyttja intellektuella resurser på effektivast möjliga sätt är det enligt det konstruktivistiska synsättet alltså nödvändigt att hantera resurserna på (åtminstone) två olika nivåer samtidigt. De olika nivåerna hänger givetvis ihop. För att det skall vara möjligt att tala om en substantiell intellektuell resurs – det vill säga ett intellektuellt "objekt" – är det nödvändigt att hantera och kontrollera de reella processerna. Av stor betydelse är också att insikten om att de intellektuella resurserna är just konstruktioner kan öka förståelsen för hur det på olika sätt kan vara möjligt att påverka konstruktionsprocessen genom att vidta åtgärder på såväl den "substantiella" nivån som i samband med den reella hanteringen av de underliggande processerna.

Ett betydelsefullt mål inom ramen för det konstruktivistiska synsättet är att uppnå förmågan att hantera intellektuella resurser som intellektuellt kapital.<sup>390</sup> Enligt den evolutionära värdeskapandemodell som utgör en del av det konstruktivistiska synsättet är intellektuellt kapital ett sätt att beskriva intellektuella resurser som kan kontrolleras på ett sådant sätt att det blir möjligt att överföra resurserna och utnyttja dem på i stort sett samma sätt som en fysisk resurs. Av särskilt stor betydelse är att en sådan resurs kan utnyttjas som kreditsäkerhet och som grund för andra finansiella transaktioner. Intellektuellt kapital skiljs sedan från resurser som beskrivs som intellektuell egendom respektive intellektuella tillgångar. Inom ramen för modellen är intellektuella tillgångar sådana intellektuella resurser som tillför värde för den som har möjlighet att utnyttja dem. Någon högre grad av kontroll över resurserna föreligger dock inte i detta stadium. Intellektuell egendom är intellektuella resurser som omfattas av en högre grad av exklusivitet och kontroll. Intellektuell egendom kan alltså, åtminstone i viss utsträckning, bli föremål för transaktioner.

### ***11.1 Intellektuella resurser som tillgångar, egendom och kapital***

Den evolutionära modell som beskrivits ovan intar som sagt en central roll i det konstruktivistiska synsättet. Omvandlingen av intellektuella resurser till

---

<sup>388</sup> "[...] intellectual properties are intellectual phenomena and, thus, do not have any existence in themselves.[n] Patents, copyrights, firms, financial capital and even the economy, as such, are nothing but enacted theories, beliefs and concepts, which we acknowledge to be existing persons, objects and relationships.[n]" (Se Petrusson 2004, s. 11.)

<sup>389</sup> Se Petrusson 2004, s. 12.

<sup>390</sup> Se avsnitt 4.2.3.

intellektuell egendom och intellektuellt kapital utgör enligt detta synsätt grunden för att skapa värde och välbefinnande i en intellektualiserad ekonomi:

"[...] the essence of the new entrepreneurial agenda can be described as the initiation and governance of 'privatization of knowledge' and, conversely, 'collectivization of property concepts'.[n] The governance of R&D processes as intellectual properties enables privatization and capitalization. R&D results, instead of being experienced as individual beliefs or publicly available information, are experienced as private property and commercial assets. In a capitalist economy it is the transaction of property that constitute the primary force in the creation of wealth. If technical ideas, art expressions, etc. are to generate wealth they have to be capitalized, i.e. privatized. At the same time, intellectual properties, compared to physical properties have to be part of a collective and communicative process in order to generate experienced values. Only if property claims in content, features, software, databases, domain names, etc. are collectively recognized and trusted as property, will they then be successfully experienced as transferrable objects (intellectual commodities). If not, it is likely that they will only be experienced as knowledge processes or flows of information, thus not generating any perceived monetary value. It is also crucial that the collective acceptance of intellectual property concepts are integrated into intellectual webs of other collectively recognized intellectual phenomena, such as collateral, contracts, standards, etc.[n] Thus, the collective conceptualization of intellectual phenomena is crucial in the entrepreneurial construction of business solutions and commercial relations. Entrepreneurship, in an intellectualized economy is therefore not only about usage of intellectual properties in the construction of innovation and knowledge companies, but also about stimulating structural commons.[n] Intellectual property is a phenomenon that must be managed in a context, where business actors agree upon standards, stimulate technology diffusion and generate research results."<sup>391</sup>

Att uppnå en egendomsliknande kontroll över de intellektuella resurserna ses alltså som något av ett huvudmål inom ramen för det konstruktivistiska synsättet. Det framhålls samtidigt att detta i mångt och mycket är ett kollektivt projekt och måste göras med beaktande både av intresset av balans mellan exklusivitet och icke-exklusivitet till intellektuella resurser i stort samt de övriga risker som en sådan utveckling för med sig. Även i denna undersökning antas som sagt balansintresset vara av central betydelse för att möjligheterna att skapa värde och välbefinnande inte skall motverkas.<sup>392</sup> Mot bakgrund av balans- och öppenhetsintresset kan det som sagt diskuteras huruvida egendoms- och kapitalterminologi och egendoms- och kapitalkonstruktioner kan antas vara de mest lämpliga verktygen i detta sammanhang.<sup>393</sup> Anledningen är att en sådan

---

<sup>391</sup> Se Petrusson 2004, s. 3-4.

<sup>392</sup> Se del 1.

<sup>393</sup> Se avsnitt 4.2.3.

terminologi och sådana konstruktioner skulle kunna motverka balansintresset och bidra till en egendomifieringsprocess som riskerar att leda till en alltför omfattande exklusiv kontroll över de intellektuella resurserna. Äganderätts- och egendomsterminologin skapar konnotationer och föreställningar till allt annat än en begränsad kontroll. Visst kan egendomsterminologi antas vara det kanske mest effektiva verktyget för att skapa en föreställning om att en viss aktör inte bara faktiskt kontrollerar en intellektuell resurs, utan också har *rätt* att på olika sätt utnyttja resursen och utesluta andra från att göra detta:

"The usage of the concept of property on the knowledge process makes it possible to create the experience of a durable asset.[n] It can also be said that the property concept is expedient to assimilate knowledge to the experience of the physical.[n] A crucial entrepreneurial insight is that the act of claiming something as property creates a number of consequential beliefs, i.e. norm experiences[n]: 1) a property is something that I and only I shall have the right to enjoy the fruits of, 2) if someone else tries to enjoy these fruits I have the right to hinder that person, and 3) I have the right to sell and in other ways transfer the property and thereby generate income.[n]"<sup>394</sup>

Risken är dock att egendomsbegreppet kommer att visa sig vara ett *alltför kraftfullt* (och kanske även ett *alltför trubbigt*) instrument för att uppnå den eftersträvade kontrollen. De intellektuella resurserna spelar en viktig roll för det samlade värdeskapandet även utanför de renodlade transaktions-sammanhangen. Den kontroll som krävs för att maximera antalet möjliga transaktioner skulle ju till exempel mycket väl kunna medföra att för den ekonomiska och teknologiska utvecklingen central kunskapsspridning, trots det högre antalet kommersiella transaktioner, förhindras. En kontroll av detta slag skulle i vissa fall också kunna tänkas motverka en optimal incitamentsstruktur. En sådan kontroll skulle också kunna medföra att den demokratiska delaktighet och tillgänglighet som ovan nämnts som ett viktigt intresse i sammanhanget försvåras. Och så vidare. Detta uppmärksammas också inom det konstruktivistiska synsättet:

"From an entrepreneurial point of view, we also have to recognize that structural transformation, i.e. destruction and reconstruction of old structures, is not necessarily constructive. When, for example, database protection, copyrights and patents are used to control the flow of information, it is obvious that there is a risk that the development of wealth is blocked.[n] Claims on intellectual property and capital are, as discussed means to privatize, objectify and capitalize processes of knowledge that otherwise could have been open and free of charge. [...] In a process where the tendency is a development towards an even more constrained diffusion of technology, there are always reasons to ask whether or

---

<sup>394</sup> Se Petrusson 2004, s. 29.

not IPRs act, and will increasingly come to act, as a hindrance for entrepreneurial renewal and thereby economic development. [...] The consequence of these circumstances is the risk that entrepreneurship will be possible only for a chosen few.”<sup>395</sup>

Detta innebär att en egendomifierings- och kapitaliseringsprocess av det ovan nämnda slaget måste kombineras med omfattande insatser som syftar till att motverka en alltför hög grad av exklusiv kontroll över resurserna. För det första måste entreprenörerna, det vill säga marknadsaktörerna själva, ta ett ansvar för att processen inte spårar ur och att den rena exklusiviteten blir alltför omfattande:

”Consequently, entrepreneurship is, in part, about avoiding too much destruction and (re)creation of a destructive structural order. Entrepreneurial development is, for example, about a) avoiding an environment where commercial structures hinder creative research and development processes, b) avoiding a structural order in which innovation activities are centralized and structurally controlled by too few actors, c) avoid destructive commodifications of the human genome and different biological findings, d) stimulating the development of markets in both developed and developing countries, e) stimulating an environment where, for example AIDS medicines can be distributed to those who need them instead of only to those who can pay for them. However, these issues are also dependent on our entrepreneurial ability to use intellectual property in the construction and reconstruction of intellectual structures.”<sup>396</sup>

En egendomifierings- och kapitaliseringsprocess måste alltså kombineras med konstruktionen av kollektiva plattformar för affärsskapande och teknologisk utveckling:

”[...] the intellectualization of business is dependent on a collective development, in which firms and other commercial actors, together with public authorities, construct structural commons, such as technological platforms, innovation systems, virtual market places etc. Collectively, we are dependent on a network-based development, where individuals recognize their responsibility to establish an intellectual infrastructure. [...] The challenge is enormous, and it is far from evident that we will experience this collectivization. Historically, we note that, far too often, the short-sighted self-interests prevail.”<sup>397</sup>

---

<sup>395</sup> Se Petrusson 2004, s. 81.

<sup>396</sup> Se Petrusson 2004, s. 82.

<sup>397</sup> Se Petrusson 2004, s. 84. Den typ av kollektiva och delvis öppna strukturer som det här är fråga om skulle i dagsläget möjligtvis kunna komma till stånd via de tekniska standardiseringsprocesser som är ständigt pågående. Se Petrusson 2004, s. 180ff. Det finns dock redan exempel på hur immaterialrättshavare har skapat strukturer för öppenhet och tillgänglighet. Se till exempel <http://www.unitaid.eu/en/20091215237/News/UNITAID-APPROVES-PATENT-POOL.html> om UNITAIDS patentpool som syftar till att öka tillgången till aidsmediciner i utvecklingsländer. Det är alltså i och för sig möjligt att vända på resonemanget

För att möjliggöra en fullskalig kapitalisering av intellektuella resurser måste de strukturer som krävs för att möjliggöra kapitalisering dessutom vara globala:

”The fact that the intellectual capital systems have to be developed and enacted globally in the same way as the financial systems does not make the situation any easier. [...] Thus, for the next decade or so, entrepreneurs have to struggle in a jungle of creative processes in order to establish new intellectual frameworks.”<sup>398</sup>

Globala, kollektiva strukturer av ovan nämnda slag är givetvis inte lätta att realisera. Redan dagens immaterialrättsliga system är tungrodda institutioner som knappast är särskilt lätta att påverka, annat än – lite tillspetsat kanske, men definitivt med mer än bara ett korn av sanning – i riktning mot ökad exklusivitet.<sup>399</sup> Att sätta sin tillit till marknadsaktörernas egenintresse att få marknaden att långsiktigt fungera och att skapa förutsättningar för ett så stort sammantaget värdeskapande som möjligt framstår också som tveksamt.<sup>400</sup> Det finns alltså onekligen stora risker förknippade med egendomifiering. I denna undersökning talas det därför i huvudsak istället om kontroll över intellektuella resurser, och helst då om balanserad sådan. I att det kan antas vara nödvändigt att på olika sätt möjliggöra och stödja en balanserad individuell kontroll över intellektuella resurser överensstämmer nämligen denna undersökning med det konstruktivistiska perspektivet.<sup>401</sup>

Kontroll och överföringsmöjligheter är hursomhelst avgörande för alla former av utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Den följande beskrivningen syftar till att visa på vad det konstruktivistiska synsättet kan lära oss om vad som krävs för att uppnå målet att öka kontroll- och överföringsmöjligheterna i den typ av situationer som står i fokus för denna specifika undersökning. Hur en sådan kontroll sedan skulle kunna utnyttjas inom ramen för en modell som – även utan den typ av omfattande kollektiva och globala institutioner som ovan har beskrivits som nödvändiga för en fullskalig kapitalisering – möjligtvis skulle kunna göra ett (om än i förhållandevis mindre

---

och hävda att det är just genom starka intellektuella äganderätter som öppenhet och tillgänglighet kan skapas och bibehållas. Med detta synsätt blir det de enskilda ägarnas uppgift att tillsammans bygga strukturer som tillgodoser de kollektiva intressena. Jfr med hur äganderätten i stort har hävdats påverka de reella möjligheterna att utnyttja andra fri- och rättigheter, exempelvis yttrandefriheten och religionsfriheten. (Se till exempel Åhman 2009, s. 132.)

<sup>398</sup> Petrusson 2004, s. 85.

<sup>399</sup> Se avsnitt 6.3.1 om de immaterialrättsliga systemens expansion.

<sup>400</sup> Jfr avsnitt 5.1.4.6 om hur en övertro på marknadsaktörernas upplysta egenintresse sannolikt var en central faktor bakom finanskrisen.

<sup>401</sup> Se del 1. Att det dock handlar om just ett antagande – om än på goda grunder – kan vara viktigt att framhålla. Hur världen skulle se ut helt utan möjligheter till privat kontroll över intellektuella resurser vet vi faktiskt inte. Antagligen skulle det sammantaget vara en fattigare och mer begränsad värld (ekonomiskt, teknologiskt, kulturellt och så vidare). Men faktum är som sagt att vi faktiskt inte *vet*. Därmed har vi givetvis en skyldighet att vara försiktiga i de här sammanhangen.

skala) utökat, och förhoppningsvis just balanserat, utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet möjligt kommer att analyseras i denna undersöknings fjärde del.

Den följande framställningen gör alltså inte några anspråk på att beskriva det konstruktivistiska synsättet i dess helhet. Utgångspunkt kommer att tas i de aspekter av detta synsätt som är av särskilt intresse för att möjliggöra ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser av det slag som det är fråga om i detta sammanhang som kreditsäkerhet. Det handlar alltså i första hand om vad det konstruktivistiska synsättet kan lära oss om förutsättningarna för att utöka möjligheterna att utnyttja teknologibaserade resurser av det slag som TDA innehar som kreditsäkerhet.<sup>402</sup> Det grundläggande problemet är att de intellektuella resurserna som sagt ofta är komplexa och kontextberoende och att vår förmåga att se de reella processerna bakom de ytliga föreställningarna vanligtvis är högst begränsad:

"The use of intellectual concepts such as capital, assets, properties, rights, contracts, and companies – yes, all intellectually claimed business phenomena – are veils covering the real cognitive complexity. The intellectual construction processes are hidden. In general, we are not aware of how theoretical claims, conceptual claims, norm experiences, power struggles, manipulation and moral considerations interact in the construction of innovations, ventures and markets. This is the primary reason why we lack the skills to value and evaluate assets, property, firms and markets in the knowledge sector, i.e. in intellectualized business."<sup>403</sup>

Många av de aktiviteter som de som hanterar de intellektuella resurserna måste ägna sig åt för att uppnå kontroll och överförbarhet syftar på ett eller annat sätt till att övervinna komplexiteten och kontextberoendet.

## ***11.2 Att övervinna komplexiteten och kontextberoendet***

Inom ramen för det konstruktivistiska perspektivet beskrivs komplexiteten och kontextberoendet på en mängd olika sätt. Det talas till exempel om:

- Att intellektuella resurser ofta egentligen inte kan skiljas från underliggande intressen.
- Att intellektuella resurser är resultatet av olika kommunikationsprocesser.
- Att intellektuella resurser ofta egentligen inte kan skiljas från underliggande individuella och kollektiva anspråk och att dessa anspråk inte sällan är outtalade och kanske okända.

---

<sup>402</sup> Se kapitel 9.

<sup>403</sup> Se Petrusson 2004, s. 11.

- Att intellektuella resurser ofta egentligen inte kan skiljas från underliggande relationer mellan individer såväl som mellan organisationer, det vill säga att intellektuella resurser ofta är beroende av nätverk av olika slag.
- Att intellektuella resurser kännetecknas av att värdeskapandeprocessen ofta är beroende av en mängd olika element – en immateriell rättighet är alltså sällan särskilt intressant, sedd isolerad för sig.
- Att intellektuella resurser överhuvudtaget ofta kännetecknas av så kallad strukturell ordning, det vill säga att förutsättningarna för deras utnyttjande ofta är svåra att få grepp om – till stor del just på grund av de ovan nämnda omständigheterna.

Komplexiteten och kontextberoendet är följaktligen av grundläggande betydelse i sammanhanget. Den som vill öka sina möjligheter att kontrollera och överföra intellektuella resurser måste på något sätt lära sig att se igenom komplexiteten och övervinna kontextberoendet – allt i syfte att komma åt de reella processer och fenomen som är avgörande för det effektiva utnyttjandet av intellektuella resurser. Det konstruktivistiska perspektivet visar hur det på en praktisk hanteringsnivå är nödvändigt att ägna sig åt en mängd olika aktiviteter för att lyckas med detta. Sammantaget ger beskrivningen av dessa aktiviteter en fördjupad förståelse för förutsättningarna att skapa den kontroll och överförbarhet som krävs för att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

Bland de aktiviteter som krävs för att skapa kontroll och överförbarhet finner vi bland annat:

- Att hantera immateriella rättigheter med mera som byggstenar och verktyg i syfte att konstruera innovationer, verksamheter och marknader.
- Att skapa en grundläggande kontroll över resurserna i fråga, bland annat genom att försöka styra de kommunikationsprocesser som är avgörande för konstruktionen av de intellektuella resurserna.
- Att försöka hantera alla de olika intressen som är relevanta i sammanhanget och om möjligt skapa den lojalitet och den kollektiva uppslutning som ofta krävs för att intellektuella resurser skall kunna realiseras.
- Att analysera de olika anspråk som förekommer i ett visst sammanhang och att kontraktuellt ordna dessa så att det blir möjligt att hantera resurserna på ett effektivt sätt.
- Att särskilt uppmärksamma och hantera de relationer som ofta utgör en central del av resursen.



- Att kartlägga resursernas olika delar och skapa en helhetsbild av hur resurserna fungerar inom ramen för den värdeskapande processen.
- Att paketera alla dessa resurselement på ett sätt som möjliggör överföring.

Låt oss titta närmare på några av dessa aktiviteter och förutsättningarna för att genomföra dem.

Jag kommer i det följande att beskriva ett antal aktiviteter som ingår i de tre olika nycklar som tillsammans ger en helhetsbild av det konstruktivistiska synsättet.<sup>404</sup> Dessa tre nycklar kommer inte att beskrivas i sin helhet och jag kommer heller inte att referera uttryckligen till dem. Syftet är här som sagt inte att beskriva det konstruktivistiska synsättet i hela dess omfattning utan att lyfta fram vissa aspekter som är särskilt betydelsefulla för förståelsen av vad som krävs för att uppnå den kontroll som är nödvändig för att kunna utnyttja framförallt teknologiresurser som kreditsäkerhet.

### **11.2.1 Att hantera immateriella rättigheter med mera som byggstenar och verktyg som kan utnyttjas för konstruktiva syften**

Immateriella rättigheter, regler om företagshemligheter och kontraktuella arrangemang kan ur ett managementperspektiv där hanteringen av de intellektuella resurserna står i centrum ses som både byggstenar och verktyg.<sup>405</sup> Detsamma kan sägas om sådant som affärsstrategier, affärsplaner och andra icke-rättsliga fenomen som är viktiga i affärsskapandet. Som byggstenar kan de immateriella rättigheterna med mera utgöra grunden för konstruktionen av såväl resurserna som verksamheten och ibland till och med marknaden som sådan. Byggstensperspektivet handlar alltså i hög utsträckning om att se hur de immateriella rättigheterna med mera kan utnyttjas för att konstruera och kontrollera det vidare sammanhang som resurserna och verksamheten befinner sig inom ramen för. För att uppnå detta är det nödvändigt att utnyttja (eller i varje fall vara beredd att utnyttja) de immateriella rättigheterna med mera som verktyg. Det handlar här bland annat om sådant som att påtala immaterialrättsintrång och att utnyttja olika typer av patent- och andra strategier för att uppnå vissa konkreta mål.

Vad det i grunden handlar om är att försöka skapa en kontroll som möjliggör konstruktionen av den vidare plattform som är nödvändig för att verksamheten skall fungera och att resurserna skall kunna utnyttjas effektivt. De immateriella rättigheterna med mera måste alltså ses och utnyttjas ur ett kontextuellt perspektiv. Vad gäller immateriella rättigheter, så är det nödvändigt att beakta det vidare sammanhanget redan i samband med konstruktionen av rättigheterna.

---

<sup>404</sup> Se Petrusson 2004, s. 100-101 för en sammanfattning av nycklarna.

<sup>405</sup> Se Petrusson 2004, s. 90ff.

### **11.2.2 Att beakta de intellektuella resursernas kontextuella karaktär redan i samband med konstruktionen av immateriella rättigheter**

De intellektuella resursernas ofta komplexa och kontextberoende karaktär framgår tydligt av hur det effektiva utnyttjandet av intellektuella resurser är beroende av konstruktionen av specifika immateriella rättigheter.<sup>406</sup> För att möjliggöra ett verkligt effektivt utnyttjande av intellektuella resurser är det nödvändigt att redan i konstruktionsfasen sträva efter att rättigheterna skall resultera i en så effektiv kontroll som möjligt av de reella resurserna. Det handlar alltså om att se konstruktionsprocessen som en designprocess som måste relateras till det vidare teknologiska och affärsmässiga sammanhanget. På grund av den ofta snabba teknologiska utvecklingen måste denna designprocess ofta vara ständigt pågående och framtidsinriktad.<sup>407</sup>

Inom ramen för det konstruktivistiska synsättet beskrivs detta som att konstruktionen av immateriella rättigheter är en design-, validerings- och konstruktionsprocess som äger rum på tre olika arenor – den administrativa arenan, den judiciella arenan respektive affärsarenan. Den administrativa arenan utgörs till exempel av patentmyndigheter och andra administrativa enheter som i många fall har ett avgörande inflytande över konstruktionsprocessen. Den judiciella arenan utgörs bland annat av domstolar och andra rättsliga institutioner. Affärsarenan är den arena där marknadsaktörerna möts och affärsverksamheten äger rum. När det gäller patent äger designprocessen rum huvudsakligen på den administrativa arenan. Valideringsprocessen är i hög utsträckning beroende av händelser (eller i varje fall föreställningar och prognoser om händelser) på den judiciella arenan. När patentet har accepterats av relevanta aktörer kan det sägas ha konstruerats.<sup>408</sup>

I teknologisammanhang handlar designprocessen ofta om att hantera och medvetet försöka styra den process som så småningom kan leda fram till ett beviljat patent. Med ett konstruktivistiskt synsätt framstår designprocessen som en möjlighet att medvetet påverka den administrativa processen i den riktning som är mest gynnsam för det effektiva utnyttjandet av en viss teknologisk innovation. Ofta handlar det om att arbeta med patentkraven i syfte att den patenterade uppfinningen i så hög utsträckning som möjligt skall stödja det reella utnyttjandet av innovationen. Utformningen av patentkraven bör alltså styras av hur innovationen utnyttjas (eller är tänkt att utnyttjas)<sup>409</sup>

I samband med konstruktionen av patent är det, mot bakgrund av den formella administrativa processen, särskilt tydligt att det rör sig om just en konstruktionsprocess som i viss utsträckning kan påverkas och att patent därmed i viss mån kan designas.<sup>410</sup> Medvetna designinsatser kan emellertid vara av stor betydelse även i det fall det saknas en särskild administrativ process.<sup>411</sup> Det finns anledning att betrakta även konstruktionen av icke-registreringsbara

---

<sup>406</sup> Se Petrusson 2004, s. 106ff.

<sup>407</sup> Se Petrusson 2004, s. 124.

<sup>408</sup> Se Petrusson 2004, s. 103.

<sup>409</sup> Se Petrusson 2004, s. 107.

<sup>410</sup> Se Petrusson 2004, s. 104.

<sup>411</sup> Se Petrusson 2004, s. 114-116.

immateriella rättigheter som upphovsrätter, företagshemligheter och kontraktuella arrangemang som en designprocess. I dessa fall handlar det i hög utsträckning om att bedöma förutsättningarna för att utnyttja den här typen av rättigheter med mera för att möjliggöra exempelvis den kontroll och handlingsfrihet som bedöms vara nödvändig för att effektivt utnyttja en innovation. Det effektiva utnyttjandet av tekniska innovationer numera ofta är dessutom helt beroende av tillgången till varumärken med mera.<sup>412</sup> Den här typen av symboler representerar ofta de värden och upplevda kvaliteter som utgör en viktig del även av teknologiresurser, sedda som produkter.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att en medveten design av immateriella rättigheter med mera kan antas vara nödvändig för att möjliggöra ett verkligt effektivt utnyttjande av intellektuella resurser. Vad det i grunden handlar om är att relatera och anpassa konstruktionen av de rättsliga verktygen till det sammanhang där de skall utnyttjas. En skickligt genomförd designprocess är emellertid inte alltid nog för att möjliggöra ett verkligt effektivt utnyttjande av intellektuella resurser. Hur skicklig man än är i konstruktionen av immateriella rättigheter och andra instrument som kan bidra till den grundläggande kontrollen över intellektuella resurser kommer man inte runt att det effektiva utnyttjandet av resurserna ofta är beroende av hantering av reella kunskapsprocesser, information, relationer, individer och så vidare. Särskilt tydligt blir detta kanske i samband med överföring av intellektuella resurser.

### **11.2.3 Att hantera de intellektuella resurserna som reella kunskapsprocesser, rutiner med mera som måste internaliseras av individer**

När intellektuella resurser överförs är det ofta nödvändigt att hantera reella kunskapsprocesser, rutiner med mera. Vad det handlar om är att se till att de individer som skall hantera resurserna verkligen internaliserar de intellektuella element som det är fråga om.<sup>413</sup> Det som kan se ut som en "immaterialrättsbaserad" transaktion innehåller ofta en mängd andra element. Det "objekt" som faktiskt måste kontrolleras är alltså ofta komplext och kontextberoende:

"[...] the usage of one IPR is seldom enough to conceptualize what a customer would consider to be an interesting value proposition".<sup>414</sup>

Det som vid en första anblick kan te sig som en "immaterialrättsbaserad" transaktion kan alltså i realiteten ofta handla om kommunikation kring ett mycket bredare resursspektrum:

---

<sup>412</sup> Se Petrusson 2004, s. 126.

<sup>413</sup> Se Petrusson 2004, s. 86.

<sup>414</sup> Se Petrusson 2004, s. 231.

"An intellectual transaction will, to a large extent, relate to communication. Because intellectual property does not exist in itself, a transaction will include: 1) communication of the claimed intellectual property and IPRs, 2) communication of obligations of how to act and not to act, etc. and 3) communication of the technical functions, utilities, music and other intellectual phenomena enabling a value experience. [...] Obviously, an intellectual transaction often includes work. The communication, as well as the implementation, may require work. Individuals may demonstrate, instruct and, in other ways deliver work that will generate the value experience."<sup>415</sup>

De intellektuella resurserna är alltså ofta uppbyggda av en mängd olika intellektuella element. Det är dessa element som måste hanteras i en överföringssituation. En lyckad överföring kräver därmed ofta att de intellektuella resurserna internaliseras av individer som skall hantera resurserna. Internaliseringen kräver ofta utbildningsinsatser. Överföringen kan också underlättas (och också ofta antas kräva) att de intellektuella resurserna har kartlagts och kodifierats. Inte minst gäller detta tekniska innovationer.

#### **11.2.4 Kartläggning av intellektuella resurser**

Kartläggning av tekniska innovationer kan alltså ses som en aktivitet som kan bidra till att möjliggöra kontroll och överföring av den här typen av resurser (samt även till möjligheterna att värdera och överhuvudtaget utnyttja den här typen av resurser effektivt).<sup>416</sup>

En sådan kartläggning handlar för det första om att klargöra hur kontrollmöjligheterna ser ut. Kontrolleras (eller kan det antas vara möjligt att kontrollera) resursen med hjälp av immateriella rättigheter, företagshemlighetsstrategier, kontraktuella arrangemang, teknisk kontroll, en stark marknadsposition, och så vidare? Ofta handlar det om att ett flertal olika typer av reellt eller potentiellt kontrollgrundande anspråk samverkar.<sup>417</sup> Anspråk grundade på teknisk kontroll kan samverka med anspråk grundade på en stark marknadsposition, kontraktuella arrangemang, immateriella rättigheter, hemlighållande och så vidare.

För det andra handlar det om att kartlägga de idéer och reella funktioner som den tekniska innovationen innefattar. Det kan här handla om att identifiera vilka olika nivåer av en uppfinning som är relevanta i sammanhanget (patentet, den patenterbara uppfinningen, den tekniska uppfinningen). Det kan även vara betydelsefullt att identifiera sådant som know-how, olika typer av information, mjukvara, databaser, instruktioner med mera som är centrala för utnyttjandet av innovationen.

---

<sup>415</sup> Se Petrusson 2004, s. 231.

<sup>416</sup> Se Petrusson 2004, s. 76 samt s. 186ff.

<sup>417</sup> Se Petrusson 2004, s. 128-129.

Kartläggning av innovationer anknyter nära till den "knowledge management"- och kodifieringstrend som har varit framträdande i de senaste årens IP/IC managementutveckling. Denna trend har beskrivits som en "integrationsfas" där många företag investerade i att utveckla omfattande informationssystem. Resultatet av investeringarna blev bland annat IT-system som innehåller detaljerad information om företagets egen patentportfölj och ibland även om konkurrenters patent. Under integrationsfasen sägs även vikten av att kodifiera de anställdas kunskap ha betonats. De exempel på syften med en kodifiering av detta slag som anges inkluderar (i) att möjliggöra försäljning av kunskap, (ii) att skapa en större förståelse för de produkter som företaget säljer för att öka den övergripande effektiviteten, (iii) att underlätta inläring, (iv) att öka den hastighet varmed nya produkter kan lanseras.<sup>418</sup>

Var gränserna går för vad som är möjligt att kodifiera är svårt att säga. Särskilt svårt är det kanske att bedöma i vilken utsträckning det är möjligt att kodifiera den så kallade tysta, underförstådda kunskap som är av stor betydelse för verksamheter som är kopplade till teknologi och naturvetenskap.<sup>419</sup> Enligt en uppfattning är en stor del av den tysta kunskapen är okodifierbar.<sup>420</sup> Enligt en annan uppfattning bör inte svårigheterna att kodifiera teknisk kunskap överdrivas och det anses först och främst vara kostnaden för kodifiering som avgör om viss teknisk kunskap kommer att kodifieras.<sup>421</sup> Hursomhelst är det ett faktum att stora ansträngningar har gjorts under senare år och att den här typen av kodifierad kunskap med mera ofta har ett stort värde och är mycket betydelsefull för det effektiva utnyttjandet av intellektuella resurser.

Till kartläggning av innovationer anknyter även behovet av att kartlägga och hantera de anspråk och relationer som ofta är av avgörande betydelse för det effektiva utnyttjandet av en innovation.<sup>422</sup>

I samband med konstruktionen av en innovation uppkommer det ofta en mängd olika typer av anspråk som härrör från de individer som deltagit i konstruktionsprocessen. Ofta råder det oklarhet kring hur de olika anspråk som de individer som har deltagit i konstruktionen kan eller kan antas ha möjlighet att göra gällande skall hanteras.<sup>423</sup> Dessa anspråk är dessutom ofta outtalade och mer eller mindre okända. För att en innovation skall kunna utnyttjas effektivt krävs det ofta att dessa anspråk inte bara kartläggs utan även struktureras och

---

<sup>418</sup> Se Davies & Harrisson 2001, s. 117.

<sup>419</sup> Se till exempel Cowan, David & Foray 2000, s. 217 med hänvisningar. Begreppet "tacit knowledge" lär för övrigt ha introducerats av Michael Polanyi i de båda verken *Personal knowledge: Towards a post-critical philosophy* från 1958 och *The tacit dimension* från 1967. Idag används begreppet ofta för att beteckna all kunskap som inte är kodifierad, det vill säga nedtecknad eller i varje fall representerad av någon typ av symboler – eller, med andra ord, omvandlad till information. Det har framhållits att denna användning leder till att Polanyis betoning av det kontextuella elementet i den underförstådda kunskapen ofta förbises. (Se Cowan, David & Foray 2000, s. 212.)

<sup>420</sup> Se Cowan, David & Foray 2000, s. 223 med hänvisningar.

<sup>421</sup> Se Cowan, David & Foray 2000, s. 22 med hänvisning till Nelson & Winter 1982, s. 78.

<sup>422</sup> Se Petrusson 2004, s. 189ff.

<sup>423</sup> Se Petrusson 2004, s. 160-162.

tydliggörs i en kontraktuell form som möjliggör ett effektivt utnyttjande av resursen.

Det effektiva utnyttjandet av en innovation kräver vidare ofta att anspråk och relationer på en mer övergripande nivå kartläggs och hanteras.<sup>424</sup> Dels handlar det om att det effektiva utnyttjandet av intellektuella resurser ofta är beroende av en mängd olika resurselement som härstammar från olika håll, det vill säga kontrolleras av olika aktörer. En innovation är följaktligen ofta beroende av ett nätverk av licensrelationer. Nätverk av detta slag kan dessutom vara helt nödvändiga för att uppnå den acceptans bland ett kollektiv av aktörer som ofta krävs för att en intellektuell resurs skall kunna kontrolleras. Inom ramen för det konstruktivistiska synsättet beskrivs detta bland annat som att:

”For a firm in intellectualized business, the creation of innovations will be, to a large extent, about developing contractual networks of norm systems generating the reification of intellectual products, virtual products, transactions of products, strategic alliances, joint ventures, etc.”<sup>425</sup>

Vikten av acceptans och reifiering leder över till den mer övergripande betydelse som skapandet av en föreställning om intellektuella resurser som permanenta, enhetliga och ”existerande” har inom det konstruktivistiska synsättet. Lika viktigt som att hantera de reella kunskapsprocesserna, relationerna med mera anses det vara att sträva efter att skapa och förstärka föreställningar om intellektuella resursers permanens och enhet i stort. Vad det handlar om är att med hjälp av immateriella rättigheter och andra rättsliga och icke-rättsliga instrument som kan användas som byggstenar och verktyg – inte minst språk och symboler av olika slag – påverka andra människors uppfattningar och föreställningar – ”normupplevelser” med det konstruktivistiska synsättets begreppsapparat:

”By foreseeing, generating and governing norm experiences, the entrepreneur will be able to design and construct innovations, ventures and even markets based on the normative impact of intellectual property claims.”<sup>426</sup>

Målet är helt enkelt att få så många som möjligt att acceptera de intellektuella konstruktioner som är nödvändiga för att realisera de intellektuella resurserna och driva verksamheten. Äganderättsbegreppet spelar här som sagt en viktig roll i det konstruktivistiska receptet. Genom att utnyttja äganderättsbegreppet kan det antas vara möjligt att skapa föreställningar om en berättigad exklusivitet och kontroll.<sup>427</sup> Av avgörande betydelse är dock som sagt att det samtidigt råder balans mellan icke-exklusivitet och exklusivitet och att det finns en öppenhet och

---

<sup>424</sup> Se Petrusson 2004, s. 178ff.

<sup>425</sup> Se Petrusson 2004, s. 163.

<sup>426</sup> Se Petrusson 2004, s. 145.

<sup>427</sup> Se avsnitt 4.2.3.

tillgänglighet inbyggd i systemet. Det konstruktivistiska synsättet visar visserligen hur äganderätts- och kapitaltemat skulle kunna utgöra ett ledmotiv i en stor och potentiellt god historia om en nödvändig strukturell omvandling till följd av intellektualiseringen av ekonomin och samhället i stort. Riskerna med egendomifiering och kapitalisering är emellertid som sagt stora. Inte minst finns det en risk att den här typen av egendomifierings- och kapitaliseringsprocesser kapas av aktörer som inte har det allmänna bästa för ögonen. Frågan är därmed som sagt om inte äganderättsbegreppet kan antas vara ett alltför kraftfullt och möjligtvis även alltför trubbigt instrument för att skapa den balanserade kontroll som eftersträvas. I varje fall kan detta antas vara fallet om det inte är *den stora* historien som skall berättas utan en liten (och förhoppningsvis god) sådan, som i högre utsträckning utgår från de nuvarande förutsättningarna. Även för en historia av detta slag kan emellertid de lärdomar som kan dras av det konstruktivistiska synsättet vara av betydelse. Detta kommer att utvecklas i det följande, och avslutande, avsnittet i detta kapitel. I det följande skall alltså de sammanfattande slutsatser för finansiering som kan dras av det konstruktivistiska synsättet presenteras.

### **11.3 Slutsatser för finansiering**

Det konstruktivistiska synsättet visar inte bara på hur de intellektuella resurserna ofta är komplexa och kontextberoende. Detta synsätt fördjupar också förståelsen för vad som krävs för att möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall kunna utökas.

En central slutsats är att det med ett konstruktivistiskt synsätt blir uppenbart att den praktiska hanteringen av intellektuella resurser egentligen knappast går att skilja från tillämpningen av rättskonstruktioner. De intellektuella resurserna är konstruktioner som ofta är helt beroende av tillämpning av och kommunikation kring olika rättskonstruktioner. Framförallt immateriella rättigheter, men även regler om företagshemligheter, kontraktuella arrangemang och så vidare. För att skapa den grundläggande kontroll över de intellektuella resurserna som är nödvändig för att möjliggöra ett utökat utnyttjande av dessa resurser som kreditsäkerhet är det till exempel av stor betydelse att sträva efter att medvetet designa immateriella rättigheter och andra rättsliga verktyg så att de är anpassade till de aktuella resurserna och den verksamhet de skall utnyttjas inom ramen för.

Kopplingen mellan de immateriella rättigheterna och det sammanhang de skall utnyttjas inom leder även till vidare slutsatser om de intellektuella resursernas kontextuella karaktär. Immateriella rättigheter utgör i många fall endast ett av flera nödvändiga element i en värdeskapande helhet. Detta medför för det första att det är nödvändigt att förstå den specifika värdeskapande processen för att det skall vara möjligt att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Helhetstänkandet medför för det andra att det i många fall är just

helheten, eller i varje fall de centrala delarna av denna helhet, som är intressant ur kontroll och överföringssynpunkt. En viktig anledning till att immateriella rättigheter så sällan utnyttjas som kreditsäkerhet är att de immateriella rättigheterna ofta endast utgör delar av större värdeskapande helheter. Det effektiva utnyttjandet av en teknisk innovation kan ofta vara beroende av inte bara en patentportfölj utan även sådana resurselement som know-how, databaser med olika typer av information, andra immateriella rättigheter (inte minst varumärken), relationer och så vidare.

Det konstruktivistiska synsättet visar även på hur det i princip skulle vara möjligt att uppnå en ökad kontroll över i varje fall de centrala delarna av den här typen av sammansatta resurser. Åtgärder som kartläggning av innovationer och uppfinningar skulle till exempel kunna bidra till ökade kontroll- och överföringsmöjligheter. Särskilt intressant är i detta sammanhang också den "knowledge management"- och kodifieringstrend som varit framträdande under flera år och som har lett till att det har gjorts relativt stora investeringar i identifiering, strukturering och kodifiering av olika typer av kunskap och information som är kopplad till patent, innovationer och teknologi. För att skapa förutsättningar för kontroll och överföring är det emellertid också nödvändigt att hantera de relationella delarna av de intellektuella resurserna. Ett första steg är kartläggning av de för det effektiva utnyttjandet av resurserna centrala relationerna. I detta sammanhang finns det också anledning att uppmärksamma att relationsperspektivet har koppling till det faktum att det ofta råder oklarhet kring de anspråk som kan göras gällande. I samband med konstruktionen av exempelvis en teknologisk innovation kan det ofta uppkomma en mängd, explicita såväl som implicita, anspråk från olika individer som har deltagit i konstruktionen. För att möjliggöra ett effektivt utnyttjande såväl som kontroll och överföring är det ofta nödvändigt att först identifiera och kontraktuellt strukturera dessa anspråk.

Om målet är mer generellt utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet är förmågan att på den individuella nivån kunna skapa kontroll och överförbarhet emellertid knappast nog. Det konstruktivistiska synsättet visar hur en mer generell utveckling på detta område är beroende av kollektiva strukturer. Det handlar här dels om nätverk av olika slag, till exempel licensbaserade nätverk som möjliggör det effektiva utnyttjandet och kontrollen av vissa resurser. Men det handlar också om kollektiva åtgärder på en än mer övergripande nivå, i slutändan sannolikt om konstruktionen av en motsvarighet till många av de centrala elementen i den intellektuella infrastruktur som omfattar och stödjer utnyttjandet av materiella och finansiella resurser som kreditsäkerhet. Av betydelse kan faktorer som värderingsmöjligheter, mer eller mindre transparenta marknader, institutioner med kontrollerande och övervakande funktion, rapporteringsverktyg, medial bevakning och så vidare antas vara. Överhuvudtaget handlar det om att skapa ett övergripande förtroende för intellektuella resurser som kreditsäkerhet.



Förtroendet på denna mer övergripande nivå är dock sannolikt beroende av framgångsrika steg på den individuella nivån. Det är antagligen först när en mängd enskilda intellektuella resurser faktiskt är föremål för en tillräckligt hög grad av kontroll och överförbarhet som det finns en möjlighet att skapa en mer övergripande kollektiv tillit.

Mot bakgrund av den mängd av mycket omfattande och avancerade insatser – på såväl individuell som kollektiv nivå – som krävs för att möjliggöra mer generellt utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan det konstateras att vi i nuläget sannolikt befinner oss ganska långt ifrån en situation där detta skulle vara möjligt. Den övergripande kollektiva infrastrukturen saknas i stort sett och trots att intresset för både de teoretiska och praktiska aspekterna av hantering av intellektuella resurser har ökat betydligt under de senaste åren, så är det sannolikt endast ett fåtal aktörer som har förmågan att hantera sina intellektuella resurser på ett sådant sätt att det är möjligt att komma i närheten av den grad av kontroll och överförbarhet som krävs för att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt.

De praktiska utmaningar som föreligger i detta sammanhang medför att om en mer generell utveckling på området någon gång skall ta fart, så måste utvecklingen sannolikt drivas fram av specialiserade finansmarknadsaktörer som tar små steg i riktningen mot ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Den här typen av aktörer måste ha en bred kompetens inom många områden. Det handlar om att behärska såväl den praktiska, juridiska som ekonomiska hanteringen av resurserna. Eftersom en process av detta slag, med allt vad en sådan innebär av identifiering, strukturering och kodifiering, kan antas bli mycket kostsam kan ett mer utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet dessutom endast antas uppkomma i det fall den här typen av hantering börjar ses som någonting värdefullt oavsett om genomförandet av en kreditsäkerhetstransaktion är slutmålet eller inte. Det är alltså sannolikt först i en situation där kunskapsföretag regelmässigt hanterar sina resurser på detta sätt som kostnaderna kan antas bli tillräckligt låga för att ett mer utbrett utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt.

Trots att förutsättningarna för ett mer omfattande utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet alltså knappast kan antas föreligga i nuläget måste det anses vara en angelägen uppgift att gå vidare med analysen. Att ett mer omfattande utnyttjande sannolikt är en framtidsfråga gör inte frågan mindre intressant eller betydelsefull. Utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan som sagt antas innefatta en värdeskapande potential av stora mått.

Den fråga som skall behandlas i denna undersökningens följande del är frågan om hur förutsättningarna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet ter sig mot bakgrund av de etablerade verktygen och de lösningar som återfinns i

det traditionella rättskällematerialet. Det kommer knappast som en överraskning att dessa verktyg lösningar präglas av ett rättighetsperspektiv snarare än av ett resursperspektiv. Intresset och förståelsen för de intellektuella resursernas betydelse och förutsättningarna för hanteringen av dessa resurser är ett relativt nytt fenomen. Inte desto mindre är det ett intressant och betydelsefullt konstaterande att man i management- och värderingssammanhang delvis tänker annorlunda kring intellektuella resurser och immateriella rättigheter än vad jurister typiskt sett gör. Den centrala slutsatsen av den kommande analysen av de etablerade rättsliga verktygen och de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet är alltså inte bara att det saknas ett resursperspektiv i det traditionella rättsliga materialet, utan att det krävs nya, eller i varje fall förändrade, rättsliga konstruktioner som baseras på ett resursperspektiv. I synnerhet om ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet någonsin skall bli verklighet.

# Del 3

Om lösningarna i det traditionella  
rättskällematerialet



## 12 Introduktion till del 3 (kap 13-18): Om lösningarna i det traditionella rättskällematerialet

I undersökningens tredje del kommer förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet att analyseras mot bakgrund av det traditionella rättskällematerialet. Den övergripande frågan inom ramen för denna del är *i vilken mån den sak- och immaterialrättsliga strukturen stödjer respektive motverkar en tänkt transaktion som den mellan TDA och I-Capital*. För att besvara denna fråga kommer de för TDA och I-Capital relevanta sak- och immaterialrättsliga lösningarna såsom de framträder i de traditionella rättskällorna att analyseras. Det handlar för det första om att analysera hur etablerade krediträttsliga verktyg som registrering av pant i patent och varumärken i enlighet med 12 kap patentlagen respektive 34 a-j §§ varumärkeslagen fungerar för TDA och I-Capital. I syfte att ytterligare öka förståelsen för de rättsliga förutsättningarna för utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kommer även det sak- och immaterialrättsliga tänkandet i stort att analyseras. Hanteringen och värderingen av TDA:s resurser kräver nämligen en förståelse inte bara för de renodlat krediträttsliga verktygens funktion. En vidare förståelse för den sak- och immaterialrättsliga föreställningsramen är av betydelse inte minst eftersom TDA:s resurspaket delvis består av förvärvade patent och patentlicenser. Dessutom spelar säkerhetsöverlåtelsekonstruktionen en långt ifrån obetydlig roll för utnyttjandet av immateriella rättigheter som kreditsäkerhet. Följaktligen är även frågor som immaterialrättsförvärvarens och licenstagarens borgenärsskydd av stor betydelse för TDA och I-Capital. Att analysera det sak- och immaterialrättsliga tänkandet i stort är givetvis också nödvändigt för att kunna uttala sig om sak- och immaterialrättens övergripande struktur. I korthet kan denna struktur beskrivas enligt följande.

TDA och I-Capital kommer mycket snart bli varse att det sak- och immaterialrättsliga området till stor del är outvecklat och ofta kännetecknas av vaghet och osäkerhet.<sup>428</sup> Det traditionella rättskällematerialet kan beskrivas som fragmentariskt.<sup>429</sup>

---

<sup>428</sup> Många av dem som har ägnat sig åt sak- och immaterialrättsliga frågor har framhållit just detta. Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 294: "[...] det råder betydande osäkerhet om vad som gäller för immaterialrätterna på det sakrättsliga området." Se vidare Folkesson 2007, s. 126: "I vissa rörelsedrivande företag kan varumärkesrätter, patent, upphovsrättsliga royaltyn, firmarätter eller andra immateriella ensamrätter vara de största och viktigaste tillgångarna. Det råder stor osäkerhet om vad som gäller för sådana tillgångar om företaget går i konkurs. [...] Jag anser att det är svårt att harmoniera obeståndsrätt med immaterialrätt. Mellan de jurister som arbetar inom respektive område råder också någon slags märklig 'språkbarriär'. Juristerna är rädda för att 'trampa in' på varandras specialområde. I obeståndslitteraturen är immaterialrätten mestadels styvmoderligt behandlad och det omvända gäller förhållandet i den immaterialrättsliga litteraturen." Levin 2007, s. 470: "Den ökade medvetenheten om immaterialrätters ekonomiska värden gör att intresset för dem som

Att kombinationen sakrätt och immaterialrätt är ett besvärligt område är inte förvånande. Immateriella rättigheter är en förhållandevis ny företeelse. Visserligen sägs det ofta att immaterialrättens rötter går tillbaka till åtminstone 1400-talets italienska stadsstater.<sup>430</sup> Det är emellertid först under de senaste decennierna som immaterialrätten och immaterialrättsbaserade transaktioner har börjat spela en verkligt central roll i samhällsutvecklingen. Immaterialrättens ökade betydelse avspeglas inte minst i den omfattande och högt uppdrivna lagstiftningstakt som kännetecknar immaterialrätten på såväl global, regional som nationell nivå.<sup>431</sup> Denna utveckling har emellertid främst berört immaterialrätternas statiska utformning. Immaterialrätternas dynamiska sida – det vill säga hur immaterialrättstransaktioner och de tredjemansskyddskonflikter som kan uppkomma i samband med dessa transaktioner – skall hanteras har i jämförelse endast ägnats sporadisk uppmärksamhet. Immaterialrätten har därför vad gäller tredjemansskyddsproblematiken i stort sett kommit att utelämnas åt sakrätten, ett uråldrigt och till stora delar okodifierat rättsområde som i hög utsträckning utvecklats evolutionärt med huvudsaklig

---

pantobjekt och tillgångar i konkurser har ökat. Det skapar många frågetecken, eftersom immaterialrätters speciella egenskaper gör att de inte heller sakrättsligt kan likställas med annan egendom. Sådana frågor har endast utretts i begränsad utsträckning, och hanteringen kräver särskilda överväganden och insikter i både det immaterialrättsliga och det sakrättsliga systemet.” Martinson 2006, s. 22: ”Beträffande immaterialrätter finns det anledning att påpeka att de sakrättsliga strukturerna inte nödvändigtvis passar. Att t ex tala om äganderätt till en immaterialrätt kan skapa följdföreställningar som passar dåligt med det faktum att en immaterialrätt snarast är en balans mellan olika intressen kring främst konkurrensaspekter i samhället.” Se vidare även Martinson 2010. Möller 1997, s. 15: ”Immateriella rättigheters ställning vid konkurs är ett omfattande ämne som rymmer en mängd praktiskt och principiellt intressanta men också svårbedömda frågor.” Persson & Wolk 2002, s. 40: ”Hur immaterialrätter skall behandlas sakrättsligt och konkursrättsligt rymmer en mängd principiellt intressanta, men även svårbedömda frågor. För det första är det osäkert vilken ställning immaterialrätterna har i t.ex. sakrättsligt avseende, eftersom lagstiftningen kring många av immaterialrätterna endast behandlar obligationsrättsliga sidor av rätten. Vidare verkar till följd av globalisering många immaterialrätter inte på en nationell marknad utan på en internationell, vilket försvårar överblicken av rätternas ställning till följd av olika behandling av dem i skilda rättsordningar.”

<sup>429</sup> Vilket till viss del påverkar den kommande framställningen som ju utgör en presentation och analys av detta material. Om läsaren får intrycket att urvalet av frågor som behandlas ter sig ojämnt och kanske till och lite slumpartat, så är det inte helt obefogat. Framställningens yttre ram utgörs visserligen på TDA:s och I-Capitals finansiella transaktion. Inom denna ram styrs dock urvalet av problem och frågor i hög utsträckning av det som sagt fragmentariska rättskällematerialet.

<sup>430</sup> Se till exempel David 1993, s. 47ff. Det har dock hävdats att de äldsta immaterialrättsliknande fenomenen är betydligt äldre. Allra äldst skulle de ensamrätter till recept som de matälskande sybaritiska kungarna delade ut till de kockar som lyckats särskilt väl med att tillfredsställa den kungliga aptiten vara. (Se Kockvedgaard 1965, s. 46-47.) De äldsta immaterialrättsliknande fenomenen skulle alltså vara över 2500 år gamla. Någon immaterialrättsliknande ensamrätt till kunskapsresurser förekom inte i någon av de stora antika eurasiska civilisationerna. I såväl det gamla Grekland, Rom som Kina ansågs idéer och kunskap vara givna av gudarna eller förfäderna. Att hävda en privat äganderätt till intellektuella fenomen förefaller ha varit i det närmaste otänkbart. Inställningen var i stort sett densamma i både den förmoderna kristna och muslimska världen. (Se Hesse 2002, s. 26ff.)

<sup>431</sup> Om de senaste decenniernas explosionsartade immaterialrättsliga utveckling, se avsnitt 6.3.1 ovan.

inriktning på hantering av materiella resurser.<sup>432</sup> Avsaknaden av reglering har medfört att den sak- och immaterialrättsliga struktur som har växt fram har gjort så huvudsakligen i den juridiska litteraturen. Antalet sak- och immaterialrättsliga domar från Högsta domstolen kan räknas på ena handens fingrar. Det är emellertid uppenbart att det fåtal domar som finns i stort sett följer det övergripande mönster som har utvecklats i litteraturen. I korthet kännetecknas detta mönster av att de immateriella rättigheterna framträder som avgränsade objekt. Dessa immaterialrättsobjekt utgör i stort sett systemets minsta gemensamma nämnare och anses i princip kunna vara föremål såväl för traditionella förfogandeformer (överlåtelse, upplåtelse och så vidare) som för olika sakrättsanspråk i samband med dynamiska sakrättsliga konflikter. I de dynamiska konfliktsituationer som är av så stor betydelse för en säkerställd kreditgivare är det alltså i princip endast den immateriella rättigheten som sådan som anses kunna vara föremål för sakrättsligt skydd. Detta objektbaserade grundmönster förefaller för övrigt även vara det helt dominerande i både övriga europeiska länder och i USA. Ett bredare resursperspektiv, det vill säga ett perspektiv där den immateriella rättigheten placeras in i sitt resursmässiga sammanhang, saknas alltså i stort sett i den sak- och immaterialrättsliga diskussionen. Mot bakgrund av att intresset för de intellektuella resursernas funktion, samt förutsättningarna för effektiv hantering av dessa resurser, är en förhållandevis ny företeelse är detta föga förvånande. Inte desto mindre är förhållningssättet intressant och betydelsefullt.

En konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste bygga på ett bredare resursperspektiv. En sådan modell måste också möjliggöra ett mer vittgående sakrättsligt skydd än vad som är möjligt inom ramen för de lösningar som återfinns i det traditionella rättskällematerialet. En panthavare som I-Capital bör ges möjlighet att uppnå borgenärsskydd för mer än det som anses innefattas i patenträttigheten som sådan. Det bör också vara möjligt att uppnå sakrättsligt skydd mot tidigare licenstagare som inte har registrerat sina licensrätter samt mot tidigare icke-registrerade förvärvare, och så vidare. Ett utökat sakrättsligt skydd måste dock konstrueras på ett sätt som medför att den exklusiva kontrollen över intellektuella resurser inte utökas i någon större utsträckning. Hur detta skulle kunna gå till är ett tema som behandlas i undersökningens fjärde och avslutande del.

---

<sup>432</sup> Att den immaterialrättsliga utvecklingen hittills inte har omfattat immaterialrättens dynamiska sida i någon högre utsträckning, och att immaterialrätternas sakrättsliga dimension därmed har tenderat att hanteras med hjälp av de allmänna sakrättsliga modellerna, är knappast något som är unikt för Sverige. McGuire konstaterar till exempel om den europeiska situationen i allmänhet att: "The statutes on intellectual property do, in general, not contain any detailed provisions on the private law aspects of intellectual property rights such as transfer of ownership. These questions must instead be solved by application of general private law rules." (Se McGuire 2008, s. 228.)

I den närmast följande framställningen skall vi alltså undersöka förutsättningarna för en finansiell transaktion som den mellan TDA och I-Capital mot bakgrund av etablerade krediträttsliga verktyg och andra sak- och immaterialrättsliga konstruktioner. Inledningsvis kommer som sagt de etablerade krediträttsliga verktyg som är av särskilt stort intresse för TDA och I-Capital – det vill säga pantsättning av patent respektive varumärken – att analyseras. Framställningen kommer genomgående att utgå från de fyra grundläggande sakrättsliga konfliktyperna – borgenärsskydd, separationsrätt, dubbel-förfogande och obehörigt förfogande.<sup>433</sup>

---

<sup>433</sup> Den sakrättsliga struktur som den följande framställningen bygger på är baserad på Martinson 2006. Martinson laborerar med fyra stycken grundläggande sakrättsliga konfliktyper: Borgenärsskydd, separationsrätt, dubbel-förfogande och obehörigt förfogande. Borgenärsskyddskonflikten kännetecknas av att den som gör anspråket gällande har en yngre rätt än utmätnings- eller konkursgäldenären. Separationsrättskonflikten kännetecknas av att den som gör anspråket gällande har ett äldre anspråk än utmätnings-/konkursgäldenären. Dubbel-förfogandekonflikten uppkommer när den som ursprungligen var rätt innehavare av en resurs förfogar över resursen till två olika – konkurrerande – förvärvare. Obehörigt förfogande uppkommer när en resurs förvärvas från någon som inte har ett giltigt anspråk på resursen. Martinsons struktur går givetvis, liksom övriga i dag i den svenska sakrätten tillämpade strukturer, i stora drag tillbaka på Ross 1935 och Hessler 1973.



## 13 Pantsättning av TDA:s patent, patentansökningar och registrerade varumärken

Patent och patentansökningar spelar en mycket viktig roll för TDA:s verksamhet. TDA:s patentportfölj utgör en central del av det resurspaket som TDA och I-Capital strävar efter att utnyttja som kreditsäkerhet. I resurspaketet ingår också ett antal registrerade varumärken.

Patent och patentansökningar kan sedan 1988 pantsättas genom registrering i patentregistret.<sup>434</sup> På motsvarande sätt kan, sedan 1995, registrerade varumärken och ansökningar om registrering av varumärke pantsättas genom registrering i varumärkesregistret.<sup>435</sup>

För att sätta den svenska regleringen i perspektiv skall anmärkas att det internationellt sett inte är ovanligt med pantsättning av immateriella rättigheter genom registrering. I *Danmark* kan alla immateriella rättigheter pantsättas. För sakrättslig verkan krävs registrering ("tinglysning") i "Bil-, Person- og Andelsboligbogen" vid domstolen i Århus.<sup>436</sup> I *Norge* kan immateriella rättigheter inte utnyttjas som kreditsäkerhetsobjekt genom pantsättning av enskilda immaterialrätter.<sup>437</sup> Detta anses följa av den så kallade panträttsliga legalitetsprincipen. Enligt § 1-2 andra ledet norska panteloven kan avtalspant endast stiftas med sakrättslig verkan i de fall det finns stöd för detta i panteloven. Något stöd för pantsättning av enskilda immateriella rättigheter finns inte i lagen. Enligt panteloven ingår dock varumärke, patent, mönster, kretsmönster, växtförädlarrätt och förvärvad upphovsrätt vid pantsättning av en verksamhets driftstillbehör.<sup>438</sup> Att de immateriella rättigheterna pantsätts som driftstillbehör innebär att de utgör en del av den pantsatta flytande

---

<sup>434</sup> Alla patent "som har verkan här i riket" skall, enligt 94 § 1 st. patentlagen, vara möjliga att pantsätta. Vilken typ av ansökningsförfarande som har utnyttjats (nationellt, internationellt eller europeiskt, se vidare om dessa olika alternativ Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 161ff. samt Levin 2007, s. 231ff.) har alltså ingen betydelse, så länge som patentet är verksamt i Sverige. (Se vidare prop. 1987/88:4, s. 13.) Även internationella och europeiska patentansökningar som fullföljts i Sverige skall, enligt 94 § 2 st. patentlagen, kunna pantsättas. Se vidare om lagstiftningsprocessen och de angivna syftena med 12 kap patentlagen, not 93. Det sker endast ett fåtal pantsättningar av patent per år i Sverige. Mot bakgrund av de förväntningar som fanns i varje fall från de under utredningsstadiet tillfrågade kreditinstitutionerna, vilka menade att "ett system för pantsättning av patent skulle vara av stort värde" samt att "behovet av krediter för utvecklingsändamål är mycket stort och möjligheten att pantsätta patent skulle 'fylla en lucka' i kreditsäkerhetssystemet", (se SOU 1985:10, s. 71) kan den låga pantsättningsfrekvensen ses som ett misslyckande. Frågan är vad detta misslyckande beror på? Att patent ofta är kontextberoende och i värdeskapandehänseende endast utgör en del av ett större komplex teknologiresurser (se avdelning två) och därmed även ofta är svåra att värdera och så vidare utgör säkerligen en viktig del av förklaringen. Den låga pantsättningsfrekvensen kan dock också ha att göra med att regleringen upplevs som otillfredsställande ur ett riskperspektiv, även i de fall där det inte föreligger någon nämnvärd kontextuell problematik och en enskild och avgränsad patenträtt följaktligen annars skulle ha kunnat te sig attraktiv som kreditsäkerhetsobjekt. Som vi kommer att se nedan utsätts panthavaren för ett antal risker som sannolikt kan verka avskräckande.

<sup>435</sup> Även internationella varumärkesregistreringar med verkan i Sverige (liksom ansökningar därom) omfattas av pantsättningsmöjligheterna. (Se prop. 1995/96:26, s. 35.) För övrigt är förarbetena till varumärkeslagens regler om pantsättning mycket kortfattade, vilket motiveras av att regleringen i det närmaste ordagrant motsvarar den som återfinns i patentlagen.

<sup>436</sup> Se Koktvedgaard & Schovsbo 2005, s. 98-99 (upphovsrätt), s. 254-255 (patent), s. 370 (varumärke); Schmidt & Rygard 2006, s. 4; Skoghøy 1997, s. 944.

<sup>437</sup> Se Brækhus 1994, s. 157; Skoghøy 1997, s. 936; Thommessen 1993, s. 317.

<sup>438</sup> Se § 3-4 p. 2 b Panteloven (1980).

egendomsmassan. Pantsättaren har alltså även efter pantsättningen rätt att förfoga över de immateriella rättigheterna inom ramen för vad som anses vara normala affärsmässiga dispositioner som inte väsentligen försämrar panthavarens säkerhet.<sup>439</sup> I *Finland* förefaller den grundläggande inställningen till pantsättning av immateriella rättigheter länge ha varit, och fortfarande vara, förhållandevis liberal. Pantsättning av patent och andra industriella rättigheter måste registreras för att sakrättsligt skydd skall uppnås.<sup>440</sup> Vid pantsättning av upphovsrätt uppkommer enligt en spridd – om än kanske inte helt dominerande – uppfattning det sakrättsliga skyddet redan genom avtalet.<sup>441</sup>

I *Tyskland* anses alla överförbara immateriella rättigheter kunna utnyttjas som kreditsäkerhet.<sup>442</sup> Sådana immateriella rättigheter sägs kunna vara föremål för bland annat pantsättning och säkerhetsöverlåtelse. Pantsättning av immateriella rättigheter anses styras av de allmänna reglerna om pant (se §§ 1273ff. BGB). Dessa regler hänvisar till reglerna om äganderätts övergång. Sakrättsligt giltig pantsättning av immateriell rättighet anses därmed uppkomma redan genom avtalet.<sup>443</sup> Det anses emellertid vara tveksamt om panthavaren kan uppnå skydd gentemot senare exklusiva licenser.<sup>444</sup> Säkerhetsöverlåtelse har därmed kommit att bli den dominerande formen för utnyttjande av immateriella rättigheter som kreditsäkerhet.<sup>445</sup> Vid överlåtelse anses rättigheten övergå genom avtalet och förvärvaren uppnår följaktligen fullt skydd mot konkurrerande anspråk.<sup>446</sup>

I *England* betraktas immateriella rättigheter som "personal property".<sup>447</sup> Immateriella rättigheter anses därmed kunna utnyttjas som kreditsäkerhet med hjälp av de krediträttsliga instrument som står till förfogande för sådan egendom.<sup>448</sup> För att utnyttja enskilda immateriella rättigheter är det så kallade "mortgages" och "fixed charges" som i första hand kommer i fråga. Eftersom konsekvenserna av att använda den ena eller andra av dessa två kreditsäkerhetsformer inte alltid är klar utnyttjas de vanligtvis simultant.<sup>449</sup> För registreringsbara immateriella rättigheter anses registrering i respektive register vara en förutsättning för skydd mot konkurrerande anspråk.<sup>450</sup> I det fall pantsättaren är ett bolag krävs det dessutom registrering hos "UK Companies House".<sup>451</sup> Utebliven sådan registrering leder bland annat till att panthavaren inte uppnår

---

<sup>439</sup> Se § 3-4 p. 5 Panteloven (1980) samt Thommessen 1993, s. 318.

<sup>440</sup> Enligt 44 § 1 st. finska patentlagen (se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_pdf.jsp?lang=EN&id=1533](http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=1533)) skall på begäran pantsättning registreras i patentregistret. Enligt 44 § 5 st. ger registrering skydd mot konkurrerande anspråk. Detsamma gäller mönsterskydd enligt 27 § 1 och 5 st. finska mönsterskyddslagen (se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_pdf.jsp?lang=EN&id=1527](http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=1527)). Enligt 33 § 3 st. finska varumärkeslagen (se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_pdf.jsp?lang=EN&id=1539](http://www.wipo.int/clea/en/text_pdf.jsp?lang=EN&id=1539)) måste pantsättning av varumärke registreras i varumärkesregistret för att vara giltig. Enligt 35 § 1 st. finska varumärkeslagen kan varumärke inte tas i anspråk för att täcka varumärkesinnehavarens skuld om varumärket inte har pantsatts.

<sup>441</sup> Godenhielm 1960, s. 178 konstaterar att: "rättsuppfattningen i Finland är benägen att medgiva möjligheten av pantsättning icke endast beträffande patent, utan jämväl beträffande varumärken och upphovsmannarätt." En i tiden mer närliggande beskrivning av den finska uppfattningen synes bekräfta Godenhielms beskrivning: "IP rights can be used to provide security either as a part of corporate mortgage/floating charge or as collateral. [...] There are no formalities set for the contract of pledge. The contract of pledge is legally valid either in written or oral form. A contract of pledge concerning industrial property rights must be registered, in order to be effective against third parties." (Se Salomaa, Aalto, Aalto-Setälä, Harenko, Oesch, Sund-Norrgård & Weckman 2006, s. 3)

<sup>442</sup> Se Mc Guire, von Zumbusch & Joachim 2006, s. 13.

<sup>443</sup> Se a.a.

<sup>444</sup> Se a.a.

<sup>445</sup> Se a.a.

<sup>446</sup> Se avsnitt 16.1.3.

<sup>447</sup> Se Chalkley, Cook, Gare, Gaythwaite, Harrison, MacFarlane, & Morgan 2006, s. 1.

<sup>448</sup> Se a.a., s. 6.

<sup>449</sup> Se a.a.

<sup>450</sup> Se a.a., s. 7. Se s33(3b) Patent Act.

<sup>451</sup> Se a.a., s. 8.

borgenärsskydd.<sup>452</sup>

I USA förefaller samtliga immateriella rättigheter kunna pantsättas genom registrering.<sup>453</sup> En för USA särskild problematik uppkommer på grund av att det finns två parallella registreringssystem, ett federalt och ett delstatligt. Inom ramen för det federala systemet skall pantsättning av patent och varumärken registreras vid "United States Patent and Trademark Office" och pantsättning av upphovsrätt vid "United States Copyright Office". Det delstatliga systemet kräver registrering i enlighet med kapitel nio i Uniform Commercial Code. För att uppnå maximal säkerhet bör registrering ske i enlighet med båda systemen.<sup>454</sup>

Av intresse i samband med en internationell utblick av detta slag är också *det arbete på IP-finansieringsområdet som sker inom ramen för FN-organet UNCITRAL*. Sedan 2006 har UNCITRAL ("United Nations Commission on International Trade Law") arbetat med att ta fram en särskild rekommendation avseende IP-baserad lånefinansiering.<sup>455</sup> Denna rekommendation skall fogas till och komplettera UNCITRAL:s generella modellag på kreditsäkerhetsområdet: "Legislative Guide on Secured Transactions".<sup>456</sup> Den särskilda rekommendationen avseende IP-baserad lånefinansiering är alltså inte färdigställd. Arbetet pågår kontinuerligt. Det står dock redan nu klart hur kreditsäkerhet i immateriella rättigheter kommer att hanteras inom ramen för den generella modellagen. Utgångspunkten är att kreditsäkerhet i immateriella rättigheter skapas på samma sätt som kreditsäkerhet i övriga egendomslag. Det vill säga genom registrering. UNCITRAL:s modellag bygger alltså på att säkerhet i alla typer av egendom skall kunna registreras i ett generellt säkerhetsrättsregister. På grund av de immateriella rättigheternas särskilda karaktär har det dock ansetts behövas viss särreglering. Bland annat måste eventuella konflikter mellan nationella immaterialrättsliga registreringar och registreringar i det generella registret hanteras på något sätt. Det är mycket vanligt att det i de olika nationella jurisdiktionerna existerar specifika immaterialrättsliga register där bland annat säkerhetsrätter kan registreras med sakrättslig effekt. Tanken är att det generella registret alltid skall vara underordnat sådana särskilda immaterialrättsliga register.<sup>457</sup> Enligt modellagen får alltså den som registrerar sin säkerhetsrätt i ett nationellt register företräde framför den som har registrerat endast i det generella registret. Detta även om registreringen i det generella registret representerar det äldsta anspråket, gjordes före registreringen i det specifika registret och den som registrerat i det specifika registret var i ond tro.<sup>458</sup> I de fall registrering endast har gjorts i det generella registret skall den som har registrerat sitt säkerhetsrättsanspråk skyddas mot icke registrerade säkerhetsrättsanspråk samt senare anspråk på äganderätt och licens.<sup>459</sup> Någon möjlighet att godtrosförvärva säkerhetsrätt finns inte enligt modellagen.<sup>460</sup>

---

<sup>452</sup> Se s399(3), Companies Act 1985.

<sup>453</sup> Se Einhorn 2006, s. 7.

<sup>454</sup> Se a.a.

<sup>455</sup> UNCITRAL använder begreppet "intellectual property". Detta potentiellt ganska vida begrepp definieras dock som innefattande endast det som enligt immaterialrättslig lagstiftning med mera klassificeras som immateriella rättigheter. Modellagen och rekommendationen passar alltså väl in i det övergripande mönster där de immateriella rättigheterna betraktas som objekt för gängse förfogandeformer som överlåtelse av äganderätt eller, som i detta fall, skapandet av ett säkerhetsrättsanspråk. (Se UNCITRAL 2009a, s. 6-7.)

<sup>456</sup> Se UNCITRAL, Working Group VI, 2009a, s. 2-4. Modellagen "antogs" av generalförsamlingen genom resolution 63/121, se <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/478/05/PDF/N0847805.pdf?OpenElement>. Modellagen finns än så länge tyvärr bara i icke-redigerad form, se <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/security/combinedlegislative%20guide.pdf>.

<sup>457</sup> Se UNCITRAL 2009b, s. 7.

<sup>458</sup> Tanken är dock att om det finns en nationell regel som kräver god tro hos den som gör gällande det senare anspråket, så skall modellagen vara underordnad denna regel. (UNCITRAL 2009b, s. 7.)

<sup>459</sup> Se UNCITRAL 2009c, s. 18.

<sup>460</sup> Avsaknaden av godtrosförvärvsmöjlighet beskrivs som ett utflöde av en generellt accepterad "nemo dat property rule". Det vill säga att en överlåtare inte kan ge förvärvaren bättre rätt än vad överlåtaren själv har. (Se a.a.)

Genom registreringen tydliggörs panthavarens anspråk på företräde till den pantsatta immateriella rättigheten.<sup>461</sup> En synnerligen viktig grupp att göra gällande detta företräde emot utgörs av pantsättarens övriga konkursborgenärer. Fråga är alltså om borgenärsskydd. För I-Capital är det i allra högsta grad intressant att studera hur detta skydd är uppbyggt.

### **13.1 I-Capitals borgenärsskydd**

Frågan om hur skydd mot TDA:s övriga konkursborgenärer skall uppnås är av central betydelse för I-Capital. I grunden handlar det om huruvida de pantsatta rättigheternas värde vid TDA:s eventuella konkurs i första hand skall tillkomma I-Capital eller övriga konkursborgenärer. Borgenärsskyddskonflikten kan illustreras enligt följande där G representerar gäldenären, det vill säga TDA, C representerar den som gör anspråket gällande mot egendomen, det vill säga I-Capital, och F representerar TDA:s övriga konkursborgenärer.



Avgörande för hur en eventuell borgenärsskyddskonflikt enligt ovan utlöper är huruvida I-Capital har fått en sakrättsligt giltig panträtt. Vid pantsättning av patent och varumärken förutsätter detta registrering av pantavtalet i patent- respektive varumärkesregistret.<sup>462</sup>

#### **13.1.1 Sakrättsligt moment - registrering av pantavtalet med verkan från den tidpunkt då ansökan om registrering ges in till registreringsmyndigheten**

Enligt 102 § 1 st. patentlagen respektive 34 i § 1 st. varumärkeslagen skall samma rättsverkningar som när panthavaren tar en lös sak i besittning uppkomma när ansökan om registrering inkommer till registreringsmyndigheten. Panthavarens borgenärsskydd skall alltså anses uppkomma redan vid den tidpunkt då ansökan om registrering inkommer till registreringsmyndigheten.<sup>463</sup>

---

<sup>461</sup> Syftet med ett krav på registrering vid pantsättning av immateriella rättigheter diskuteras vidare i kapitel 20.

<sup>462</sup> I fortsättningen kommer jag, av framställningstekniska skäl, som utgångspunkt endast tala om pantsättning av patent och varumärke. I detta inkluderas dock, om inget annat sägs, patentansökningar och varumärkesansökningar. Endast när det finns anledning att särskilt beröra någon aspekt av pantsättning av just ansökningar kommer dessa att beröras uttryckligen.

<sup>463</sup> För att ett komplett borgenärsskydd skall föreligga krävs utöver uppfyllandet av ett sakrättsligt moment även ett obligationsrättsligt giltigt avtal samt återvinningskydd. Jag kommer i fortsättningen att förutsätta att giltigt avtal föreligger och att återvinning inte kommer

Den ovan beskrivna regleringen är visserligen klar och tydlig. Av olika anledningar har det ändå uppkommit en viss osäkerhet kring den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde. Osäkerheten har i första hand orsakats av att det i 95 § 1 st. patentlagen respektive 34 b § 1 st. varumärkeslagen anges att panträtten uppkommer först i samband med registrering av pantavtalet.

### **13.1.2 Registrering eller ansökan om registrering – den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde?**

Enligt 95 § 1 st. patentlagen respektive 34 b § 1 st. varumärkeslagen uppkommer panträtten först genom registrering av pantavtalet. Detta kan uppfattas som förvirrande med tanke på att det i 102 § 1 st. patentlagen respektive 34 i § 1 st. varumärkeslagen anges att det sakrättsliga skyddet uppkommer redan då ansökan inkommer till registreringsmyndigheten. Exakt när skall det sakrättsliga skyddet anses uppkomma? Redan i samband med att ansökan inkommer, eller först i samband med faktisk registrering? Frågan berörs i motiven till 12 kap patentlagen. Det framhålls där att den slutliga registreringen visserligen utgör det egentliga sakrättsliga momentet, och att pantavtalet därmed endast har obligationsrättslig verkan innan registreringen, men att skyddet ändå skall räknas från den tidpunkt då ansökan inkommer.<sup>464</sup> Detta uttalande har emellertid uppfattats som otydligt och har därmed snarast bidragit till att skapa en viss osäkerhet kring frågan om den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde.<sup>465</sup>

---

i fråga. Principiellt sett behöver det inte anses föreligga några särskilda svårigheter att tillämpa återvinningsbestämmelserna på immateriella rättigheter. Det behöver inte nödvändigtvis vara mer problematiskt att återvinna en rättshandling enligt vilken ett patent eller ett varumärke exempelvis har pantsatts än andra typer av rättshandlingar. Till följd av de intellektuella resursernas kontextuella problematik kan återvinning av immateriella rättigheter i vissa fall dock medföra allvarliga konsekvenser.

<sup>464</sup> Se NJA II 1987, s. 662. Även i utredningen om pantsättning av patent framhölls det att rättsverkningarna mot tredje man inträder först vid registreringen och att denna "alltså utgör det sakrättsliga momentet", "motsvarande tradition vid pantsättning av lös sak". (Se SOU 1985:10, s. 159.) I motiven till varumärkeslagens regler om pantsättning berörs frågan om det sakrättsliga skyddets uppkomst inte i detalj. Diskussionen om det sakrättsliga skyddet inskränker sig till en hänvisning till reglerna om pantsättning av patent och motiven till denna lagstiftning. Det framhålls att: "När det gäller pantsättning av patent, en möjlighet som infördes genom prop. 1987/88:4, gäller att det kan ske genom inskrivning i ett offentligt register. Själva registreringen blir då det sakrättsliga moment varigenom pantsättningen fullbordas." (Se prop. 1995/96:26, s. 32.) Den knapphändiga behandlingen av denna fråga är inte förvånande eftersom motiven till varumärkeslagens pantregler som sagt överhuvudtaget är mycket kortfattade och i huvudsak hänvisar till reglerna om pantsättning av patent.

<sup>465</sup> Walin 1998, s. 274 framhåller att: "Motiven till 95 § kan sägas stå i strid mot bestämmelsen i 101 § i vad avser tidpunkten för inträde av panthavarens skydd. Departementschefen har nämligen uttalat, att först genom registreringen uppkommer det sakrättsliga moment som motsvarar traditionen vid pantsättningen av lös sak. [...] När han vidare förklarar att de rättsliga effekterna av registreringen, dvs. det sakrättsliga skyddet, skall räknas redan från ansökningen, är inte därmed alldeles klart, om det förelegat något skydd under tiden mellan ansökan och patentverkets beslut om registrering. Det sannolika är, att 101 § första st. avser att markera att

Betraktad mot bakgrund av registreringsförfarandets konstruktion framstår emellertid regleringen av det sakrättsliga skyddets inträde som juridiskt-tekniskt oproblematiskt (i varje fall i meningen att regleringen är konsistent och begriplig). Frågan om den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets uppkomst framstår för övrigt också som en fråga av mindre betydelse eftersom seriösa kreditgivare i dessa sammanhang i allmänhet bör ha möjlighet att anpassa sig till den senare av de aktuella tidpunkterna.

### **13.1.3 Frågan om den exakta tidpunkten för det sakrättsliga skyddets uppkomst framstår som oproblematiskt mot bakgrund av registreringsförfarandets uppbyggnad i övrigt**

Registreringsförfarandet vid pantsättning av patent respektive varumärken är relativt okomplicerat. Det inleds med en ansökan om registrering av pant rätt som sedan leder till registrering förutsatt att det inte föreligger några registreringshinder. Pantsättarens konkurs utgör enligt 96 § 3 st. patentlagen respektive 34 c § 3 st. varumärkeslagen ett sådant hinder.<sup>466</sup> En patent- eller varumärkeshavare i konkurs är alltså inte behörig att pantsätta sitt patent eller varumärke. Relevant tidpunkt för bedömningen av behörigheten är enligt 96 § 3 st. patentlagen och 34 c § 3 st. varumärkeslagen den tidpunkt då ansökan inkom till registreringsmyndigheten. Att pantsättaren går i konkurs under tiden mellan ansökans ingivande och den slutgiltiga registreringen är alltså ingenting som registreringsmyndigheten skall fästa någon uppmärksamhet vid. Ansökan skall registreras även om pantsättaren går i konkurs ”i mellanperioden”. Frågan om huruvida ansökan om registrering skall ge upphov till borgenärsskydd eller om den endast skall ha obligationsrättslig verkan kan därmed ses som en irrelevant frågeställning. I praktiken kommer det – i de fall där slutlig registrering sker – alltid att vara tidpunkten för ansökans ingivande som blir styrande för panthavarens borgenärsskydd. Eftersom slutlig registrering i vilket fall som helst skall medföra borgenärsskydd redan från tidpunkten för ansökans ingivande är det därmed, förutsatt att det inte är uppenbart att registrering kommer att vägras, meningslöst för konkursboet att förfoga över de pantsatta patenten i mellanperioden.

Regleringen i 95 § 1 st. och 102 § 1st. patentlagen respektive 34 b § 1 st. och 34 i § 1 st. varumärkeslagen kan alltså ses som konsistent med registreringsförfarandets utformning och funktion i övrigt. Uttalandena i motiven att pantavtalet endast har obligationsrättslig verkan innan registreringen framstår

---

ett villkorligt skydd skall anses ha inträtt redan när ansökan om registrering inkom.” Jfr Persson 2002, s. 99 som inte uppvisar någon tveksamhet avseende borgenärsskyddets inträde redan i samband med att ansökan inkommer.

<sup>466</sup> Konkurs är endast ett av flera behörighetshinder. 96 § 3 st. patentlagen lyder: ”År upplåtaren, när ansökan om registrering görs, på grund av utmätning, konkurs, omyndighet, betalningssäkring, kvarstad eller någon annan anledning inte behörig att förfoga över den pantförskrivna egendomen, får ansökningen inte bifallas.”

därmed som ett i materiellt hänseende meningslöst konstaterande av ett i och för sig i princip inte nödvändigtvis oriktigt synsätt.

Skulle man inte nöja sig med detta finns det enligt min mening ytterligare argument för att borgenärsskyddet bör anses uppkomma redan i samband med att ansökan inkommer till registreringsmyndigheten.

För det första medför en lösning där inget borgenärsskydd anses föreligga i mellanperioden att regleringen i 102 § 1 st. patentlagen respektive 34 i § 1 st. varumärkeslagen, samt även uttalandena i förarbetena om att det trots allt är ansökans inkommande som skall räknas som den relevanta tidpunkten när registreringen väl genomförts, framstår som meningslösa. Detta till skillnad från skrivningen i 95 § 1 st. och uttalandena i motiven om "endast obligationsrättslig verkan innan registreringen", vilka som sagt kan betraktas som på sitt sätt meningsfulla även med en lösning som i praktiken går ut på skydd från och med den första av de båda tidpunkterna.

För det andra skulle en lösning som tar fasta på faktisk registrering som sakrättsligt moment motverka det syfte som enligt motiven ligger bakom att det är ansökans inkommande som anges som den relevanta tidpunkten, nämligen att gäldenären skall kunna påverka tidpunkten för det sakrättsliga skyddets inträde.<sup>467</sup> Gäldenärens möjligheter att påverka tidpunkten för skyddets inträde blir mer begränsad om det trots allt är den faktiska registreringen som styr.

För det tredje antecknas ansökan om pantsättning av PRV, vilket innebär att det finns möjlighet för den som så önskar att få kännedom om en pantsättning redan på ansökningsstadiet.

Slutligen framstår det mot bakgrund av den svenska sakrättens funktionella utgångspunkter som tveksamt att tolka 95 § 1 st. som en föreskrift som syftar till att enhetligt reglera samtliga frågor om dynamiskt tredjemansskydd (däribland borgenärsskyddsfrågan) som kan uppkomma i samband med pantsättning av patent. Det funktionella angreppssättet laborerar inte med en enhetlig uppkomst för sakrättsanspråk. Utgångspunkten är tvärtom den motsatta. Sakrätter – inklusive panträtt – ses som nedbrutna i sina beståndsdelar och varje konflikttyp skall behandlas för sig, utifrån de specifika förutsättningar som föreligger i det typfall som den aktuella konflikttypen utgör.<sup>468</sup> Motståndet mot enhetslösningar – eller som det ofta har uttryckts; tillämpningen av substantiella, eller unitära, sakrättsbegrepp – har sin grund i uppfattningen att en enhetlig utgångspunkt försvårar konstruktionen av väl avvägda och till det praktiska rättslivets behov väl anpassade lösningar.<sup>469</sup>

Sammanfattningsvis kan pantshavarens borgenärsskydd anses inträda vid den tidpunkt då ansökan om registrering inkommer till registreringsmyndigheten. Detta förutsätter en slutlig registrering. Sådan registrering skall emellertid ske även om pantsättaren går i konkurs under den tid som förflyter mellan ansökan och slutlig registrering.

Frågan om borgenärsskyddet skall anses inträda redan vid ansökan eller först i samband med slutlig registrering är dock av underordnad betydelse för I-Capital. Som den seriösa kreditgivare I-Capital självfallet är anpassar I-Capital givetvis utbetalningen av krediten till den senare av de två aktuella tidpunkterna.

---

<sup>467</sup> Se SOU 1985:10, s. 176 samt NJA II 1987, s. 662.

<sup>468</sup> Faktum är att patentlagen och varumärkeslagen innehåller särskild reglering för bland annat dubbelupplåtelse (se 95 § 3 st. patentlagen respektive 34 b § 3 st. varumärkeslagen), konkurrens mellan pantsättning och tidigare licenstagare (se 101§ 2 st patentlagen respektive 34 h § 2 st. varumärkeslagen) samt godtrosvörvärv (se 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen).

<sup>469</sup> Se vidare kapitel 21.

#### **13.1.4 Frågan om den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst är av mindre betydelse för I-Capital eftersom det är möjligt att anpassa utbetalningen av krediten till den senare av de aktuella tidpunkterna**

Som kreditgivare har I-Capital ett intresse av att känna till den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst. Att betala ut pengar till TDA innan borgenärsskydd har uppnåtts innebär en ökad risk. Skulle krediten betalas ut och TDA gå i konkurs innan borgenärsskydd har uppnåtts har I-Capital ingen möjlighet att uppnå prioritet i konkursen med hänvisning till pantavtalet. I detta fall kan emellertid de eventuella tveksamheterna kring vilken som är den exakta tidpunkten för skyddets uppkomst antas vara av mindre betydelse. I-Capital har möjlighet att anpassa sig till det senare av de två alternativen. I-Capital kan välja att betala ut krediten först i samband med den faktiska registreringen. Detta kan också antas gälla i de flesta fall av kreditgivning av detta slag. Lånefinansiering baserad på patent och andra intellektuella resurser är (eller bör i varje fall) i de allra flesta fall vara en förhållandevis tidskrävande verksamhet. Kreditgivaren har all anledning att noggrant analysera gäldenärens situation samt de resurser som erbjuds som säkerhet innan kredit beviljas. Det handlar i dessa sammanhang knappast om några snabbblån. Att avvakta med utbetalningen till dess att slutgiltig registrering genomförts bör därmed inte utgöra något större problem.

Det är alltså osannolikt att oklarheterna kring tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst kommer att försvåra en transaktion som den mellan TDA och I-Capital. Det är för övrigt också osannolikt att tveksamheterna kring den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst har spelat någon avgörande roll för att pantsättning av patent som sådana är en så sällan utnyttjad finansieringsform. I-Capital kan emellertid inte nöja sig med att konstatera hur borgenärsskydd skall uppnås. Eftersom centrala delar av det resurspaket som TDA och I-Capital vill utnyttja som kreditsäkerhet utgörs av icke-immaterialrättsligt skyddad information, know-how samt kontraktuella relationer är det också nödvändigt att analysera borgenärsskyddets omfattning.

#### **13.1.5 Borgenärsskyddets omfattning**

Om de gängse föreställningarna om borgenärsskyddets omfattning i samband med immaterialrättstransaktioner kan följande sägas. Den dominerande uppfattningen är att anspråk på *immateriella rättigheter* kan vara sakrättsligt skyddade. Det är den immateriella rättigheten som sådan som anses utgöra det sakrättsliga anspråkets objekt. Intellektuella resurselement som visserligen omfattas av ett immaterialrättsligt skydd, men som inte utgör den immateriella rättigheten – exempelvis en patenterad uppfinning – anses inte som sådan kunna



utgöra objekt för sakrättsligt skyddade anspråk.<sup>470</sup> Ett sådant intellektuellt objekt anses endast kunna omfattas av ett indirekt sakrättsligt skydd, vilket åstadkoms via den immateriella rättigheten.<sup>471</sup> I den mån ett anspråk även riktar sig mot intellektuella resurselement som överhuvudtaget inte omfattas av något immaterialrättsligt skydd – i I-Capitals fall icke immaterialrättsligt skyddad know-how, information och kontraktuella relationer – anses sakrättsligt skydd inte kunna uppnås överhuvudtaget. Vid TDA:s konkurs anses med andra ord konkursförvaltaren ha rätt att förfoga över den icke-immaterialrättsligt skyddade information med mera som finns tillgänglig för boet. Denna lösning korresponderar med uppfattningen att de immateriella rättigheterna utgör undantag från “den allmänna utgångspunkten att det enligt *huvudregeln* står fritt för envar att eftergöra eller efterbilda immaterialrättsligt oskyddade prestationer och kännetecken”.<sup>472</sup>

Det sakrättsliga skyddets omfattning i samband med immaterialrätts-transaktioner har i litteraturen framförallt berörts i samband med att licens-tagarens ställning vid licensgivarens konkurs har diskuterats.<sup>473</sup> Immaterialrättslicenser omfattar inte sällan så kallade biförpliktelser, det vill säga förpliktelser för licensgivaren som går utöver det rena tillståndsgivandet, det vill säga utöver det rena utnyttjandet av den immateriella rättigheten. Ofta handlar det om sådant som överföring av know-how, service och underhåll, utbildning och så vidare. Enligt den dominerande uppfattningen kan licenstagaren inte göra något sakrättsligt skyddat anspråk gällande i de delar licensavtalet går utöver det rena utnyttjandet.<sup>474</sup> Det anses alltså gå ett slags sakrättslig skiljelinje mellan immaterialrätter (och därmed, indirekt, även immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser) och icke-immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser. I grunden anses detta vara en skiljelinje mellan egendom och icke-egendom:

“[Den lösningsmodell] som torde överensstämja med gällande svensk rätt, är att sakrättsskydd för licensrätt i och för sig kan erhållas, men att värdet av skyddet i stor utsträckning är beroende av hur omfattande och komplicerade positiva förpliktelser licensgivaren har att fullgöra enligt avtalet. Dessa förpliktelser utgör ju inte förmögenhetsföremål eller egendom i vanlig mening utan normalt tjänsteprestationer, vilka inte regleras av de sakrättsliga reglerna.[n] Ska licenstagaren få dessa förpliktelser fullgjorda i licensgivarens

---

<sup>470</sup> Vi talar alltså här inte bara om avsaknad av skydd mot konkursborgenärerna utan även om andra konkurrerande tredjemansanspråk.

<sup>471</sup> Observera att det här är fråga om den patenterade uppfinningen. För den tekniska uppfinningen i sin helhet anses, i den mån denna, vilket ofta är fallet, är vidare än den patenterade uppfinningen, inget sakrättsligt skydd vara möjligt.

<sup>472</sup> Se Bernitz, Karnell, Sandgren & Persson 2009, s. 369.

<sup>473</sup> Se även avsnitt 17.1.3.

<sup>474</sup> Enligt den numera dominerande uppfattningen skall licenstagarens anspråk på fortsatt nyttjande av den immateriella grundrättigheten som sådan dock vara sakrättsligt skyddat. Se vidare avsnitt 17.1.2.

*konkurs*, måste de därför göras till föremål för konkursboets automatiska, konkludenta eller uttryckliga inträde med åtföljande massaansvar. Vid *överlåtelse* av patentet innebär sakrättskyddet för licensrätten på motsvarande sätt endast att förvärvaren är bunden att tåla att licenstagaren utnyttjar patentet. Övriga ovan exemplifierade förpliktelser utgör inte anspråk på utnyttjande (eller bruksrätt) utan mestadels på arbete i vid mening. När det gäller rätt att få ta del av licensgivarens know-how, tekniska förbättringar och liknande, är det närmast fråga om anspråk på att få erhålla kunskap, dvs på ett slags immateriell tjänst. Att ett sådant anspråk inte kan insorteras under de sakrättsliga kollisionsreglerna följer väl redan av 'sakens natur', om uttrycket tillåts."<sup>475</sup>

I praxis har uppfattningen att det endast är den immateriella rättigheten som sådan som kan vara föremål för sakrättsligt skyddade anspråk kommit till uttryck i Svea hovrätts dom i mål T 5195-06 av den 12 maj 2008. Svea hovrätt framhöll här att det endast är patentet, och inte uppfinningen som sådan, som kan vara föremål för sakrättsligt giltig pantsättning:

"I 94 § patentlagen (1967:837) finns bestämmelser om vad som kan pantsättas. Det framgår där att pantsättning kan ske av patent som har meddelats eller har verkan här i riket. Pantsättning kan även ske av vissa patentansökningar men *pantsättning kan inte, med sakrättslig verkan, ske av uppfinningen som sådan.*"<sup>476</sup>

I Svea hovrätts dom i mål T 5195-06 av den 12 maj 2008 hade en bank gett kredit till ett bolag vars verksamhet gick ut på exploatering av uppfinningar. Som säkerhet för krediten hade banken, bland annat, erhållit ett svenskt patent och en svensk patentansökan. Pantsättare var den uppfinnare som drev bolaget. När bolaget gick i konkurs realiserades de båda pantsatta patenterna vid offentlig auktion (patentansökan hade under den tid som förflutit beviljats och pantsättning i patentansökan skall enligt 97 § 3 st. patentlagen omfatta det patent som blir resultatet av en ansökan). Köpare var banken. I samband med realisationen visade det sig att uppfinnaren tidigare (innan pantförskrivningen) hade ansökt hos det europeiska patentverket om patent som avsågs ha verkan bland annat i Sverige. Ansökan avsåg en uppfinning som var identisk med den som omfattades av de två svenska patenterna. (Uppfinnaren innehade dessutom även en mönsterrätt som omfattade samma uppfinning.) Banken yrkade på att hovrätten skulle förklara att banken hade bättre rätt till de europeiska patentansökningarna än uppfinnaren. (Frågan om bättre rätt till mönsterrätten omfattades inte av yrkandet i Svea hovrätt, som, tillsammans med Stockholms tingsrätt, är exklusivt forum för patentmål.)<sup>477</sup> I första hand på grund av att pantsättningen avsett själva uppfinningen och att samtliga immateriella rättigheter som hänförde sig till denna därför skulle anses omfattas av pantsättningen. I andra hand på grund av att uppfinnaren hade utfäst sig att ställa samtliga immateriella rättigheter som säkerhet, och även

---

<sup>475</sup> Se Möller 1988, s. 660. Se även Möller 1997, s. 29-30. Jfr Domeij 2003, s. 227 som menar att biförpliktelser *eventuellt* inte är skyddade i licensgivarens konkurs. (Min kurs.)

<sup>476</sup> Svea hovrätts dom i mål T 5195-06 av den 12 maj 2008, s. 2. (Min kurs.) Som Bernitz 2005, s. 6 framhåller är den centrala frågan i målet dock inte av sakrättslig karaktär. (Se vidare strax nedan.) Bernitz förefaller också ha fog för sitt påstående att "man i argumentationen i målet kan iakttä sammanblandningar av obligationsrättsliga och sakrättsliga frågeställningar". (Se a.a.) Bernitz framhåller i detta sammanhang även att det är fullt möjligt att förfoga över en uppfinning med bindande *obligationsrättslig* verkan. (Se a.a., s. 5.) Att uppfinningar överläts, upplåts och på andra sätt förfogas över är också vanligt förekommande i praktiken.

<sup>477</sup> I detta fall ansågs Stockholms tingsrätt och Svea hovrätt vara exklusiva forum eftersom målet ansågs delvis avse frågan om bättre rätt till de europeiska patentansökningarna, se 65 § 1 st. patentlagen.

infriat denna utfästelse. I sista hand på grund av att förvärvet av de svenska patenten vid den offentliga auktionen även omfattade de europeiska ansökningarna. Uppfinnaren bestred bankens yrkanden. Hovrätten konstaterade inledningsvis att pantförskrivningen som sådan inte inneburit att uppfinnaren lämnat banken säkerhet i själva uppfinningen och därmed de europeiska patentansökningarna. Avgörande var därför huruvida uppfinnaren ändå kunde anses ha ställt ytterligare säkerhet till banken. Enligt hovrätten hade banken bevisbördan för detta. Eftersom ord stod mot ord och ingen part framstod som mer trovärdig än den andra lämnades käromålet utan bifall. Pantavtalet ansågs alltså endast omfatta de båda svenska patent som uttryckligen angavs i pantavtalet. Bernitz har i ett rättsutlåtande, upprättat på uppdrag av banken, framhållit (bland annat) att eftersom faktaomständigheterna i målet var tillräckligt klarlagda, så borde målet istället ha avgjorts genom tolkning av parternas avtal.<sup>478</sup> Bernitz framhåller härvid att det i detta fall knappast är möjligt att fastställa den gemensamma partsavsikten. Därmed skall etablerade principer för avtalstolkning tillämpas. Avtalet skall följaktligen tolkas mot bakgrund av alla relevanta, tillgängliga tolkningsdata samt helhetsbilden av avtalssituationen.<sup>479</sup> Utgångspunkten skall vara att parterna har eftersträvat en rimlig ordning. Den tolkning som ger ett förnuftigt resultat skall ha företräde framför den tolkning som leder till ett meningslöst eller ett egendomligt resultat. I det aktuella målet ger en bokstavstolkning av pantavtalet just ett meningslöst resultat. När pantavtalet anses omfatta endast de svenska patenten blir säkerheten värdelös eftersom uppfinnaren kan blockera dessa med hjälp av de europeiska patentansökningarna samt mönsterrätten. (Dessutom kan banken blockera uppfinnaren, vilket resulterar i en, potentiellt värdeförstörande, låsning.) Att uppfinnaren underlät att informera banken om de europeiska patentansökningarna samt mönsterrätten skulle enligt Bernitz även kunna anses strida mot den numera allt oftare betonade lojalitetsplikt som särskilt sägs åvila parter i långvariga avtal.<sup>480</sup>

Föreställningen om en grundläggande skiljelinje mellan immaterialrätter och icke-immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser framgår också tydligt av Lindskogs skiljaktiga mening i NJA 2009 s 695. Lindskog framhåller här att sakrättsligt skydd inte är möjligt för icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser:

“Sakrättsligt skydd är inte möjligt för förvärv av vilken nyttighet som helst. Om B åtar sig att göra en utredning exklusivt för A, har A i förhållande till B ensamrätt till utredningsresultatet (det intellektuella innehållet, som t.ex. kan ha formen av en skriftlig rapport). Denna rätt måste dock antas vara utan skydd mot såväl Bs borgenärer (om Bs konkursbo mot betalning låter en tredje man ta del av utredningen torde inte boet på massanivå bli ersättningsskyldigt mot A, men A

---

<sup>478</sup> Se Bernitz 2008, s. 3ff. Detta rättsutlåtande upprättades inför ansökan om prövningstillstånd till Högsta domstolen. Se även rättsutlåtandet Bernitz 2005 som upprättades inför prövningen i tingsrätten.

<sup>479</sup> Jfr den speciella avtalstolkningsprincip som annars ofta sägs gälla för särskilt upphovsrättsavtal men i viss mån även för immaterialrättsavtal i allmänhet, vilken i stort sett sägs gå ut på en strikt bokstavstolkning. (Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 98 där det talas om ”den *specifikationsprincip* enligt vilken mer rätt inte anses ha övergått än vad som klart framgår av avtal” samt s. 373 där specifikationsprincipen framhålls särskilt för immaterialrättsupplåtelser; Levin 2007, s. 471 där det framhålls att avgörande vid tvister om överlåtelser blir ”en strikt avtalstolkning, som i sin tur innebär att immaterialrättsavtal måste slutas med stor noggrannhet”; Schovsbo 2001, s. 257ff. om, den i dansk rätt lagstadgade, upphovsrättsliga specifikationsgrundsatsen.) Omständigheterna i detta mål samt Bernitz argumentation illustrerar denna tolkningsprincipers svagheter. Den gör det svårt att ta hänsyn till sådant som de immateriella rättigheternas kontextuella beroende och kan således försvåra ett helhetsgrepp på transaktioner.

<sup>480</sup> Se Bernitz 2008, s. 6 med hänvisning till bland annat Ramberg 2007, s. 35ff.; Munukka 2007; Björkdahl 2007.

kan ha rätt att bevaka ett ersättningsanspråk i konkursen) som mot en senare förvärvare C (C står i princip fri att utan någon ersättningsskyldighet mot A och oberoende av ond tro använda sig av utredningsresultatet). På motsvarande sätt måste antas att ett förvärv av en företagshemlighet enligt lagen (1990:409) om företagshemligheter är utan sakrättsligt skydd (jfr Wainikka i Persson m.fl., Immaterialrätt och sakrätt, 2002, s. 251 f.). Det ska tilläggas att huruvida äganderätten till den fysiska rapporten (t.ex. en pappersutskrift) eller upphovsrätten till dess innehåll kan förenas med sakrättsligt skydd är andra frågor. Vidare bör från frågan om As skydd mot Cs förvärv hållas isär spørgsmålet rörande Cs eventuella skadeståndsansvar mot A. Om C genom avtal med B tillgodogör sig det immateriella resultatet av vad B utfört på uppdrag av A, kan C under mycket speciella omständigheter tänkas ha att ersätta A för den skada som detta fört med sig (jfr Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 493 ff.; jfr även 5 § lagen om företagshemligheter och NJA 2005 s 608 med hänvisningar).

Sakrättsligt skydd för ett förvärv av (en rätt till) en viss intellektuell prestation är dock möjligt om (rätten till) prestationen är immaterialrättsligt skyddad.<sup>481</sup>

I NJA 2009 s 695 hade två formgivare (A och B) tagit fram en ny rullstolsmodell, den så kallade WWW-rollatorn. Formgivarrätten (det vill säga rätten att ansöka om mönster) överläts år 2000 till formgivarnas bolag (C) som året därpå, på grundval av sitt förvärv, ansökte om mönsterrätt. Ansökan drogs emellertid tillbaka innan mönsterrätt hade meddelats. År 2004 ansökte ett annat bolag (D) om mönsterrätt avseende formgivningen av den så kallade RollX-rollatorn. Formgivarrätten hade D enligt ansökan förvärvat från B. D meddelades mönsterrätt baserat på denna ansökan. C stämde D och yrkade på överföring av mönsterrätten. Enligt C var det fråga om samma formgivning som C år 2000 hade förvärvat från A och B. Högsta domstolens majoritet formulerade huvudfrågan i målet som en fråga om bättre rätt. Enligt 32 § 1 st. mönsterskyddslagen kan mönster som har registrerats för annan än den som är berättigad därtill överföras till den berättigade. Berättigad är enligt 1 a § mönsterskyddslagen formgivaren eller den som formgivarrätten har övergått till. Vid dubbelöverlåtelse av formgivarrätt skall enligt majoriteten den förste förvärvaren prioriteras. Den förste förvärvaren har följaktligen möjlighet att få mönsterrätten överförd på sig i enlighet med ovannämnda regel i mönsterskyddslagen. En grundläggande förutsättning för att bättre rätt skall anses föreligga är emellertid att det anses föreligga utseendemässig överensstämmelse mellan de formgivningar det är fråga om. Enligt majoriteten förelåg ingen sådan överensstämmelse mellan formgivningen till WWW-rollatorn och RollX-rollatorn. C:s yrkande om överföring av mönsterrätten kunde därmed inte bifallas. En ledamot (Lindskog) var skiljaktig beträffande motiveringen.<sup>482</sup> Lindskog framhöll bland annat att formgivarrätten är en överlåtbar förmögenhetstillgång, att endast en formgivning som uppfyller vad som krävs för mönsterskydd bör kunna bli föremål för sakrättsligt skydd, att det inte är givet att prioritetsprincipen skall tillämpas vid dubbelöverlåtelse av formgivarrätt, att i så fall (det vill säga om prioritetsprincipen inte skall tillämpas) den som först ansöker om mönsterskydd vinner konflikten, att rättsekonomiska skäl talar för en sådan lösning.

Det har även hävdats att NJA 2001 s 362 skall betraktas som ett uttryck för att icke immaterialrättsligt skyddad information inte skall behandlas som ett självständigt objekt i sakrättsligt hänseende.<sup>483</sup> I NJA 2001 s 362 hade en anställd kopierat och tagit med sig hem arbetsgivarens kunddatabas. Den anställde

---

<sup>481</sup> Se NJA 2009:68 s 712-716 (NJA 2009 s 695).

<sup>482</sup> Se a.a., s. 10.

<sup>483</sup> Se Wainikka 2002, s. 250.

åtalades för olovligt förfogande. Högsta domstolen ogillade åtalet med motiveringen att:

“Jämlikt 10 kap. 4 § BrB skall den dömas för olovligt förfogande som med egendom som han har i sin besittning men vartill ägande- eller säkerhetsrätt tillkommer annan vidtager åtgärd varigenom egendomen frånhands den andre eller denne annorledes berövas sin rätt. Andreas A. har gemensamt med andra anställda haft tillgång till informationen i kunddatabasen. Rätten till kunddatabasen tillkommer VIKAB. Riksåklagaren har påstått att VIKAB genom Andreas A:s kopiering av innehållet i kunddatabasen och hans bortförande från företaget av kopian berövats sin ensamrätt till den ifrågavarande informationen. Med annans rätt i straffbestämmelsen om olovligt förfogande avses emellertid ägande- eller säkerhetsrätt och bestämmelsen tar inte sikte på intrång i ensamrätt till immateriell egendom. Något olovligt förfogande i BrB:s mening har därför inte förekommit.”<sup>484</sup>

Högsta domstolens motivering ger onekligen uttryck för ett synsätt enligt vilket information inte skall likställas med materiella objekt i straffrättsligt hänseende. Exakt vilka sakrättsliga slutsatser, om nu några överhuvudtaget, som skall dras av Högsta domstolens motivering i NJA 2001 s 362 är dock enligt min mening en öppen fråga. Att information inte ses som ett objekt av det slag som kan bli föremål för olovligt förfogande är en sak. Frågan om hur olika typer av anspråk mot information skall bedömas i sakrättsligt hänseende är (eller bör åtminstone kunna vara) en annan.

Högsta domstolens dom i NJA 2001 s 362 gick emot såväl tingsrättens som hovrättens domar. Tingsrättens motivering är obefintlig. Göta hovrätts motivering är mer utförlig. Enligt Göta hovrätt skulle arbetstagaren anses ha haft kunddatabasen i sin besittning. Besittningsbegreppet omfattar visserligen som huvudregel endast fysiska saker, men i praxis har undantag gjorts, exempelvis när kontohavare förfogat över medel som av misstag satts in på kontohavarens konto. Eftersom arbetstagaren olovligen hade överfört kunddatabasen på två disketter hade han enligt hovrätten “olovligt tillägnat sig upptagningens informationsvärde” och därmed gjort sig skyldig till olovligt förfogande.

Sammanfattningsvis om borgenärsskyddet kan följande sägas. Den exakta tidpunkten för skyddets uppkomst är en relativt oproblematiske fråga för TDA och I-Capital. Mot bakgrund av att centrala delar av TDA:s resurspaket utgörs av icke immaterialrättsligt skyddad information, know-how samt kontraktuella relationer är frågan om borgenärsskyddets omfattning (liksom det sakrättsliga skyddets omfattning i stort) betydligt mer problematisk. Enligt de dominerande sak- och immaterialrättsliga föreställningarna skall det nämligen dras ett slags sakrättslig skiljelinje mellan de intellektuella resurser som omfattas av immateriella rättigheter och de intellektuella resurser som inte omfattas av något sådant skydd. Endast immateriella rättigheter (och därmed, indirekt, de

---

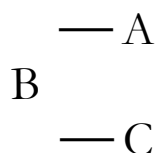
<sup>484</sup> Se NJA 2001:53 s 367 (NJA 2001 s 362).

fenomen som kan kontrolleras via dessa rättigheter) anses utgöra egendom som kan vara föremål för sakrättsligt skydd.

TDA och I-Capital måste nu gå vidare och undersöka hur andra potentiella konflikter avseende de pantsatta patenten är reglerade. I-Capital börjar med att titta närmare på hur anspråk från konkurrerande panthavare och senare förvärvare skall behandlas enligt patentlagen och varumärkeslagen.

### **13.2 *I-Capitals skydd mot konkurrerande anspråk från panthavare och senare förvärvare***

I detta avsnitt kommer I-Capitals ställning i förhållande till konkurrerande panthavare och senare förvärvare att behandlas. De konflikter som skall behandlas i detta avsnitt kan illustreras enligt följande där B representerar TDA, A den som gör det äldre anspråket gällande och C den som gör det yngre anspråket gällande.



Mot bakgrund av de regler i patentlagen respektive varumärkeslagen som styr de konkurrenssituationer som det är fråga om i detta avsnitt förefaller TDA:s eventuella senare förfogande över rättigheterna i strid mot pantavtalet inte utgöra någon nämnvärd risk för I-Capital. Enligt reglerna i patent- och varumärkeslagen uppnår TDA nämligen skydd mot såväl senare panthavare som senare förvärvare redan genom ansökan om registrering. Denna lösning skulle kunna beskrivas som en variant av den i sakrättsliga sammanhang ofta förekommande tankefiguren: Äldst rätt vinner.<sup>485</sup>

#### **13.2.1 "Äldst rätt vinner"...**

Enligt 95 § 3 st. patentlagen respektive 34 b § varumärkeslagen skall, förutsatt att ingenting annat har avtalats, ett senare anspråk på panträtt förlora mot ett tidigare panträttsanspråk: Äldst rätt vinner. Den relevanta tidpunkten är den tidpunkt då ansökan om panträtt inkommer till PRV.

---

<sup>485</sup> Tankefiguren "äldst rätt vinner" kommer till uttryck i framförallt 1 kap 5 § handelsbalken ("Säljer man tvem ett; gälde skadan åter [och böte tio daler,] och den behålle godset, som först köpte.") och 31 § 2 st. skuldebrevslagen ("Varder enkelt skuldebrev överlätet till flere, gälle tidigare överlåtelse framför senare; dock äge den senare överlåtelsen företräde, där den tidigare än den andra meddelats gäldenären på sätt nu är sagt och förvärvaren då var i god tro."). Notera att det inte anses finnas utrymme för godtrosvärv av immateriella rättigheter, se avsnitt 13.4 samt 16.4.

På samma sätt som vid borgenärsskydd skulle skrivningen i 95 § 1 st. patentlagen, det vill säga att "panträffen uppkommer genom registrering", i kombination med departementschefens uttalande att "den slutliga registreringen visserligen utgör det egentliga sakrättsliga momentet, och att pantavtalet därmed endast har obligationsrättslig verkan innan registreringen, men att skyddet ändå skall räknas från den tidpunkt då ansökan inkommer",<sup>486</sup> kunna så tvivel om vid vilken tidpunkt det sakrättsliga skyddet egentligen skall anses uppkomma. När det gäller skyddet mot konkurrerande panthavare och senare förvärvare är det visserligen inte möjligt att, såsom i samband med borgenärsskyddsproblematiken, i första hand hänvisa till registreringssystemets uppbyggnad och interna konsistens för att mota bort dessa eventuella tvivel. (Kort rekapitulation: Argumentationen i borgenärsskydds-fallet gick ut på att konkurs och utmätning är behörighetsbrister som enligt 96 § 3 st. patentlagen respektive 34 c § 3 st. varumärkeslagen skall beaktas i samband med att ansökan ges in. Senare behörighetsbrister skall inte beaktas. Såvida det inte är uppenbart att ansökan kommer att avvisas är det meningslöst för konkursboet att förfoga över de pantsatta rättigheterna under mellanperioden. Något motsvarande argument föreligger alltså inte vad gäller övriga sakrättsliga konflikter.) En lösning där den slutliga registreringen är avgörande för det sakrättsliga skyddet framstår dock som precis lika osannolik och olämplig i dessa fall som i borgenärsskydds-fallet. En sådan lösning skulle framstå som underlig mot bakgrund av sakrättsfunktionella utgångspunkter. Den skulle också leda till att de regler i patent- och varumärkeslagen som explicit anger att den relevanta tidpunkten är ansökans inkommande till patentmyndigheten skulle framstå som meningslösa. En lösning där den slutliga registreringen är avgörande för det sakrättsliga skyddet skulle även motverka det angivna syftet bakom att det sakrättsliga skyddet knyts till ingivandet av ansökan. Pantsättare och panthavare skulle inte längre ha full kontroll över det sakrättsliga skyddets uppkomst.<sup>487</sup>

Skulle ansökningarna ha inkommit till patentmyndigheten på samma dag skall, enligt 95 § 4 st. patentlagen respektive 34 b § 4 st. varumärkeslagen, den ansökan som inkommit först i tiden ges företräde förutsatt att ingenting annat har avtalats. Har ansökningarna inkommit samtidigt, eller kan det inte utredas vilken ansökan som inkom först, skall ingen av pantupplåtelseorna prioriteras utan de skall ha lika rätt.<sup>488</sup>

Även i det fall det konkurrerande anspråket avser förvärv av patentet eller varumärket skall, enligt 101 § 1 st. patentlagen respektive 34 h § 1 st. varumärkeslagen, panthavaren prioriteras när denne kan visa på en tidigare ansökan om registrering.

Förutsatt att I-Capital kan visa upp en tidigare ansökan om registrering skall I-Capital alltså vinna en konflikt med såväl en konkurrerande panthavare som förvärvare. Den risk som I-Capital löper i detta sammanhang är framförallt att det dyker upp ett äldre och oregistrerat anspråk grundat på förvärv av de pantsatta rättigheterna. Mot ett sådant anspråk förlorar I-Capital även om

---

<sup>486</sup> Se NJA II 1987, s. 662.

<sup>487</sup> Se avsnitt 13.1.3.

<sup>488</sup> I motiven till 12 kap patentlagen påpekades det att även om en utredning av detta slag i första hand skall företas av PRV, så är det ingenting som hindrar en part från att föra talan om saken i domstol. Det framhölls vidare att det hade varit önskvärt med en enklare reglering av företrädesordningen och att det hade övervägts om inte denna ordning skulle kunna bestämmas till exempel av gäldenären själv när flera ansökningar ges in samtidigt. Den valda regleringen motiverades emellertid av behovet av ordning och reda och säkerhet i bestämningen av företrädesordningen. Det påpekades också att regleringen i fråga sannolikt sällan skulle komma att tillämpas. (Se SOU 1985:10, s. 168 samt NJA II 1987 s 663-664.)

panträtten har registrerats.<sup>489</sup> Mot senare anspråk har I-Capital dock som sagt ett gott skydd.

### **13.2.2 ...I-Capital har alltså ett i huvudsak gott skydd mot senare anspråk på de immateriella rättigheterna grundade på panträtt eller förvärv.**

I-Capitals ställning i förhållande till senare anspråk grundade på panträtt eller förvärv är sammanfattningsvis stark. Vetskap om att ansökan om registrering medför att senare panthavares eller förvärvares anspråk får vika kan vidare antas bidra till den upplevelse av förutsebarhet och trygghet som kan antas vara betydelsefull för att en seriös aktör som I-Capital skall vara beredd att acceptera TDA:s patent och varumärken som säkerhet. Att prioritera ett senare anspråk på panträtt eller förvärv framför den tidigare pantsättningen framstår dessutom som orimligt med tanke på att redan ansökan om registrering av pantsättning antecknas och alltså är möjlig att få kännedom om för en senare panthavare eller förvärvare. Inte heller en lösning där de konkurrerande subjekten får lika rätt till patenten kan antas vara att föredra. Detta skulle i många fall sannolikt utgöra en oacceptabel risk för den tidigare panthavaren. I varje fall skulle en sådan lösning radikalt minska även de mest attraktiva rättigheternas värde som kreditsäkerhetsobjekt. En lösning där utgångspunkten är att den här typen av konkurrenssituationer skall lösas genom ett delat utnyttjande skulle därmed sannolikt utgöra en avsevärd tröskel för utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Patentlagens lösning, som alltså går ut på att äldst rätt vinner, kan i dessa delar – det vill säga vad gäller konkurrens med panthavare och senare förvärvare – alltså antas vara en lösning som underlättar för aktörer som I-Capital att acceptera patent och varumärken som säkerhet. Som vi kommer att se i det följande är problemet dock att äldst rätt vinner inte bara i dessa fall – även oregistrerade tidigare överlåtelse och licenser prioriteras framför en senare registrerad panträtt. Dessutom uppstår i detta fall motsvarande problem med det sakrättsliga skyddets omfattning som har behandlats ovan vad gäller borgenärsskydd. Även i detta fall är det endast de immateriella rättigheterna som sådana som anses omfattas av panthavarens sakrättsliga skydd. För en panthavare som I-Capital innebär detta att det inte är möjligt att eliminera risken att icke immaterialrättsligt skyddad know-how och information sprids till följd av TDA:s eventuella icke avtalsenliga förfoganden över P-OLED relaterade resurser.

Vi skall i det följande titta närmare på I-Capitals skydd mot konkurrerande anspråk på licensrätt.

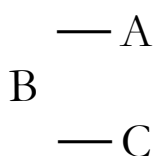
---

<sup>489</sup> Godtrosförvärv av panträtt i patent respektive varumärken skall inte vara möjligt enligt 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen. Se avsnitt 13.4.



### **13.3 I-Capitals skydd mot konkurrerande anspråk på licensrätt**

Eftersom TDA vid tiden för pantsättningen redan har ingått ett antal licensavtal uppkommer frågan hur licenstagarnas och I-Capitals anspråk skall förhålla sig till varandra. I-Capital måste även beakta risken att TDA inte har uppgett samtliga licensavtal samt att TDA, utan I-Capitals vetskap och godkännande, ingår nya licensavtal efter pantsättningen. De aktuella konflikterna kan även i detta fall illustreras med följande figur, där B representerar TDA, A den som gör det äldre anspråket gällande och C den som gör det yngre anspråket gällande.



Visserligen har TDA i pantavtalet fått uppge samtliga vid tiden för pantavtalet existerande licenstagare. Avtalet reglerar även TDA:s möjligheter att ingå nya licensavtal. Trots detta är frågan om prioritetsordningen mellan anspråk på panträtt och anspråk på licensrätt en viktig fråga för I-Capital. P-OLED teknologins värde realiserar i första hand genom licensiering, vilket innebär att frågan om hur I-Capitals pantanspråk förhåller sig till olika anspråk på licensrätt utgör en betydelsefull faktor i I-Capitals riskbedömning.

Utgångspunkten vid konkurrens mellan anspråk på pant i patent respektive varumärken är att det tidigare anspråket skall prioriteras.

#### **13.3.1 Det tidigare anspråket skall prioriteras...**

Enligt 101 § 1 st. patentlagen respektive 34 h § 1 st. varumärkeslagen skall panthavaren prioriteras i förhållande till senare licenstagare. Den relevanta tidpunkten är återigen den tidpunkt då ansökan om registrering av panträtten har inkommit till patentmyndigheten. Denna föreskrift kompletteras sedan med (eller kanske snarare förtydligas av) en regel i andra stycket i samma lagrum där det anges att licensavtal som slutits före ansökan om registrering av pantavtalet gäller mot panthavaren.

Ett förhållande som är betydelsefullt i detta sammanhang är att prioritering av licenstagarens anspråk inte innebär att panträtten faller bort – även om prioriteringen självfallet kan medföra att panträtten blir värdelös (men detta är långt ifrån alltid fallet, se vidare strax nedan). Av 102 § 2 st. och 103 § 2 st. patentlagen respektive 34 h § 1 st. och 34 i § 2 st. varumärkeslagen framgår det uttryckligen att prioriteringen av ett tidigare licensavtal framför ett senare pantavtal "endast" medför att licensen skall förbehållas då det pantsatta patentet

eller varumärket säljs vid utmätning, konkurs eller realiseras av panthavaren själv vid pantrealisation.

Detta till synes enkla förhållande kan dock visa sig kompliceras av att licensavtal ofta innehåller så kallade biförpliktelser som medför att avtalet har en personlig prägel som går utöver det rena tillståndsgivandet.<sup>490</sup> Licenstagarna är i dessa fall knappast skyldiga att acceptera vilken köpare som helst. Det är visserligen endast det så kallade "rena utnyttjandet av den immateriella grundrättigheten" som anses omfattas av licenstagarens sakrättsliga skydd.<sup>491</sup> Med en sådan lösning är boet å ena sidan oförhindrat att realisera grundrättigheten utan förbehåll för biförpliktelserna. Licenstagarna bör å andra sidan ha möjlighet att häva avtalet i det fall bortfallet av biförpliktelserna kan ses som ett väsentligt avtalsbrott. Eftersom upparbetade licensrelationer ofta kan vara värdefulla, så är det i många fall snarare detta som utgör den reella risken för patenthavaren.

### **13.3.2 ...I-Capitals risk är alltså förhållandevis liten.**

Registrerings- och tidsprioritetsordningen medför återigen att I-Capitals risk inte är särskilt stor. I TDA:s fall är det dessutom mycket möjligt att de licenser som är knutna till patentportföljen ökar värdet av denna som säkerhet för I-Capital. Etablerade relationer med licenstagare och historiskt verifierbara kassaflöden kan ofta antas vara faktorer som ökar värdet på ett patent som säkerhet. Det är därför långt ifrån säkert att prioritering av tidigare (kända såväl som okända) licenser utgör ett reellt problem för I-Capital. Risken i detta fall är snarare att licenstagarna, med hänvisning till att licensgivarens kvalifikationer är mycket betydelsefulla, inte skulle acceptera en förvärvare av patenten.

Ytterligare en risk är att det efter det att pantavtalet registrerats dyker upp en för I-Capital okänd licenstagare som grundar sitt anspråk på ett tidigare licensavtal som minskar värdet av patentportföljen för I-Capital. Ett krav på att en licens för att erhålla prioritet i förhållande till senare panträtt måste ha registrerats i patentregistret skulle undanröja denna risk. Ett sådant krav anses emellertid inte vara förenligt med nuvarande reglering. Registrering enligt 44 § patentlagen anses sakna betydelse för licenstagarens position i förhållande till panthavaren.<sup>492</sup> I 101 § patentlagen nämns det inte heller någonting om att registrering av licensrätt skall ha någon betydelse.<sup>493</sup> Med en sådan lösning skall alltså ett licensavtal som slutits innan ansökan om registrering av ett pantavtal stå sig även om licensavtalet inte har registrerats i patentregistret. Denna lösning överensstämmer också med synen på registrering enligt 44 § patentlagen i

---

<sup>490</sup> Se vidare avsnitt 15.3 om överföring av relationer.

<sup>491</sup> Se avsnitt 13.1.5 samt avsnitt 17.1.3.

<sup>492</sup> Se till exempel Walin 1998, s. 274.

<sup>493</sup> Inte heller i 34 h § 1 st. varumärkeslagen sägs det något om att den registrering av varumärkeslicens som kan göras enligt 34 § 3 st. varumärkeslagen skall ha någon betydelse.

övrigt. Syftet med registreringsmöjligheten enligt 44 § patentlagen har aldrig varit att skapa en regel med sakrättslig betydelse.<sup>494</sup>

### **13.4 I-Capitals skydd mot den som kan visa på en äldre och bättre rätt än TDA**

Även om TDA i pantavtalet har fått garantera att TDA är såväl rätt innehavare som behörigt att pantsätta rättigheterna finns det en viss risk att någon kan visa på en äldre och bättre rätt till de pantsatta patenten och varumärkena. I värsta fall beror detta på att TDA medvetet och felaktigt har uppgett sig vara innehavare av ett eller flera patent och varumärken. Kanske har TDA till och med felaktigt registrerats som innehavare med hänvisning till förfalskade överlåtelseavtal? Detta är dock osannolikt eftersom TDA är ett seriöst företag. Om det skulle visa sig att TDA trots allt saknar ett ursprungligt giltigt anspråk är det därför mer sannolikt att det handlar om en brist som TDA inte har orsakat medvetet. Det kan till exempel visa sig att TDA har förvärvat en eller flera av de immateriella rättigheterna från någon som saknade ett giltigt anspråk.<sup>495</sup> Det kan också handla om att TDA fränkänns rätten till ett patent med hänvisning till patentlagens regler om bättre rätt.<sup>496</sup>

I-Capital måste i sin bedömning av förutsättningarna för att genomföra transaktionen med TDA ta dessa risker med i beräkningen. Som ett led i denna bedömning ställs I-Capital inför frågan om det, i det fall någon av de ovan beskrivna situationerna skulle uppstå, är möjligt för I-Capital att erhålla prioritet i förhållande till den som kan hävda en äldre och bättre rätt till de pantsatta rättigheterna än TDA. Vanligtvis formuleras denna fråga som en fråga om godtrosvförvärv. Godtrosvförvärvskonflikten kan illustreras enligt följande där B representerar TDA, C representerar I-Capital och A representerar den som gör gällande en äldre och bättre rätt än TDA.

A — B — C

Patentlagen och varumärkeslagen har en enkel lösning på godtrosvförvärvsproblematiken. Enligt 98 och 99 §§ patentlagen respektive 34 e §

---

<sup>494</sup> Se avsnitt 16.3.4 om diskussionen om registreringens sakrättsliga verkan. Registrering enligt 44 § anses endast ha en högst begränsad rättsverkan. Den som är registrerad anses ha så kallad passiv saklegitimation. Meddelanden från patentmyndigheten, talan i patentmål och så vidare kan alltså alltid riktas mot den som är registrerad i registret. För licenstagare kan registrering också ha betydelse i det fall patentet fränkänns licensgivaren, se om förutnyttjarrätt 7 kap 53 § 2 st. in fine patentlagen.

<sup>495</sup> Enligt den dominerande uppfattningen finns det inte någon möjlighet att godtrosvförvärva immateriella rättigheter, se avsnitt 16.4.

<sup>496</sup> Se avsnitt 13.4.1.

varumärkeslagen saknas möjlighet till godtrosvärv av panträtt i patent respektive varumärke.

### **13.4.1 Enligt 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen saknas möjlighet till godtrosvärv av panträtt i patent respektive varumärke**

Enligt 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen skall panträtt i patent respektive varumärke inte kunna godtrosvärvas. Liksom vid överlåtelse och upplåtelse av immateriella rättigheter i allmänhet har behovet av trygghet i omsättningen inte ansetts väga tillräckligt tungt för att motivera införandet av särskilda regler om godtrosvärv.<sup>497</sup> Avsaknaden av en godtrosvärvsregel motiveras även i detta fall med att det inte finns någon legitimerande omständighet att lägga till grund för ett godtrosvärv.<sup>498</sup>

I 98 § patentlagen och 34 e § varumärkeslagen anges det att registreringen av ett pantavtal som har ingåtts av någon som inte är rätt ägare och behörig att förfoga över patentet saknar verkan. Enligt 98 § patentlagen och 34 e § varumärkeslagen gäller panträtten inte heller om pantsättningsavtalet av någon annan anledning är ogiltigt.

Skulle pantsättaren ha varit ägare, det vill säga rätt patenthavare, men saknat behörighet (till exempel på grund av utmätning, konkurs, omyndighet och så vidare) skall som sagt, enligt 96 § 3 st. patentlagen, pantavtalet inte registreras

---

<sup>497</sup> Se avsnitt 16.4.

<sup>498</sup> Se Prop. 1987/88:4, s. 15. Se vidare om den generella registreringsdiskussionen, avsnitt 16.3.4. Vad gäller just godtrosvärv vid pantsättning av patent diskuterades möjligheten att låta registrering i patentregistret fungera som en för godtrosvärv legitimerande omständighet redan i utredningsdirektiven. Där konstateras det emellertid att det, i syfte att undvika en alltför komplicerad reglering och ett alltför kostsamt förfarande hos registreringsmyndigheten, borde vara panthavarens eget ansvar att undersöka om den som erbjuder panten är behörig att förfoga över den. (Se SOU 1985:10, s. 84.) Möjligheten att skapa en legitimationsgrund genom registrering i patentregistret avvisades även i propositionen, i första hand med hänvisning till att en sådan lösning skulle kräva en förändring av patentregistret och rutinerna för registrering som skulle vara alltför genomgripande. (Se prop. 1987/88:4, s. 16.) I övrigt kan argumentationen i propositionen i denna del uppfattas som något motsägelsefull. Å ena sidan hävdas att registreringen i patentregistret inte kan tjäna som legitimationsgrund eftersom det inte finns något registreringstvång och att registret därför är ofullständigt, vilket kan leda till att allmänheten skulle vilseledas. Å andra sidan hävdas att det är fullt rimligt att det är den som tar emot panten som får undersöka om pantsättaren är behörig, eftersom patentregistrets uppgifter "bör...kunna ge goda möjligheter för en pantborgenär att undersöka vem som är rätt ägare till ett patent". (Se a.a.) Motsägelsefullheten påtalas i motion 1987/88:L1, i vilken motionären, Mariann Karlsson, som även författade den motion som utgjorde startskottet för den lagstiftningsprocess som ledde fram till patentlagens regler om pant i patent, yrkar på att en möjlighet till godtrosvärv skulle införas i lagförslaget: "Om allmän säkerhet i omsättningen kräver att panträtt inskrivs i patentregistret, måste väl det kravet kunna uppställas, att man skall kunna lita på patentregistret även i andra avseenden. Den som mot panträtt ger försträckning åt någon som är antecknad som ägare i officiellt register bör kunna lita på att han verkligen gjort upp med ägaren, helt i linje med vad som gäller för fastigheter. Det måste anses oförsiktigt i hög grad, när panträtt möjliggörs för patent, när en ny patenthavare underlåter att registrera sitt innehav." (Se motion 1987/88:L1, s. 3.)

av PRV. Enligt lagrådet visar en sammanställning av 98 § och 100 § patentlagen (den senare paragrafen enligt vilken en registrering skall avföras om panträtten har förklarats ogiltig enligt lagakraftvunnen dom, har förfallit eller annars upphört att gälla) för det första att PRV inte ex officio behöver beakta pantavtalets giltighet och för det andra att även sådan bristande behörighet som avses i 96 § 3 st. patentlagen (det vill säga konkurs m.m.) är en sådan omständighet som får åberopas trots att registrering skett.<sup>499</sup> Det har vidare framhållits att i det fall behörighet återvinns, exempelvis genom att en utmätning upphävs eller ett konkurstillstånd upphör innan registreringen slutligen har prövats, det borde vara möjligt att registrera pantavtalet.<sup>500</sup>

Bestämmelserna i 98 § patentlagen och 34 e § varumärkeslagen kompletteras av ytterligare två bestämmelser av samma karaktär. Enligt 99 § patentlagen förfaller panträtten i det fall patentet eller patentansökan överförs på någon annan i enlighet med reglerna om bättre rätt i patentlagen eller om patentet av någon annan orsak upphör att gälla.<sup>501</sup> Enligt 34 f § varumärkeslagen upphör även panträtt i varumärke att gälla om varumärket upphör att gälla.<sup>502</sup>

Värt att notera är att den som är antecknad som patenthavare i patentregistret anses kunna avstå från patentet även om detta har överlåtit eller upplåtits.<sup>503</sup> I propositionen diskuteras huruvida det borde uppställas ett

---

<sup>499</sup> Se NJA II 1987 s 669. Enligt min mening framstår det förra påståendet som mer självklart än det andra. Även om det enligt min mening framstår som lämpligt att en behörighetsbrist som konkurs får påtalas i efterhand – en seriös kreditgivare bör rimligtvis kontrollera inte bara att pantsättaren är registrerad som patenthavare i registret utan även pantsättarens allmänna ekonomiska status, däribland att pantsättaren inte är i konkurs – så har jag svårt att se att detta kan utläsas ur jämförelsen mellan 98 § och 100 § patentlagen.

<sup>500</sup> Se Walin 1991, s. 268. Uttalandet har dock tagits bort i senare upplaga (se Walin 1998, s. 270-273). Sannolikt kom Walin fram till att uttalandet var alltför generellt. I den senare upplagan framhålls (se Walin 1998, s. 271) till exempel att pantupplåtelse som gjorts av omyndig som blir myndig innan ansökans ingivande knappast bör kunna få åberopas av panttagaren i den mån upplåtelsen är ogiltig enligt föräldrabalken. Det förefaller mig som om de olika omständigheter som kan medföra bristande behörighet bör prövas var för sig, utifrån sina särskilda förutsättningar. I det fall det handlar om att utmätning upphävs eller konkurstillstånd upphör under ansökningstiden förefaller det inte finnas några särskilt tungt vägande skäl att neka registrering. Det skulle dock kunna anses följa redan av 98 § patentlagen som sådan.

<sup>501</sup> Enligt 53 § patentlagen kan överföring av patent komma i fråga på grund av att det har meddelats annan än den som är berättigad. Visad bättre rätt enligt 53 § anses även vara en möjlig grund för ogiltighetstalan enligt 2 kap 25 § 1 st. 1 p. patentlagen. Även patentansökan kan, enligt 2 kap 17 § och 2 kap 18 § patentlagen, överföras till någon annan efter det att talan om bättre rätt har väckts. Patent kan vidare upphöra att gälla bland annat på grund av att årsavgiften inte erläggs enligt föreskrifterna, på grund av att det omfattas av någon ogiltighetsgrund eller på grund av att innehavaren avstår från patentet. (Förfall på grund av uteblivna avgifter regleras i 51 § patentlagen, ogiltighet regleras i 52 § patentlagen och avstående i 54 § patentlagen.)

<sup>502</sup> Registrerat varumärke kan till exempel avregistreras efter talan om hävning i enlighet med 25-27 §§ varumärkeslagen. Enligt 27 § 2 st. varumärkeslagen skall varumärke också avregistreras om innehavaren så begär.

<sup>503</sup> Avstående av patent regleras som sagt i 54 § patentlagen. Enligt 54 § 2 st. ges den som har blivit beviljad utmätning, kvarstad eller betalningssäkring i patentet ett visst skydd mot att patenthavaren avstår från patentet. Så länge någon av dessa tvångsåtgärder består eller tvist om överföring av patentet är anhängig får patentet inte förklaras ha upphört. Patenthavare, förvärvare och licenstagare ges alltså inget motsvarande skydd. Se vidare Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 272. Någon motsvarighet till 54 § 2 st. varumärkeslagen återfinns inte i

krav på samtycke från panthavaren för att avstående skall få ske. Departementschefen uttalar i detta sammanhang, med hänvisning till hur motsvarande problematik vad gäller licenstagarens ställning när patenthavaren avstår från patentet enligt 54 § patentlagen har hanterats,<sup>504</sup> att något sådant krav inte borde ställas upp och att frågan istället lämpligen bör regleras av parterna genom en skadeståndsklausul i avtalet.<sup>505</sup>

Frånvaron av ett krav på samtycke har i den juridiska litteraturen beskrivits som att panthavaren "i strid mot alla vanliga regler om verkan av pantsättning" kan förfoga över pantobjektet till skada för pantborgenären.<sup>506</sup> Vidare har det ifrågasatts vilket värde en skadeståndsklausul har för borgenären i detta sammanhang. I och för sig kan man i det fall gäldenären är solvent fråga sig vad skadan är, fordran kvarstår ju.<sup>507</sup> En solvent gäldenär bör också anses vara skyldig att ställa ut ny likvärdig pant. Men när säkerheten faller bort medför det att risken för kreditgivaren ökar, vilket kan leda till olika typer av kostnader. Och om en ny säkerhet ställs kan det leda till att en ny återvinningsfrist börjar löpa. Borgenären riskerar i det fall gäldenären är insolvent att bli utan utdelning på sin skadeståndsfordran.

Värt att notera är att den dominerande uppfattningen om en sakrättslig skiljelinje mellan immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser medför att resurser av det senare slaget faller utanför inte bara förbudet mot godtrosvärvarv, utan godtrosvärvarvskussionens ramar överhuvudtaget. En sådan lösning medför för I-Capitals räkning exempelvis följande. I det fall I-Capital har erhållit icke immaterialrättsligt skyddad P-OLED relaterad information från TDA och denna information visar sig härröra från tredje man och ha samband med patent som denne kan göra gällande en bättre rätt till än TDA och därmed även i förhållande till I-Capital, så omfattas informationen inte av tredje mannens bättre rätt. Skulle informationen vara att betrakta som tredje mannens företagshemligheter, så följer det av 2 § 3 st. lagen om företagshemligheter att I-Capital inte riskerar någon sanktion enligt denna lag, förutsatt att I-Capital varit i god tro.<sup>508</sup>

---

varumärkeslagen. Varumärkespanthavaren är i detta avseende därmed möjligtvis ännu mer utsatt än patentpanthavaren.

<sup>504</sup> Se prop. 1966:40, s. 198.

<sup>505</sup> Se Prop. 1987/88, s. 32.

<sup>506</sup> Se Walin 1998, s. 272.

<sup>507</sup> Se Walin 1998, s. 272-273.

<sup>508</sup> Enligt 2 § 3 st. lagen om företagshemligheter anses den som utnyttjar eller röjer företagshemlighet som han eller någon före honom har fått del av i god tro aldrig begå ett obehörigt angrepp (vilket enligt 2 § 1 st. lagen om företagshemligheter är en grundförutsättning för att lagen skall vara tillämplig). Bestämmelsen har beskrivits som en godtrosvärvarvsregel, se Domeij 2003, s. 218. Jag föredrar att se den som ett förtydligande av huvudregeln, det vill säga att kunskap och information som utgångspunkt inte skall omfattas av exklusivitet i förhållande till tredje män. Med ett sådant synsätt är det de möjligheter som företagshemlighetslagen ger att ingripa mot ondtröende tredje män som är att betrakta som undantag. Se även kapitel 15.

### **13.4.2 Frånvaron av en möjlighet att uppnå prioritet i förhållande till den som gör gällande en äldre och bättre rätt än TDA utgör sannolikt en faktor som försvårar utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet**

En kreditgivare som I-Capital med särskild kompetens avseende intellektuella resurser och finansiering kan visserligen antas ha särskilt goda förutsättningar att hantera den risk som frånvaron av godtroshövdsmöjlighet utgör. Med den särskilda kompetens som I-Capital besitter kan I-Capital antas ha goda möjligheter att rätt bedöma TDA:s uppgifter och förhållanden. Frånvaron av prioriteringsmöjlighet medför sannolikt ändå att transaktionskostnaderna ökar. En seriös kreditgivare som I-Capital vill självfallet försäkra sig om att det inte finns någon som har bättre rätt och det blir därför helt enkelt nödvändigt att göra fler och mer omfattande kontroller av kredittagarens uppgifter och förhållanden. Även om detta i och för sig kan ha vissa positiva effekter och inte enbart bör ses som något negativt, så innebär det en ökad kostnad både för I-Capital och TDA. Och någonstans går det givetvis en gräns för vad som är ekonomiskt effektivt. För kreditgivare som inte har I-Capitals särskilda kompetens kan frånvaron av prioriteringsmöjlighet mot den som kan visa på en bättre rätt kanske till och med i vissa fall framstå som så besvärande att det helt och hållet avskräcker från utnyttjande av patent och varumärken som kreditsäkerhet. Att det anses gå en sakrättslig skiljelinje mellan immateriella rättigheter och övriga intellektuella resurser, där endast de immateriella rättigheterna som sådana hamnar på den sakrättsligt skyddbara sidan, skulle visserligen i detta fall kunna vara till I-Capitals fördel. Lika lite som I-Capital, med en sådan lösning, kan hävda sakrättsligt skydd till exempelvis P-OLED relaterad information som sådan, så kan den som gör gällande en bättre rätt än TDA hävda ett sådant skydd. Eftersom sådan från det övriga resurspaketet frikopplad information i detta fall sannolikt är av begränsat värde är det dock tveksamt om detta på något sätt skulle gynna I-Capital i någon högre utsträckning.

### **13.5 I-Capitals möjligheter att förfoga över panträtten**

I-Capital kan av olika anledningar ha ett intresse av att förfoga över panträtten. Framförallt handlar det om att I-Capital i ett senare skede kan vilja omfördela sina risker. I första hand kan I-Capital antas vilja ha en möjlighet att överlåta panträtten tillsammans med fordran, det vill säga sätta en förvärvare i sitt ställe som både kreditgivare och panthavare. I SOU 1985:10 framhölls det att överlåtelse av panträtt tillsammans med fordran "givetvis" skulle kunna ske.<sup>509</sup> I

---

<sup>509</sup> Se SOU 1985:10, s. 161. I förarbetena till varumärkeslagens regler om pantsättning diskuterades inte frågan om övergång av panträtten.

prop. 1987/88:4 konstaterades det vidare att: "om panträtten förvärvas av någon annan uppkommer ingen ny panträtt. Det står emellertid den nye innehavaren fritt att begära anteckning om förvärvet hos patentverket."<sup>510</sup> Den självklarhet med vilken möjligheten att överlåta panträtten tillsammans med fordran godtogs i förarbetena är knappast förvånande med tanke på att den förhärskande uppfattningen är att panthavare som utgångspunkt har rätt att förfoga över panträtt tillsammans med fordran.<sup>511</sup>

Vid förfogande över panträtten tillsammans med fordran uppkommer frågan om när förvärvaren skall anses ha uppnått sakrättsligt skydd för panträtten i förhållande till den förste panthavarens borgenärer. Det har, med hänvisning till "en för lös egendom i allmänhet gällande regel", hävdats att det inte bör ställas olika krav för överlåtelse av rättigheten och överlåtelse av panträtt i rättigheten och att borgenärsskydd vid förfogande över fordran tillsammans med panträtt i patent eller varumärke därför, vad gäller panträtten, skall anses uppkomma redan genom avtalet.<sup>512</sup> Registrering av övergången enligt 95 § 2 st. patentlagen respektive 34 b § 2 st. varumärkeslagen skulle alltså, enligt detta synsätt, inte ha någon betydelse för förvärvarens borgenärsskydd. Det har emellertid också hävdats att det i dessa fall möjligtvis bör krävas denuntiation till rättighetshavaren för att förvärvaren skall ges sakrättsligt skydd för panträtten.<sup>513</sup> Ytterligare en lösning som har föreslagits är att låta skyddet för panträtten följa skyddet för den underliggande fordringen.<sup>514</sup> Uppnås borgenärsskydd för fordringen skall enligt detta resonemang följaktligen även förvärvet av panträtten omfattas av detta skydd. Häftar panten för en enkel fordran skulle det alltså krävas att sekundogäldenären denuntierades om förvärvet, i det fall den underliggande fordran är löpande skulle det krävas tradition av skuldebrevet.<sup>515</sup> Det har vidare hävdats att anknytningen till den underliggande fordringen medför att godtrosvärd förvärv av panträtt i patent och varumärken (trots 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen) måste vara möjligt i meningen att panträtten i förekommande fall bör följa fordringen. Om, vid överlåtelse av fordran med tillhörande panträtt, fordran godtrosvärd förvärvas i enlighet med reglerna i skuldebrevslagen bör, enligt detta resonemang, förvärvaren alltså även erhålla rätt till panträtten. Detta eftersom (i) det om "patenthavaren/pantsättaren kan sägas att han gjort en pantupplåtelse som är avsedd att följa den fordran som panten skall säkerställa", (ii) "en överlåtares borgenärer eller konkurrerande förvärvare inte skulle vara betjänta av att inneha en panträtt vilken inte är knuten till någon fordran" samt, (iii), "att panträtten skulle förfalla till oförtjänt gagn för patenthavaren eller dennes borgenärer kan inte gärna vara motiverat".<sup>516</sup>

Diskussionen om förfogande över panträtt omfattar emellertid en mängd andra potentiellt möjliga förfoganden. Det talas ibland om upp till åtta olika varianter

---

<sup>510</sup> Se prop. 1987/88:4, s. 28.

<sup>511</sup> Se till exempel Håstad 1996, s. 297; Lindskog 2007/08, s. 846-847; Walin 1998, s. 50 som benämner detta rediskontering.

<sup>512</sup> Se SOU 1985:10, s. 161. Se vidare avsnitt 16.1.2 om den gängse uppfattningen att borgenärsskydd vid överlåtelse av immateriell rättighet uppkommer genom avtalet. Den "allmänna regeln" formuleras till exempel av Rodhe 1986 s. 217 (om överlåtelse) samt s. 402 (om pantsättning) samt av Hessler 1973, s. 256.

<sup>513</sup> Se Walin 1998, s. 266 med hänvisning till NJA 1988 s 257, där det krävdes denuntiation till hyresvärden för att förvärvaren av en hyresrätt skulle erhålla borgenärsskydd.

<sup>514</sup> Se Lennander 1977, s. 156, n. 6 med hänvisningar (Lennander själv förespråkar dock att pantsättning av fordran tillsammans med panträtt skall ses som en transaktion bestående av två komponenter; pantsättning av fordran, för vilken det för sakrättsligt skydd krävs denuntiation eller tradition, samt pantsättning av panträtten, för vilken det för sakrättsligt skydd är avgörande "i vilken typ av objekt panträtten materialiserats", se a.a., s. 159); Lindskog 2007/08, s. 849-850; Walin 1998, s. 266-267 samt s. 151ff.

<sup>515</sup> Se 31 § respektive 22 § lag (1936:81) om skuldebrev.

<sup>516</sup> Se Walin 1998, s. 267



av förfoganden över panträtt: (i) Överlåtelse av panträtt tillsammans med fordran, (ii) pantsättning av panträtt tillsammans med fordran, (iii) överlåtelse av panträtt skiljd från fordran, (iv) pantsättning av panträtt skiljd från fordran, (v) överlåtelse av panten tillsammans med fordran, (vi) pantsättning av panten tillsammans med fordran, (vii) överlåtelse av panten skiljd från fordran och, slutligen, (viii) pantsättning av panten skiljd från fordran. Det är omtvistat vilken funktion en sådan mångfald av förfogandeformer syftar till att fylla. Diskussionen har den senaste tiden tagit formen av en diskussion om återpantsättningens vara eller icke-vara som rättsinstitut. Att redogöra för i varje fall huvuddragen i denna diskussion är nödvändigt för att rätt förstå förutsättningarna för I-Capitals möjligheter att förfoga över de pantsatta patent- och varumärkesrättigheterna.

### 13.5.1 Återpantsättningsdiskussionen

Exakt vad som avses med återpantsättning skiftar. I den juridiska litteraturen har termen återpantsättning framförallt fått beteckna panthavares pantsättning av *panten* frikopplad från den underliggande fordran.<sup>517</sup> Utgångspunkten anges i dessa sammanhang vanligtvis vara att en dispositiv rätt till återpantsättning av panten följer av 10 kap. 6 § handelsbalken.<sup>518</sup> I lagtext talas det emellertid omväxlande om förfogande över panten respektive panträten.<sup>519</sup> Även i litteraturen har det hävdats att återpantsättning skall ses som panthavares pantsättning av *panträten* frikopplad från den underliggande fordran.<sup>520</sup> Enligt

---

<sup>517</sup> Se Håstad 1996, s. 299; Myrdal 2008-09, s. 34ff. samt Myrdal 2005, s. 174ff.; Rodhe 1986, s. 402; Walin 1998, s. 52.

<sup>518</sup> Se a.a.

<sup>519</sup> I 95 § 2 st. patentlagen och 34 b § 2 st. varumärkeslagen talas det om att "en registrerad *panträtt* har övergått på någon annan", i 10 kap 6 § handelsbalken talas det om att "sätta ut till annan den *pant* som han i händer haver", i 3 kap 3 § lagen om handel med finansiella instrument talas det om att "pantsätta eller överlåta *panträten*".

<sup>520</sup> Se Lennander 1977, s. 157ff. Enligt Lennander föreligger det dock (med ett undantag) knappast någon teoretisk eller praktisk skillnad mellan pantsättning av panträtt och pantsättning av pant: "Vid återpantsättning utgör den förste panthavarens panträtt objekt för återpanthavarens panträtt. [...] Emellertid gäller här, liksom vid panträtt i rättigheter överhuvudtaget, att rättigheten *materialiserar* i det objekt som kan vara förknippat med rätten. På samma sätt som t.ex. en andelsrätt representeras av en aktie representeras panträten av panten. [...] Lika väl som man talar om pantsättning av aktier kan man därför tala om pantsättning av panten. Uttryckssättet 'pantsättning av panträten' är dock att föredraga såtillvida som uttrycket 'pantsättning av panten' kan leda tanken till ett otillåtet förfarande, där objektet som sådant (äganderätten) pantsättes, utan inskränkning till panträten. [...] Om man emellertid ej åsyftar nu nämnda otillåtna förfarande, föreligger ingen teoretisk skillnad mellan uttryckssätten att pantsätta panten och att pantsätta panträten. Det kan heller inte vara fråga om någon praktisk skillnad. Det är uteslutet, att utformningen av innehavarens vårdplikt gentemot ägaren skulle vara beroende, huruvida 'panten' eller 'panträten' pantsatts, eftersom det i båda fallen rör sig om samma konkreta situation: En person har (med panträtt) fått en annan persons egendom i sin besittning." (Se a.a., s. 156-157.) Håstad 1996, s. 299 (särskilt n. 43) ser dock pantsättning av panträtt som något annat än pantsättning av panten, vilket som sagt är vad Håstad avser med återpantsättning. Så ock Lindskog 2007/08, s. 855 som även han gör en principiell skillnad mellan pantsättning av panten och panträten (Lindskog menar dock att med återpantsättning i grunden knappast kan avses något annat än en särskild slags tredjemanspantsättning, se vidare nedan). För Myrdal 2005 är återpantsättningens rätta objekt –

ytterligare en uppfattning är det osäkert huruvida återpantställning överhuvudtaget bör betraktas som ett specifikt rättsinstitut.<sup>521</sup>

Att återpantställning inte bör betraktas som ett självständigt rättsinstitut har hävdats mot bakgrund av att den avtalsrättsliga utgångspunkten måste vara att pantavare utan stöd i pantavtalet inte har rätt att förfoga över pantobjektet på annat sätt än genom pantrealisation, att 10 kap. 6 § handelsbalken är ett alldeles för ålderstiget och oklart lagrum för att kunna tjäna som stöd för slutsatsen att pantavare utan stöd i pantavtalet skall ha rätt att förfoga över pantobjektet på annat sätt än genom pantrealisation, att 10 kap. 6 § handelsbalken snarare bör betraktas som en regel som, i likhet med 3 kap 1-4 §§ lagen om handel med finansiella instrument, begränsar den rätt till återpantställning som med stöd i pantavtalet kan föreligga, att rättspraxis snarast talar för att pantavare inte skall ha rätt att pantförskriva pantobjektet utan stöd i pantavtalet, att den juridiska litteraturen ger uttryck för olika uppfattningar i frågan, samt, att även tunga ändamålsskäl talar mot att pantavaren skall ha rätt att utan stöd i pantavtalet förfoga över pantobjektet. Slutsatsen av detta är att återpantställning av pantobjektet för det första inte skall kunna genomföras utan stöd i pantavtalet och att i det fall återpantställning sker, det i realiteten är fråga om en (särskild slags) tredjemanspantställning, det vill säga ett förfogande över den ursprungliga pantsättarens rätt.<sup>522</sup> Det hävdas också att pantsättning av pant rätt skiljd från fordran saknar mening: "Är inte i själva verket pantfordringen själva handtaget till pantobjektet? Och innebär inte det i så fall att den säkrade fordringen och panträtten är oupplösligt förbundna med varandra (eller kanske snarare olika beskrivningar av samma sak)?"<sup>523</sup>

---

panten eller panträtten? – en huvudfråga. Myrdals primära svar är som sagt att återpantställningens objekt är panten. Myrdal gör också en annorlunda tolkning än vad jag gör av det ovan återgivna uttalandet av Lennander. Enligt Myrdal 2005, s. 251 ser Lennander pantsättning av panten respektive panträtten som olika företeelser. Se även Myrdal 2008-09, s. 56-57 (n. 107) med hänvisningar till ytterligare författare (utöver Lennander, vill säga) som anger panträtten som återpantställningens objekt. Även Rodhe 1986, s. 402 skiljer mellan pantsättning av pant rätt och (åter)pantställning av panten. Martinson 2002, s. 564-565 är överhuvudtaget tveksam till användandet av de traditionella pant- och panträttsbegreppen i dessa sammanhang och framhåller, bland annat, att dessa kan bidra till att dölja att "variablerna kan vara något fler och att även andra konstruktioner kan tänkas". Martinson föreslår ett mer direkt tillvägagångssätt där parternas intentioner beskrivs mer i detalj.

<sup>521</sup> Se Lindskog 2007-08, s. 843, n. 1 samt s. 861.

<sup>522</sup> Se Lindskog 2007-08, s. 851-855.

<sup>523</sup> Se Lindskog 2007-08, s. 858 med hänvisning till Rodhe 1986, s. 422. Lindskogs synsätt har kritiserats av Myrdal 2008-09. Det är dock enligt min mening svårt att komma ifrån att Lindskog har en poäng i sitt påpekande att Myrdal synes pressa de traditionella rättskällorna för hårt i sina försök att i dessa finna svaret på återpantställningens gåta (se Lindskog 2008-09, s. 860-861 samt även Millqvist 2005-06, s. 460 på samma tema). För mig framstår Myrdals undersökning i mångt och mycket som ett försök att skapa en ny säkerhetsform, eller i varje fall ett försök att verka för ett ökat användande av återpantställning som kreditsäkerhetsform. Myrdals ändamålsresonemang bygger, med hänvisning till det så kallade säkerhetsdirektivet från 2002 (dir. 2002/47/EG) samt prop. 2004/05:30, s. 18, på utgångspunkten att: "Ett starkt ändamålsskäl för att tillåta återpantställning är som sagt att det är värdefullt att säkerhetsmassor kan frigöras." (Se Myrdal 2008-09, s. 54.) Vad det handlar om är framförallt att underlätta återpantställning inom värdepappershandeln: "Ett typfall är när ett värdepappersbolag (B) ställer säkerhet i samband med att det hos bank (C) finansierar den egna utlåningen till sina depåkunder (A). Avsikten är att C skall ges en rätt att utnyttja A:s värdepapper i händelse av B:s obestånd." (Se a.a., s. 32.) Att utnyttjandet av återpantställning inom värdepappershandeln bör underlättas är dock knappast en självklarhet. Det är kanske inte alltför långsökt att befara att det skulle kunna finnas en risk för att "frigörandet" av säkerhetsmassor genom ökad återpantställning skulle kunna bidra till konstruktionen av finansiella luftslott likt dem vi har sett kollapsa under den senaste finanskrisen. Kanske är det så att argumentet för återpantställning framstår som verkligt starkt framförallt mot bakgrund av en grunduppfattning som går ut på att finansmarknaderna i grunden är stabila och att verkligt allvarliga, globalt systemhotande, kriser inte är ett alternativ.

Återpansättning av panträtt i patent eller varumärken hävdas hursomhelst i förarbetena till 12 kap patentlagen respektive 34 a-j § varumärkeslagen inte vara möjligt. Enligt 96 § patentlagen kan endast patenthavaren eller den till vilken panträtt har upplåtits låta registrera pant i patent. Enligt motiven innebär detta stadgande att återpansättning inte är möjligt i samband med pantsättning av patent.<sup>524</sup> Därmed kan det kanske tyckas vara omotiverat att gå vidare med analysen av återpansättningsfrågan. Det har dock ifrågasatts om 96 § patentlagen bör tolkas som ett förbud mot återpansättning.<sup>525</sup> Jag håller i och för sig med om att 96 § patentlagens ordalydelse i sig knappast ger uttryck för ett klart och tydligt förbud mot återpansättning. Att "den till vilken panträtt har upplåtits" skall ha rätt att ansöka om registrering av panträtt kan mycket väl tolkas som att återpansättning skall vara möjligt. Enligt min mening finns det emellertid ingen anledning att tillåta återpansättning vid pantsättning av patent och varumärken.

### **13.5.2 Vid pantsättning av patent och varumärken bör återpansättning inte vara möjligt**

Det är för det första svårt att se att det skulle föreligga något särskilt starkt intresse från panthavare av I-Capitals slag att återpansätta patent och varumärken. Möjligheten att överlåta eller pantsätta panträtten tillsammans

---

(På liknande tema fast med den kritiska udden riktad mot föråldrade objektsföreställningar – samt inte minst att problemet återpansättning knappast längre är relevant för värdepappersmarknaden – se Wallin-Norman 2009, s. 216 som menar att frågan om det "rätta objektet" och försöken att "tolka vad som utgör gällande rätt utifrån den Fysiska Modellen, det vill säga med bortseende från den faktiskt föreliggande verkligheten, ger ingen lösning – det anser jag framgår av Myrdals grundliga utredning. Ett av de största problemen vid återpansättning – eller andra förfoganden – av finansiella instrument är att en tolkning av gällande rätt, som utgår från den Fysiska Modellen, leder till teoretiskt svåra eller olösliga problem och därmed till en både logisk och rättslig inkohärens. Den utgör enligt min mening en av de största riskerna på värdepappersrättens område. De traditionella rättsprinciperna enligt den Fysiska Modellen utgör därmed ett hinder bl.a. för att effektivt kunna utnyttja värdepapperstillgångar för kreditändamål." Se även Johansson 2009, s. 15ff. som kritiserar säkerhetsdirektivet för att ignorera de risker som återpansättning enligt art. 5 i detta direktiv utsätter den ursprunglige pantsättaren för. Denne riskerar enligt Johansson att vid återpansättarens konkurs bli sittande med endast en oprioriterad fordran. Se på detta tema även kritiken i Myrdal 2005, s. 500ff. Detta är också anledningen till att Sverige i så hög utsträckning som möjligt behöll regleringen i 3 kap 3 § lagen om handel med finansiella instrument oförändrad, se prop. 2004/05, s. 50.)

<sup>524</sup> Se NJA II 1987, s. 663 respektive Prop. 1995/96:26, s 42.

<sup>525</sup> Se Myrdal 2005, s. 182, n. 673 samt Walin 1998, s. 268 som framhåller att denna tolkningsmöjlighet är ett resultat av det tillägg som tillkom efter förslag från lagrådet, samt att lagrådets avsikt inte var att återpansättning skulle tillåtas. (96 § 1 st. patentlagen hade i det ursprungliga förslaget följande lydelse: "Den som ansöker om registrering enligt 95 § skall styrka sin rätt till patentet eller patentansökan." Lagrådet föreslog den lydelse som nu återfinns i 96 § 1 st. patentlagen: "Ansökan om registrering enligt 95 § görs av den som har rätt till patentet eller patentansökningen eller av den till vilken panträtt har upplåtits. Sökanden skall styrka upplåtarens rätt till patentet eller patentansökningen." Lagrådets angivna syfte var endast att möjliggöra även för den tilltänkte panthavaren att ansöka om pantsättning. Se vidare NJA II 1987, s. 664-666.)

med fordran mot TDA kan antas vara fullt tillräcklig för I-Capital. För I-Capital innebär ett förbud mot återpansättning alltså sannolikt inte att TDA:s resurspaket blir mindre attraktivt.

Återpansättning kan vidare antas medföra vissa risker.<sup>526</sup> Framförallt förefaller återpansättning av pantträtt i patent kunna resultera i en allt för hög grad av komplexitet.<sup>527</sup> Detta kan i synnerhet vara fallet om pantsättningen av patent utgör kärnan i ett mer omfattande utnyttjande av intellektuella resurser. Dessa transaktioner är redan från början mycket komplexa,<sup>528</sup> vilket medför att återpansättning med åtföljande ytterligare höjning av komplexitetsgraden framstår som än mer olämpligt.

### ***13.6 I-Capitals möjligheter att vidta åtgärder mot den som gör intrång i de pantsatta patent- och varumärkesrättigheterna***

I samband med en transaktion av det slag som den mellan TDA och I-Capital är frågan om panthavarens möjligheter att vidta åtgärder mot den som gör intrång i patenten inte helt oviktig. I det fall pantsättaren av någon anledning, till exempel i samband med ekonomisk kris, saknar viljan eller förmågan att vidta åtgärder kan panthavaren mycket väl vilja ingripa på egen hand för att skydda de pantsatta rättigheternas värde.

Enligt pantavtalet skall TDA visserligen vidta åtgärder mot intrång i de pantsatta immateriella rättigheterna. I det fall TDA av någon anledning inte uppfyller denna skyldighet har I-Capital emellertid enligt avtalet rätt att väcka talan i TDA:s ställe. Skulle I-Capital se sig tvingade att använda sig av denna möjlighet eftersom TDA underlåter att uppfylla sin skyldighet att skydda de pantsatta rättigheterna, så har I-Capital enligt avtalet rätt till skadestånd. I en situation där TDA befinner sig i ekonomisk kris kan denna rätt dock vara i det närmaste värdelös. I en sådan situation kan det därför antas vara extra betydelsefullt för I-Capital att kunna utnyttja den avtalsenliga möjligheten att ingripa mot eventuella intrång. Frågan är hur denna reglering mellan parterna skall anses förhålla sig till regleringen i patentlagen och varumärkeslagen. Enligt motiven till patentlagens och varumärkeslagens regler om pantsättning har

---

<sup>526</sup> Lindskog 2007-08, s. 854 framhåller som sagt att tunga ändamålsskäl talar mot att rätt till återpansättning skall ses som utgångspunkten. (Lindskog hänvisar här dels till de rättsliga problem som anges av Millqvist 2004-05, s. 456ff. och dels till de praktiska problem som kan uppstå när panthavarens person är av stor betydelse för den ursprunglige pantsättaren. Jfr Myrdal 2008-09 som menar att de rättsliga problemen kan hanteras lagstiftningsvägen och att det praktiska problem som Lindskog anger inte medför någon ökad risk i förhållande till vad pantsättare i övrigt måste acceptera. Enligt min mening måste den praktiska problembilden dock betraktas i ett större sammanhang där återpansättning förefaller kunna bidra till en alltför hög grad av komplexitet på finansmarknaderna, se vidare nedan.)

<sup>527</sup> Och en alltför hög grad av komplexitet är som sagt något som bör moverkas i finansieringssammanhang, se avsnitt 5.1.5.

<sup>528</sup> Se del två.

panthavaren nämligen endast begränsade möjligheter att ingripa mot eventuella intrång.

### 13.6.1 En begränsad rätt för panthavaren att väcka talan om intrång...

Enligt motiven till patentlagens och varumärkeslagens regler om pantsättning har panthavaren endast rätt att väcka talan om *skadestånd* mot den som gör intrång i ett pantsatt patent eller varumärke.<sup>529</sup> Panthavaren skulle alltså sakna möjlighet att föra förbudstalan, att begära intrångsundersökning, att begära informationsföreläggande att föra fastställsetalan om intrång och så vidare.<sup>530</sup>

De immaterialrättsliga sanktionsmöjligheterna har utökats sedan 1988 respektive 1995 då patentlagens respektive varumärkeslagens regler om pantsättning infördes. Numera finns det inte bara möjlighet att anmäla intrång till åtal (enligt 57 § patentlagen respektive 37 § varumärkeslagen),<sup>531</sup> att begära ersättning för utnyttjandet samt skadestånd (enligt 58 § patentlagen respektive 38 § varumärkeslagen), föra förbudstalan (enligt 57 b § patentlagen respektive 37 b § varumärkeslagen) samt fastställsetalan om intrång (enligt 63 § patentlagen respektive 44 § varumärkeslagen). Det finns även möjlighet att få egendom som omfattas av intrångsbrottet förverkad (enligt 57 a § patentlagen respektive 37 a § varumärkeslagen), att begära informationsföreläggande (enligt 57 c § patentlagen respektive 37 c § varumärkeslagen), att begära att den som har begått eller medverkat till intrång bekostar lämpliga åtgärder för att sprida information om domen (enligt 57 h § patentlagen respektive 37 h § varumärkeslagen), att begära korrigeringsåtgärder (till exempel återkallande eller sättande i förvar) avseende den egendom som omfattas av intrånget (enligt 59 § patentlagen respektive 41 § varumärkeslagen), samt att begära intrångsundersökning (enligt 59 a § patentlagen respektive 41 a § varumärkeslagen).

Vad gäller patent baseras ställningstagandet att panthavaren endast kan föra skadeståndstalan på en tolkning av 57 b §, 63 § och 64 § patentlagen. I 57 b § patentlagen nämns endast patenthavare och licenstagare som taleberättigade vid förbudstalan. I 63 § 1 st. patentlagen nämns endast patenthavare och licenstagare som taleberättigade vid fastställsetalan. I 64 § 1 st. 2 men. anges att licenstagare skall underrätta patenthavaren i det fall licenstagaren vill väcka talan om intrång i patentet eller talan om fastställsetalan enligt 63 § 1 st. I 64 § 1 st.

---

<sup>529</sup> Se Prop. 1987/88:4, s. 22 där departementschefen framhåller att panthavaren inte skall ha möjlighet att begära "ersättning för 'utnyttjande av uppfinningen', eftersom en panthavare inte kan drabbas av en sådan omedelbar skada. Däremot bör talan kunna avse ersättning för den 'ytterligare skada som intrånget medfört'. Ett typfall av en skada av detta slag kan tänkas uppkomma, om det vid realisation av panten visar sig att denna till följd av ett intrång har förlorat så mycket i värde att den inte täcker panthavarens fordran". Se även Prop. 1995/96:26, s. 48. Att patenthavaren skall anses ha rätt att anmäla intrång till åtal kan det enligt departementschefen dock "inte råda något tvivel om". (Se prop. 1987/88:4, s. 22.) (Vilket jag tycker att man kan hålla med om mot bakgrund av 20 kap 8 § rättegångsbalken.) Därmed bör även förverkande av egendom som är förknippad med det brottsliga patentintrånget kunna komma i fråga i samband med att panthavare anmält patentintrång till åtal.

<sup>530</sup> Se prop. 1987/88:4, s. 22-23 där departementschefen framhåller att det saknas anledning att ge panthavaren rätt att föra förbuds- eller fastställsetalan, vilket i stort sett var de ytterligare sanktioner som år 1988 fanns att tillgå. Som framgår av framställningen ovan har sanktionsmöjligheterna utökats sedan år 1988.

<sup>531</sup> Åtal skall endast väckas om det av särskilda skäl är påkallat från allmän synpunkt.

in fine anges att detsamma gäller om panthavare vill väcka talan om intrång. Ingenting nämns alltså om att panthavare skulle ha möjlighet att väcka talan om förbud eller fastställelse. Panthavarens avsaknad av möjlighet att föra förbuds- eller fastställsetalan motiveras i motiven till 12 kap patentlagen dels med att pantsättaren kan antas reagera mot intrång i patentet och att panthavaren då har möjlighet att intervensera och dels med att den skada som tillfogas panthavaren vid ett patentintrång endast utgör en indirekt följd av intrånget.<sup>532</sup>

Vad gäller varumärken har avsikten varit att anknyta till patentlagens regler om panthavares möjligheter att föra talan i anledning av intrång.<sup>533</sup> Utformningen av de varumärkesrättsliga reglerna är ungefär densamma som i patentlagen. I 37 b § varumärkeslagen anges, i likhet med 57 b § patentlagen, endast patenthavare och licenstagare som taleberättigade vid förbudstalan. Enligt 43 § 2 st. varumärkeslagen skall, i likhet med vad som anges i 64 § 1 st. in fine patentlagen, panthavare som vill väcka talan om intrång meddela varumärkeshavaren om detta.

En skillnad i förhållande till motsvarande regler i patentlagen är att reglerna i varumärkeslagen intar en omvänd ordning. I 63 § patentlagen utläggs själva möjligheten att föra fastställsetalan. I 64 § 1 st. 2 men. patentlagen anges sedan att licenstagare som vill väcka talan *om fastställelse eller intrång* skall underrätta patenthavaren om detta. I 64 § 1 st. 3 men. anges att även en panthavare som vill väcka talan *om intrång* skall underrätta patenthavaren. Det ligger onekligen, så som framhålls i propositionen, mycket nära till hands att läsa regleringen som att en panthavare endast skall ha möjlighet att föra talan om intrång, det vill säga skadeståndstalan. I 43 § 1 st. varumärkeslagen anges att licenstagare som vill väcka talan om intrång skall meddela varumärkeshavaren. I 2 st. i samma lagrum anges att panthavare som vill väcka talan om intrång skall göra detsamma. Först därefter, i 44 § varumärkeslagen, kommer regeln om fastställsetalan. I 44 § 2 st. anges att ”i mål härom skall vad i 43 § stadgas äga motsvarande tillämpning”. Det är inte lika självklart att läsa varumärkeslagens regler som en reglering som utesluter att panthavaren skall ha rätt att föra fastställsetalan, snarare tvärtom. I 44 § 2 st. hänvisas till 43 § utan några inskränkningar. Detta skulle kunna tolkas som att även panthavare skall anses ha rätt att föra fastställsetalan. Att detta dock inte har varit avsikten framgår dock som sagt tydligt av propositionen.<sup>534</sup>

### 13.6.2 ...och en begränsad rätt till skadestånd...

Om panthavaren väcker skadeståndstalan mot den som gör intrång i de pantsatta rättigheterna uppstår frågan vad skadeståndet skall omfatta. I motiven anges att panthavaren inte bör kunna kräva ersättning för utnyttjande av uppfinningen eftersom panthavaren inte drabbas omedelbart av en sådan skada.<sup>535</sup> Enligt motiven skall alltså ersättningsgill skada för panthavaren anses uppkomma först i det fall betalning av fordran helt eller delvis uteblir och det visar sig att panten till följd av intrånget inte täcker den uteblivna betalningen i lika hög grad som annars skulle vara fallet.

---

<sup>532</sup> Se prop. 1987/88:4, s. 23.

<sup>533</sup> Se prop. 1995/96, s. 48.

<sup>534</sup> Se prop. 1995/96, s. 48.

<sup>535</sup> Se prop. 1987/88:4, s. 22.

Det ovan beskrivna motivuttalandet har för det första kritiserats med hänvisning till att frånvaron av möjligheter för panthavaren att föra samma slags talan som patenthavaren inte är förenligt med allmänna regler om panthavares ställning och befogenheter. För det andra har det hävdats att skada på panten på grund av otillåtna åtgärder från tredje mans sida måste betraktas som en direkt skada eftersom redan det faktum att panten minskar i värde och att panthavarens riskmarginal försämras utgör en skada. För det tredje har det framhållits att inskränkningen av panthavarens befogenheter medför att pantsättningsinstitutet blir mindre attraktivt i förhållande till säkerhetsöverlåtelsekonstruktionen.<sup>536</sup> Man skulle även kunna fråga sig varför en panthavare skall vara betydligt sämre ställd än en licenstagare när det gäller att ingripa mot intrång? Argumentationen i motiven ger knappast ett övertygande svar på den frågan. Panthavarens intresse av att kunna ingripa mot intrång som kan minska rättigheternas värde är inte mindre legitimt än licenstagarens. Den praktiska betydelsen av en sådan möjlighet kan dessutom antas vara särskilt stor för kreditgivare som, i likhet med I-Capital, är särskilt inriktade på lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser.

### **13.6.3 ...kan försvåra en utökad användning av patent och varumärken som kreditsäkerhet inom ramen för en särskild finansieringsform för intellektuella resurser.**

Med den lösning som kan utläsas av patentlagen och varumärkeslagen och dessa lagars förarbeten, så är panthavarens möjligheter att ingripa mot intrång i pantsatta patent och varumärk begränsade. För I-Capital innebär en sådan lösning att riskerna ökar och att verksamheten försvåras. I-Capital kan inte räkna med att kunna ingripa mot intrång i rättigheterna. Det är inte säkert att avtalet kommer att accepteras i denna del. Möjligen kommer begränsningarna av talerätten att ses som tvingande.

Eftersom lånefinansiering baserad på säkerhet i intellektuella resurser, som segment på kreditmarknaden, sannolikt endast kommer att kunna växa om hanteringen i högre grad tas över av specialiserade aktörer som I-Capital, vilka bland annat har kompetens att om nödvändigt gå in och ta över kontrollen över gäldenärernas intellektuella resurser, kan den begränsande reglering som ovan redogjorts för även antas utgöra ett hinder i vägen för en utveckling av denna del av finansmarknaden.

## **13.7 Sammanfattning och slutsats**

I detta kapitel har de etablerade säkerhetskonstruktioner som kommer till uttryck som pantsättning av patent och varumärken i enlighet med 12 kapitlet

---

<sup>536</sup> Se Walin 1998, s. 278.

patentlagen respektive 34 a – 34 j §§ varumärkeslagen analyserats. Syftet har varit att undersöka dessa säkerhetskonstruktioners funktion i samband med en transaktion av det slag som TDA och I-Capital önskar genomföra. Det är nu dags att säga några avslutande och sammanfattande ord om denna analys.

### **13.7.1 Säkerhetskonstruktionerna pant i patent respektive varumärken ger visserligen i flera avseenden I-Capital ett fullgott skydd...**

Analysen av säkerhetskonstruktionerna pant i patent respektive varumärken visar att registrerings- och tidsprioritetsordningen medför att I-Capital som panthavare erhåller en förhållandevis trygg position. Skydd mot pantsättarens borgenärer bör anses uppkomma redan då ansökan om registrering av panträkten inkommer till patentmyndigheten. Även om en senare tidpunkt skulle anses gälla, så är det emellertid möjligt för I-Capital att anpassa sig till denna tidpunkt. Frågan om den exakta tidpunkten för borgenärsskyddets uppkomst är därför knappast av särskilt stor betydelse i sammanhanget. Ansökan om registrering ger I-Capital prioritet även i förhållande till senare konkurrerande anspråk på pant i, förvärv av eller licensrätt i patenten. Registreringskravet medför också att det är möjligt att utesluta förekomsten av tidigare panthavare. Det finns också en möjlighet att förfoga över panträkten i en utsträckning som sannolikt täcker I-Capitals (och de allra flesta andra panthavares) behov. Det finns dock ett antal faktorer (i detta fall element i säkerhetskonstruktionernas uppbyggnad) som medför en ökad risk för I-Capital och därmed kan antas försvåra utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet.

### **13.7.2 ...men vissa (centrala) element i säkerhetskonstruktionerna medför en ökad risk för I-Capital och kan därför antas försvåra utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet.**

I-Capital saknar för det första möjlighet att bli prioriterad i förhållande till den som har en äldre och bättre rätt till ett pantsatt patent eller varumärke än TDA. Det finns med andra ord ingen möjlighet att godtrosvärva panträtt i patent eller varumärke. För en seriös och insatt kreditgivare som I-Capital framstår frånvaron av en sådan möjlighet i sig visserligen knappast som tillräckligt avskräckande för att transaktionen inte skall bli av. Frånvaron av godtrosvärvmöjlighet behöver inte heller enbart vara negativ. Möjligtvis kan den bidra till att kreditgivarens riskanalys inte blir alltför ytlig. Den risk som frånvaron utgör ökar emellertid transaktionskostnaderna. I-Capital kommer att vara tvingat att vidta åtgärder för att minska risken. Det kan exempelvis handla om att den riskanalys som görs innan transaktionen blir mer omfattande och att eventuella försäkringslösningar blir dyrare.



En liknande risk utgörs av att I-Capitals rätt förfaller om patentet eller varumärket upphör att gälla, till exempel på grund av att TDA (enligt 54 § 1 st. patentlagen) avstår från rättigheten. I-Capital har heller inte några större möjligheter att skydda sig mot denna risk.

Ytterligare en riskfaktor är att I-Capital inte är skyddat mot tidigare anspråk på licensrätt. Skulle det efter pantsättningen dyka upp tidigare okända licensstagare har I-Capital alltså ingen möjlighet att hävda prioritet i förhållande till dessa. Sådana licensanspråk måste förbehållas vid en eventuell realisation av det pantsatta patentet. Även om licenser ofta kan medföra att ett patent blir mer värt (till exempel på grund av inkomster från licensavgifter och royalty) är detta inte alltid fallet. Licensavtal kan givetvis ibland vara oförmånliga för patenthavaren. I vissa fall kan ett pantsatt patent vara som mest värt för potentiella köpare om det kan förvärfvas med full exklusivitet, det vill säga utan belastningar. Därmed utgör prioriteringen av tidigare licensanspråk (och som sagt även icke registrerade och för patenthavaren okända sådana) en risk som kan antas försvåra utnyttjandet av säkerhetskonstruktionen pant i patent. För I-Capital är även denna risk hanterbar. Liksom frånvaron av en prioriteringsmöjlighet mot den som visar sig ha bättre rätt till någon av de pantsatta rättigheterna, så ökar den emellertid transaktionskostnaderna.

En fjärde faktor som kan försvåra utnyttjandet av TDA:s resurser är uppfattningen att patenthavaren skall ges endast en begränsad rätt att ingripa mot intrång i patentet. Särskilt för ett specialistföretag som I-Capital som strävar efter att skapa en möjlighet att, i det fall TDA hamnar i svårigheter, kunna gå in och ta kontrollen över de pantsatta tillgångarna, så skulle den här typen av begränsningar utgöra ett problem.

Det sannolikt största hindret för en transaktion av det slag som TDA och I-Capital önskar genomföra utgörs emellertid av uppfattningen att det går en sakrättslig skiljelinje mellan immateriella rättigheter och andra typer av intellektuella resurser. Endast immateriella rättigheter som sådana anses kunna bli föremål för sakrättsligt skydd. En sådan lösning medför stora risker för I-Capital. Centrala delar av TDA:s resurser består av icke immaterialrättsligt skyddade P-OLED relaterade resurselement. Det är inte osannolikt att riskerna bedöms som så stora att transaktionen inte genomförs. Hur en konstruktiv lösning – som beaktar såväl intresset av att i högre utsträckning kunna förfoga över intellektuella resurser med verkan mot tredje man och intresset av att intellektuella resurser inte i alltför hög utsträckning låses in i traditionella egendomsformer – skulle kunna utformas behandlas i del fyra. I följande avsnitt kommer de för utnyttjandet av TDA:s upphovsrätter som kreditsäkerhet relevanta lösningarna i det traditionella rättskällematerialet att analyseras. En huvudfråga när det gäller upphovsrätt som kreditsäkerhetsobjekt har varit huruvida upphovsrätt överhuvudtaget skall gå att pantsätta.

## 14 TDA:s upphovsrätter som creditsäkerhetsobjekt

TDA:s verksamhet är visserligen i första hand beroende av teknisk kunskap som skyddas av patent. Den P-OLED relaterade patentportfölj som TDA innehar är av avgörande betydelse för TDA:s verksamhet. TDA och I-Capital har emellertid även kodifierat en mängd kunskap och information som inte omfattas av något patentskydd. Det handlar dels om teknisk kunskap som i och för sig skulle kunna bli föremål för patentansökan, men som av olika skäl har hållits hemlig, dels om sådant som övrig P-OLED relaterad know-how, testresultat, manualer, instruktioner, ritningar, policy- och strategidokument, övrig intern dokumentation av betydelse för utnyttjandet av P-OLED teknologin och så vidare. Eftersom dessa kodifierade resurselement utgör en betydelsefull komponent i TDA:s resurspaket frågar sig I-Capital vilka möjligheter som kan antas finnas att kontrollera resurselementen vid TDA:s eventuella konkurs. Eftersom de kodifierade resurselementen kommer att vara tillgängliga för TDA:s konkursbo kan frågan formuleras som en fråga om borgenärsskydd. Hur skall I-Capital kunna uppnå prioritet för sitt anspråk i förhållande till TDA:s övriga konkursborgenärer?

I-Capital kommer i första hand att hävda att de kodifierade resurserna som helhet omfattas av ett immaterialrättsligt skydd. Upphovsrätt och databasskydd ligger närmast till hands. I-Capital kommer vidare att hävda att konkursboet begär upphovsrättsintrång respektive intrång i databasskyddet i det fall boet förfogar över de kodifierade kunskapsresurserna.

Enligt 1 § upphovsrättslagen skyddas litterära och konstnärliga verk. Det brukar talas om att ett alster, för att nå upp till den standard som upphovsrättslagen kräver, måste ha "verkshöjd", eller med andra ord vara originellt och särpräglad.<sup>537</sup> Kraven på originalitet och särprägel anses visserligen vara ganska lågt ställda i dagens upphovsrätt.<sup>538</sup> Upphovsrätten anses dessutom numera omfatta vissa företeelser som alls inte utgör konstnärliga eller litterära verk i den vardagliga meningen av dessa begrepp. Det talas om att vi har fått en slags "industriell upphovsrätt" eller att upphovsrätten har utvecklats till "en skyddsform för (nästan) varje personlig, individuell insats som kan generera

---

<sup>537</sup> Användningen av verkshöjdsbegreppet har dock ifrågasatts, se Levin 2007, s. 82 som menar att verkshöjds läran står "i uppenbar strid" med redan genomförda EG direktiv (direktiv 91/250/EEG om datorprogram och direktiv 96/9/EEG om databaser) eftersom dessa "bygger på ett renodlat upphovsrättsligt originalitetskrav". Jfr Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 48 som framhåller att: "Termen 'verkshöjd' används ofta som sammanfattande uttryck för vad som måste präglade ett alster för att det skall skyddas upphovsrättsligt.[n] Om en domstol idag använder orden 'verkshöjd' eller 'särprägel' i sina överväganden om originalitet, så finns det ingen anledning att bara därför anse att något annat avses än den erforderliga originaliteten enligt EG-direktivens bestämmelser." Se även Olsson 2006, s. 66ff. som, till synes obekymrat, använder sig av verkshöjdsbegreppet.

<sup>538</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 55; Levin 2007, s. 65; Olsson 2006, s. 67.

pengar”.<sup>539</sup> Tekniska beskrivningar, ritningar och bruksanvisningar nämns hursomhelst också regelmässigt som i princip skyddbara som en form av litterära verk i upphovsrättslagens mening.<sup>540</sup> Det är dock osäkert huruvida I-Capital kan antas nå framgång med ett anspråk på upphovsrättsligt skydd för de kodifierade resurserna som helhet. Det är också osäkert huruvida ett anspråk på katalogskydd i enlighet med 49 § upphovsrättslagen kan antas bli framgångsrikt. Katalogskyddet syftar till att skydda kataloger, tabeller eller liknande arbeten som är resultatet av omfattande sammanställningar eller väsentliga investeringar. Även om det kan argumenteras för att de kodifierade resurserna som en helhet skall omfattas av ett katalogskydd, så är det osäkert på vilket sätt I-Capital skulle kunna utnyttja ett sådant skydd i förhållande till TDA:s konkursbo. Enligt 49 § upphovsrättslagen har innehavaren av katalogskyddet ensamrätt till exemplarframställning och tillgängliggörande för allmänheten. Det är långt ifrån säkert att konkursboets eventuella förfogande över hela eller delar av de kodifierade resurserna skulle anses utgöra ett intrång i någon av dessa två ensamrätter.<sup>541</sup> Det finns alltså ingen skyddsform som på ett helt och hållet övertygande sätt kan sägas omfatta de kodifierade resurserna som helhet. Det är emellertid fullt möjligt att enskilda kodifierade resurselement skulle anses omfattas av ett upphovsrättsligt skydd.

Analysen av vilka delar av TDA:s resurspaket som i praktiken skulle kunna antas bli föremål för upphovsrättsligt skydd skulle kunna föras betydligt längre. Det är emellertid inte avsikten här. För denna framställnings räkning är det fullt tillräckligt att konstatera att TDA kan antas ha möjlighet att göra anspråk på att inneha ett antal upphovsrätter, samt möjligen även en närstående rättighet i form av katalogskydd, och att dessa upphovsrätter ingår som en del av det resurspaket som TDA och I-Capital önskar utnyttja som kreditsäkerhet. Upphovsrätter som kreditsäkerhet är på många sätt en besvärlig fråga. Dels eftersom det saknas möjligheter att registrera pantsättning av upphovsrätt, dels eftersom upphovsrätten omfattas av ett antal specialregler som syftar till att begränsa möjligheterna att utmäta och dra in upphovsrätt i konkurs och att upphovsrätt därför är en rättighet som ofta är särskilt problematisk i

---

<sup>539</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 382 samt Levin 2007, s. 71, den senare vilken framhåller risken att denna utveckling "undergräver respekten för upphovsrätten och riskerar att leda till dess undergång". (Frågan om vad som kan skyddas är emellertid också sammanhängande med skyddets omfattning. Som Levin 2007, s. 77 och s. 81 framhåller kan en liberal inställning till vad som kan skyddas delvis kompenseras av en restriktiv hållning avseende skyddets omfattning.) Se vidare Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 55 samt Olsson 2006, s. 52.

<sup>540</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 45 samt s. 55; Levin 2007, s. 72; Olsson 2006, s. 50.

<sup>541</sup> Det skulle i så fall vara att konkursboets försäljning av samtliga eller en väsentlig del av de resurser som omfattas av katalogskyddet anses utgöra ett tillgängliggörande för allmänheten enligt 2 § 3 st. 4 p. upphovsrättslagen. Att notera i detta sammanhang är dock att katalogskyddet inte skyddar de särskilda uppgifterna som sådana. Det är enbart den specifika sammanställningen av uppgifter som ges skydd. (Se prop. 1995/96:11, s. 39.)

obeståndssammanhang. Inledningsvis skall vi titta närmare på det senare av dessa båda förhållanden.

### **14.1 Upphovsrätt – en i obeståndssammanhang ofta problematisk rättighet**

Upphovsrätt är den kanske mest problematiska av alla immateriella rättigheter att hantera i obeståndssammanhang. Upphovsrätten omfattas av regler som kan medföra att rättigheten varken skall utmätas för upphovsrättshavarens skulder eller ingå i dennes konkurs. Enligt 42 § upphovsrättslagen kan upphovsrätten för det första inte utmätas hos upphovsmannen.<sup>542</sup> Enligt 28 § upphovsrättslagen krävs upphovsmannens medgivande för att en förvärvare av upphovsrätten skall få vidareöverlåta rättigheten.<sup>543</sup> Både utmätningsförbudet och vidareöverlåtelseförbudet motiveras framförallt av de integritetsaspekter som sedan gammalt anses omgärda upphovsrätten.<sup>544</sup> De integritetsbaserade begränsningsreglerna har sedan hängt med in i den mångfacetterade upphovsrättsindustrins och upphovsrättskommersialiseringens tidevarv.

Katalogskyddet omfattas inte av några särskilda överlåtelsebegränsningar av det slag som vidlåder upphovsrätten.<sup>545</sup> Eftersom det inte finns någon möjlighet att registrera en pantsättning av ett katalogskydd omfattas katalogskyddet dock i princip av samma osäkerhet kring hur en sakrättsligt giltig pantsättning skall åstadkommas som diskuteras nedan avseende upphovsrätt.

---

<sup>542</sup> Se vidare om utmätningsförbudet, Rosén 1989, s. 480ff.

<sup>543</sup> Överlåtelse i upphovsrättslagens mening är ett betydligt vidare begrepp än vad överlåtelse är i de flesta andra sammanhang. I upphovsrättslagens mening omfattar överlåtelse även begränsade överföringar, det vill säga det som oftast annars kallas för tillstånd eller, med traditionell juridisk terminologi, licens. (Se 27 § 1 st. upphovsrättslagen samt prop. 1960:17, s. 172.) Även i den immaterialrättsliga litteraturen kan man se att överlåtelsebegreppet används på ett extensivt sätt. I Levin 2007 används överlåtelsebegreppet "som ett överbegrepp för såväl över- som upplåtelser, om inte sammanhanget kräver precisering till just upplåtelse eller när upplåtelse är det gängse begreppet i vissa avtal", se a.a., s. 473. Huvudsakligen sker preciseringen dock genom en åtskillnad mellan fullständiga och partiella överlåtelser. Jfr Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009 där överlåtelse och upplåtelse hålls isär även vad gäller upphovsrätt. I det följande kommer en "sakrättslig" begreppsbildning att tillämpas. Med överlåtelse avses därmed en så fullständig överföring som möjligt medan begränsade överföringar betecknas som upplåtelser. Enligt Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 65 är detta också numera "vad som sker i moderna avtal på området och enhetlighet uppnås på så sätt med språkbruket inom det industriella rättsskyddet". I SOU 2010:24 föreslås införandet av begreppet upplåtelse i upphovsrättslagen. Syftet är att tydliggöra att den upphovsrättsliga föfoganderätten kan såväl överlåtas som upplåtas. (Se SOU 2010:24, s. 92.)

<sup>544</sup> Se Rosén 1989, s. 481; prop. 1960:17, s. 216 (om utmätningsförbudet) samt s. 178 (om vidareöverlåtelseförbudet).

<sup>545</sup> I prop. 1996/97:11, s. 25 framhålls det (med hänvisning till art. 7(3) Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser) att: "Rätten är av sedvanligt förmögenhetsrättsligt slag och kan helt eller delvis överlåtas." Se även 49 § 3 st. upphovsrättslagen där det saknas hänvisning till 3 §, 28 § samt 42 § i samma lag.

### 14.1.1 Upphovsrätt i konkurs – allmänna utgångspunkter

Enligt 3 kap. 3 § konkurslagen skall endast tillgångar som kan utmätas ingå i konkurs. Utmätningförbudet i 42 § upphovsrättslagen medför därmed att upphovsrätten inte skall ingå i upphovsmannens konkurs.<sup>546</sup> När upphovsrätten har överlåtit är 42 § upphovsrättslagen inte längre tillämplig. Man skulle därmed kunna tro att upphovsrätt alltid skall ingå i förvärvarens konkurs. Här måste emellertid de sakrättsliga konsekvenserna av det a prioriska överlåtelseförbudet i 28 § upphovsrättslagen beaktas.<sup>547</sup> Enligt 5 kap. 5 § utskningsbalken får tillgångar som "till följd av sin beskaffenhet, enligt föreskrift vid gåva eller i testamente eller på annan grund som gäller mot envar ej får överlåtas" inte utmätas. Ett lagstadgat överlåtelseförbud, som det som återfinns i 28 § upphovsrättslagen, anses gälla mot envar och förhindrar därmed att upphovsrätten utmäts hos förvärvare som saknar samtycke till vidareöverlåtelse.<sup>548</sup> Avsaknad av sådant samtycke leder även till att upphovsrätten som utgångspunkt inte skall dras in i förvärvarens konkurs (se som sagt 3 kap. 3 § konkurslagen). I 28 § 3 st. upphovsrättslagen görs emellertid ett undantag för rörelseöverlåtelser.<sup>549</sup> När upphovsrätt överlåts tillsammans med den rörelse, eller del av rörelse, vari rättigheten ingår skall överlåtelseförbudet inte tillämpas. Överlåtaren svarar dock för fullgörandet av alla eventuella förpliktelser mot den ursprunglige upphovsrättshavaren. Förvärvarens konkursbo har alltså i princip möjlighet att realisera upphovsrätten som en del av en rörelseöverlåtelse. Konkursboet måste då garantera att eventuella förpliktelser uppfylls.<sup>550</sup>

<sup>546</sup> Se vidare om detta Möller 1997, s. 16-17; Persson 2008, s. 307; NJA II 1961, s. 276.

<sup>547</sup> Ytterligare en begränsning i detta avseende är att den ideella rätten endast kan efterges för ett utnyttjande av begränsad omfattning. (Se 3 § 3 st. upphovsrättslagen.)

<sup>548</sup> Om överlåtelseförbud som exekutionshinder i allmänhet, se Håstad 1996, s. 449-451 samt Walin, Gregow, Löfmarck, Millqvist & Persson 2009, s. 224-226. Specifikt om 28 § upphovsrättslagen som exekutionshinder, se Möller 1997, s. 18-20; NJA II 1961, s. 276; Persson 2008, s. 307-308; Rosén 1989, s. 500ff.; Walin 1998, s. 221; Wolk 2006, s. 96-98.

<sup>549</sup> Enligt sin ordalydelse begränsas överlåtelseförbudet i 28 § upphovsrättslagen endast av rörelseöverlåtelseundantaget. Det har emellertid framhållits att 28 § upphovsrättslagens starka koppling till upphovsrättens ideellrättsliga aspekter medför att det inte vore orimligt att begränsa upphovsrättshavarens möjligheter att i rent ekonomiska syften påtala överlåtelseförbudet gentemot konkursboet: "Vid en samlad bedömning ter det sig inte självklart att överlåtelseförbudets verkan inter partes kan vara helt densamma som mot konkursgäldenärens bo och borgenärer. En rimlig avvägning mellan upphovsmannens och boets och konkursborgenärernas intressen talar istället för att en upphovsman bör kunna motsätta sig att förlagsrätten indras i förläggarens konkurs om detta medför klar risk för åtgärder vid rättens utövande som inte varit avsedda när överlåtelsen skedde och i varje fall om de riktar sig mot väsentliga ideellrättsliga intressen. [...] Det förefaller även vara möjligt att tillämpningen av överlåtelseförbudet i 28 § URL medger viss åtskillnad mellan partsrelationen och tredjemansrelationen i konkurssituationer såtillvida som ideellrättsliga skäl kan åberopas mot konkursförvaltaren och konkursborgenärernas intressen med större styrka än mer ekonomiskt betingade argument, låt vara att överlåtelseförbudet expressis verbis inte anger några speciella förutsättningar för att kunna göras gällande." (Se Rosén 1989, s. 505.)

<sup>550</sup> Det har framhållits att det ansvar för överlåtaren som stadgas i 28 § upphovsrättslagen endast syftar till att förtydliga den princip som i vilket fall skall tillämpas, vilket samtidigt innebär att, om inte upphovsrättshavaren har gått med på att ansvaret skall upphöra, överlåtaren skall anses

Exakt vad det skall anses innebära att en tillgång, till exempel en upphovsrätt, till följd av att det föreligger ett sakrättsligt giltigt överlåtelseförbud inte skall ingå i konkursmassan kan diskuteras. Det har hävdats att, överlåtelseförbud till trots, konkursboet mycket väl kan ges rätt att utnyttja tillgången, i varje fall om överlåtelseförbudet inte innefattar ett nyttjandeförbud.<sup>551</sup>

Upphovsrätt till datorprogram är föremål för ytterligare specialreglering. Enligt 40 a § upphovsrättslagen övergår, såvida ingenting annat har avtalats, upphovsrätt till datorprogram som arbetstagare har skapat som ett led i sina arbetsuppgifter eller efter arbetsgivarens instruktioner automatiskt till arbetsgivaren. Upphovsrätt som har övergått enligt 40 a § anses kunna utmätas för arbetsgivarens skulder samt ingå i dennes konkurs.<sup>552</sup>

---

ha ett fortsatt ansvar för avtalets fullgörande även när medgivande till överlåtelse finns. Se om detta NJA II 1961, s. 227 samt även Möller 1988, s. 646. Se vidare Möller 1988, s. 650 om boets skyldighet att reservera medel för sådana förpliktelser. Möller (a.a., s. 644-645) menar även att överlåtelse överhuvudtaget inte bör få ske, medgivande eller inte medgivande till vidareöverlåtelse, i det fall boet inte har rätt att inträda i avtalet. Detta för det första eftersom licensgivaren har ansetts ha ett skyddsvärt intresse av att på grund av konkursen få komma ifrån avtalet, vilket också bör slå igenom i överlåtelsefrågan, och för det andra att boet inte bör uppmuntras till snabb överlåtelse för att förekomma upplåtarens hävning. (Se vidare avsnitt 17.2.3 om inträdesproblematiken.)

<sup>551</sup> Se Söderlund 2009, s. 338-343 som menar att en konkursassociationsrättslig grundsyn gynnar en sådan lösning: "Associationstanken fångar upp att *tillgångar kan vara konkursnyttiga även om de inte kan realiseras för konkursändamålen*,[n] t ex när konkursboet behöver utnyttja en rörelsemaskin som konkursgäldenären hyr (utan lösningsrätt)[n] eller när vidaredrift kräver att konkursboet kan utnyttja en oöverlåtbar licens. Att ett överlåtelseförbud står sig mot konkursboet kan alltså inte tas till intäkt för att rättigheten faller utanför konkursbeslaget och kan separeras av konkursgäldenären.[n] Villkoret för att ett exekutionsförbud skall hindra att konkursboet utnyttjat rättigheten i och för konkursen måste vara att överlåtelseförbudet innefattar ett förbud att låta annan *nyttja* rättigheten och det senare förbudet, vid en sakrättslig bedömning, även bör stå sig mot konkursboet." (Se även avsnitt 17.2.1 om immaterialrättslicenser i konkurs.) Jag håller med om att det är önskvärt att hålla öppet för den här typen av lösningar. Samtidigt är frågan ett typexempel på ett problem som enligt min mening bäst behandlas med utgångspunkt i en mer pragmatisk prioritets- och intresseavvägningsbaserad grundsyn. Den konkursassociationsrättsliga grundsynen förefaller i stort sett endast leda till att vi, istället för att diskutera i vilken typ av situationer som konkursboet bör ges rätt att utnyttja en tillgång som omfattas av ett förfogandeförbud, byter rekvisit – från sakrättsligt giltigt överlåtelseförbud till sakrättsligt giltigt nyttjandeförbud. Och varför det? Jo, för att vi från början har bestämt oss för att konkursboet *är* en association skild från gäldenären, att denna association skall anses vara ägare till konkursmassan och att övergången från konkursgäldenär till konkursbo inte är en överlåtelse utan en legal övergång. (Se Söderlund 2009, s. 339, n. 1325 avseende det sistnämnda argumentet.) Att det här, låt vara att den onekligen har förtjänster och klara poänger, är fråga om neobegreppsjurisprudens är inte att ta miste på.

<sup>552</sup> Av motiven till 40 a § framgår bland annat: *Att* övergången från arbetstagare till arbetsgivare är avsedd att omfatta både den ideella och den ekonomiska rätten. *Att* det dispositiva överlåtelseförbudet i 28 § URL inte skall gälla då arbetsgivaren förfogar över upphovsrätten. Arbetsgivaren behöver enligt motiven alltså inte ha upphovsmannens medgivande för att få förfoga över upphovsrätten. Detsamma måste i så fall rimligtvis gälla även arbetsgivarens konkursbo. Boet behöver i detta fall alltså varken upphovsmannens eller konkursgäldenärens medgivande. *Att*, i frånvaro av ett medgivande till vidareöverlåtelse, 28 § dyker upp som gubben i lådan när den som förvärvat upphovsrätten från arbetsgivaren vill överlåta rättigheten vidare. Den som förvärvat upphovsrätten från arbetsgivaren måste alltså få samtycke till vidareöverlåtelse. Därmed kan förvärvarens konkursbo vara förhindrat från att förfoga över upphovsrätten. (Se prop. 1992/93:48, s. 118). Om tillämpningen av 28 § upphovsrättslagen i detta sammanhang, se vidare Håstad 1997, s. 46-47; Hägglund 1997, s. 40-42; Möller 1997, s. 19-20; Rosén 2006, s. 292; Wolk 2006, s. 96-98. I det reviderade tredje kapitel i upphovsrättslagen som presenteras i SOU 2010:24 regleras frågan om datorprogram som tagits fram i ett

TDA:s resurspaket inkluderar inte upphovsrätter till egenutvecklade datorprogram, av den enkla anledningen att några sådana inte har utvecklats. De upphovsrätter som kan vara aktuella är dock knutna till arbete som anställda i företaget utför. För den här typen av upphovsrätter (det vill säga alla upphovsrätter som uppkommit inom ramen för ett anställningsförhållande och som inte omfattas av 40 a §) saknas det reglering. Avgörande har varit att parterna har ansetts kunna reglera frågan i avtal.<sup>553</sup> Eftersom TDA är ett välskött kunskapsföretag, vars företrädare är väl medvetna om behovet av rättighetshantering, så har frågan reglerats i anställningsavtalen. De rättigheter som TDA:s anställda genererar genom sitt arbete i företaget skall automatiskt övergå till TDA. Avtalet innehåller också ett generellt medgivande till vidareöverlåtelse. Utgångspunkten anses annars vara att immateriella rättigheter tillkommer den arbetstagare som gjort uppfinningen, skapat verket och så vidare.<sup>554</sup> Den svenska utgångspunkten ansluter alltså till den kontinentaleuropeiska traditionen, vilken skiljer sig från den angloamerikanska där upphovsrätten som utgångspunkt anses tillkomma arbetsgivaren.<sup>555</sup> Att detta i praktiken dock i första hand är en utgångspunkt som förläggs till en systemnivå är uppenbart.<sup>556</sup> Det anses nämligen också vara så att det av anställningsavtalets karaktär vanligtvis följer att en arbetsgivare, även i frånvaron av explicit avtalsreglering, bör ha en rätt till de upphovsrätter som genereras av den anställde.<sup>557</sup> Frågan är snarast hur omfattande denna rätt skall vara. Det talas ofta om en tumregel som innebär att anställningsavtalet ger arbetsgivaren rätt att "inom sitt verksamhetsområde och för sin normala verksamhet utnyttja sådana verk som tillkommer som ett resultat av tjänsteåligganden eller särskilda åtaganden gentemot arbetsgivaren. Arbetsgivarens rätt avser utnyttjanden för de ändamål som kan förutses när verket tillkommer. Om verket måste ändras för att ändamålet med dess tillkomst i tjänsten skall uppnås är ändringen tillåten".<sup>558</sup> Även i de fall avtal inte har ingåtts om överföring av anställdas rätt till arbetsgivaren anses alltså arbetsgivaren i de flesta fall ha en mer eller mindre utsträckt rätt till nyttjande av de aktuella rättigheterna. TDA har dock som sagt reglerat rättighetsfrågan i avtal med sina anställda. TDA är därför tillförsäkrat en så fullständig överföring av rättigheterna som möjligt. TDA och I-Capital har därmed inget omedelbart behov av att vidare analysera frågan om överföringens omfattning i frånvaron av avtal.

Sammanfattningsvis utgör de särskilda regler som omgärdar upphovsrätten i konkurs knappast något hinder i vägen för ett utnyttjande av TDA:s upphovsrätter som kreditsäkerhet. TDA omfattas inte av utmättningsförbudet i 42 § upphovsrättslagen. TDA har inte heller förvärvat några upphovsrätter som

---

anställningsförhållande i 34 §. Den föreslagna bestämmelsen skiljer sig i vissa avseenden från 40 a § nuvarande upphovsrättslagen. Exempelvis skall enligt förslaget den ideella rätten stanna hos upphovsmannen. Se vidare SOU 2010:24, s. 316-317.

<sup>553</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 101; Glavå 2001, s. 379; Levin 2007, s. 123; Rosén 2006, s. 285ff.; Schovsbo 2001, s. 266ff.; Wolk 2006, s. 118.

<sup>554</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 101; Glavå 2001, s. 379-380; Levin 2007, s. 122; Rosén 2006, s. 286; SOU 2010:24, s. 143ff.; Wolk 2006, s. 20.

<sup>555</sup> Se Levin 2007, s. 122 samt Schovsbo 2001, s. 267.

<sup>556</sup> Att inte heller förhållandet på systemnivå kan anses vara friktionsfritt framgår av de många analyserna av hur den immaterialrättsliga utgångspunkten kolliderar med den arbetsrättsliga, den senare vilken går ut på att arbetsresultatet tillhör arbetsgivaren (det vill säga att kapitalinsatsen är mer värd än arbetsinsatsen). Se till exempel Glavå 2001, s. 377ff.; Svensäter 1991, särskilt s. 288-289; Wolk 2006, s. 20.

<sup>557</sup> Ett viktigt "undantag till undantaget" utgörs av det så kallade lärarundantaget som explicit framgår av 1 § 2 st. lag (1949:345) om rätten till anställdas uppfinningar men som även har hävdats omfatta övriga immaterialrätter. Se Wolk 2006, s. 195 med hänvisningar. För en kritisk analys av lärarundantagets effekter för de svenska universitetens möjligheter att skapa internationell konkurrenskraft, arbeta för öppenhet med mera, se Petrusson 2007.

<sup>558</sup> Se Karnell 1972, s. 35, via Wolk 2006, s. 121. Se även Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 101-102; Glavå 2001, s. 379-380; Levin 2007, s. 123; Svensäter 1991, s. 338ff. med talrika hänvisningar till diskussionen om olika tumregler på detta område. I det reviderade tredje kapitel upphovsrättslagen som presenteras i SOU 2010:24 lagfästs tumregeln i 33 §. Se vidare SOU 2010:24, s. 313-316.

omfattas av överlåtelseförbudet i 28 § upphovsrättslagen. TDA har även i anställningsavtalen klargjort att alla upphovsrätter som genereras av de anställdas arbete skall övergå till TDA med ett generellt medgivande till vidareöverlåtelse. I-Capital kan därför gå vidare och analysera i vilken form utnyttjandet av TDA:s upphovsrätter som kreditsäkerhet skall ske. Som vi kommer att se råder det en ganska så omfattande osäkerhet kring huruvida upphovsrätter skall kunna pantsättas med sakrättslig effekt.

### 14.1.2 Pantsättning av upphovsrätt

Osäkerheten kring huruvida det är möjligt att pantsätta upphovsrätt har sin upprinnelse i föreställningen att endast ett avtal om pantsättning inte är tillräckligt för att skapa en sakrättsligt skyddad panträtt. När det inte finns en traditions-, registrerings- eller en denuntiationsmöjlighet, så är det enligt denna uppfattning helt enkelt inte möjligt att åstadkomma en sakrättsligt giltig pantsättning.

En träffande beskrivning av de dominerande föreställningarna på detta område är att "man ofta synes utgå från att det i svensk rätt finns ett generellt krav på publicitet för giltigheten av en panträtt, i varje fall om rätten uttryckligen framträder som en panträtt".<sup>559</sup> Historiskt sett har dessa föreställningar växt fram mot bakgrund av det traditionskrav för pant i lösa saker som lagfästes redan år 1734 i 10 kap. 1 § handelsbalken.<sup>560</sup> Uppfattningen att pantsättning med verkan mot tredje man inte var möjlig om objektet i fråga inte kunde överlämnas till panthavaren föreföll bekräftas av NJA 1952 s 407 och NJA 1954 s 455. I det förra fallet kom HD fram till slutsatsen att en sakrättsligt skyddad säkerhetsöverlåtelse av byggnad på annans mark skall anses uppkomma redan genom avtalet. I det senare fallet, som också gällde byggnad på annans mark, kom HD fram till det motsatta avseende pantsättning.

Eftersom NJA 1952 s 407 och NJA 1954 s 455 har kommit att ses som betydelsefulla uttryck för att pantsättning inte skall kunna ske när det inte är möjligt att uppfylla ett sakrättsligt moment finns det anledning att beskriva omständigheterna i dessa båda rättsfall något utförligare än vad som annars hade varit motiverat. I NJA 1952 s 407 hade KAW gått i borgen för en bankkredit till FS, vilken som säkerhet för borgensåtagandet till KAW överlät en byggnad, belägen på fastighet som inte tillhörde FS. Efter att FS misslyckats med att sköta sina avbetalningar till banken beslöt sig KAW för att realisera sin säkerhet. KAW fann härvid att FS sålt byggnaden. Den senaste köparen (byggnaden hade, inklusive FS överlåtelse, sålts sammanlagt sju gånger), HS, sade sig vara ovetande om säkerhetsöverlåtelsen. KAW yrkade i häradsrätten på bättre rätt till byggnaden än HS. Häradsrätten biföll KAW:s yrkande med hänvisning i första hand till att säkerhetsöverlåtelse avseende byggnad på ofri grund, enligt svensk rättstillämpning har ansetts

---

<sup>559</sup> Se Helander 1984, s. 603.

<sup>560</sup> Se a.a., s. 603-606 samt Rodhe 1976, s. 425: "Vid början av 1900-talet utgick man i svensk rätt från att endast vissa slag av lös egendom kunde pantsättas, nämligen lösa saker och vissa slag av värdepapper. För att fullbordad panträtt – dvs en panträtt med fullständigt sakrättsligt skydd[n] – skulle uppkomma krävdes enligt HB 10:1 och 17:3 att pantobjektet skulle komma i panthavarens besittning, och man drog därav slutsatsen att sådan lös egendom, som inte kunde vara föremål för besittning, inte heller kunde pantsättas."



medföra sakrättslig verkan redan i och med avtalet samt *att* redan avtalet bör ge sakrättsligt skydd vid såväl pantsättning som säkerhetsöverlåtelse, eftersom det är önskvärt att all produktiv egendom skall kunna användas som kreditsäkerhet. Varken Svea hovrätt eller Högsta domstolen fann någon anledning att ändra häradsrättens avgörande. Högsta domstolens motivering löd: "Beträffande köp av byggnad å annans grund gäller ej lösöreköpsförordningen, och ej heller rättsreglerna om godtrosvärv äro tillämpliga i fråga om sådan egendom. Köparen erhåller redan genom avtalet, oavsett om byggnaden tillsvidare kvarbliver i säljarens besittning, en rättighet till byggnaden gällande såväl mot säljarens fordringsägare som mot senare köpare i god tro, även om denne tillträtt byggnaden. Överlåtelse av sådan egendom till säkerhet för gäld får anses följa samma regel i detta hänseende."<sup>561</sup> I NJA 1954 s 455 hade EH, på kredit, sålt två byggnader på ofri grund till SC. Ett halvår efter köpet pantsatte SC den ena av byggnaderna (samt ett antal maskiner) till EH som säkerhet för den återstående delen av krediten. Drygt ett år efter pantsättningen, i syfte att säkerställa SC:s förpliktelser i enlighet med ett leveransavtal, säkerhetsöverlät SC samma byggnad till ABN. Kort tid efter säkerhetsöverlåtelserna stod det klart att SC inte skulle klara av att uppfylla sina förpliktelser enligt leveransavtalet. ABN hävde leveransavtalet och fick i skiljedom fastslaget storleken på ABN:s samlade fordran på SC. En kort tid efter detta träffades en överenskommelse mellan SC och EH med innebörden att äganderätten till båda byggnaderna skulle återgå till EH mot kvittning av EH:s kvarstående fordran mot SC. Drygt ett år därefter försattes SC på egen begäran i konkurs. SC:s konkursbo stämde in EH vid rådhusrätten, yrkande på att avtalet om återgång av äganderätten till byggnaderna till EH skulle förklaras ogiltigt. Detta, bland annat, på grund av att något giltigt ägareförbehåll inte kunde anses ha avtalats mellan EH och SC alternativt att avtalet skulle återvinnas (i enlighet med 34 § dåvarande konkurslagen). ABN inträdde i rättegången, yrkande på bättre rätt till den i avtalet mellan ABN och SC avsedda byggnaden. Såväl EH som SC:s konkursbo bestred ABN:s yrkande. Rådhusrätten biföll varken ABN:s eller SC:s konkursbos talan. ABN:s yrkande avsågs med hänvisning till att avtalet mellan ABN och SC inte kunde anses ha inneburit att ABN hade förvärvat äganderätten till byggnaden. Huruvida ABN förvärvat panträtt eller annan begränsad rätt ansågs inte omfattas av den prövning rådhusrätten hade att göra. SC:s konkursbos yrkande avsågs, i den för prövningen i högsta domstolen relevanta delen, med hänvisning till att någon ond tro på EH:s sida (vilket var en förutsättning för tillämpning av 34 § dåvarande konkurslagen, jfr 4 kap 5 § nuvarande konkurslagen) inte hade påvisats. Samtliga parter överklagade till hovrätten. SC:s konkursbo inskränkte härvid sin talan till att omfatta endast frågan om återvinning. ABN kompletterade sin talan med att ABN i andra hand skulle anses ha förvärvat en säkerhetsrätt i byggnaden. EH sökte ändring endast i fråga om rättegångskostnader. I likhet med rådhusrätten avsåg Svea hovrätt SC:s konkursbos återvinningsyrkande med hänvisning till att ingen ond tro på EH:s sida påvisats. Till skillnad från rådhusrätten fann emellertid Svea hovrätt att ABN hade förvärvat en till visst belopp begränsad giltig panträtt i byggnaden. EH överklagade till Högsta domstolen. EH yrkade i första hand på att Högsta domstolen skulle förklara att EH förvärvat äganderätten till byggnaden och att detta anspråk var äldre än ABN:s panträttsanspråk, vilket därmed inte skulle kunna göras gällande. I andra hand yrkade EH på att Högsta domstolen skulle förklara att EH förvärvat en tidigare panträtt i byggnaden med bättre rätt än ABN:s anspråk. ABN bestred EH:s yrkanden: EH hade inte uppfyllt traditionskravet. Därmed hade ingen sakrättsligt giltig panträtt uppkommit. ABN hade emellertid, i enlighet med NJA 1952 s 407, erhållit en sakrättsligt giltig säkerhetsrätt redan genom överlåtelseavtalet. EH framhöll häremot att den avtalsprincip som framgår av NJA 1952 s 407 även måste anses omfatta pantsättning (EH hänvisade härvid också till Karlgrens artiklar i SvJT 1936 s. 161 samt SvJT 1944 s. 404). Eftersom EH:s panträtt var äldre än ABN:s anspråk skulle EH anses ha bäst rätt. Högsta domstolen avgjorde målet i plenum. Majoriteten (14 justitieråd) förklarade att eftersom EH varken kunde anses ha förvärvat äganderätten till byggnaden eller (en sakrättsligt giltig) panträtt i denna, så skulle hovrättens dom fastställas. De skiljaktiga ledamöterna (8 stycken) menade tvärtom att EH:s äldre anspråk på panträtt, oavsett att EH inte uppfyllt traditionskravet, borde gälla framför ABN:s senare anspråk. NJA 1952 s 407 och NJA 1954 s 455 har utsatts för en förhållandevis omfattande kritik. Kritiken går i huvudsak ut på att det egentligen inte går att skilja mellan säkerhetsöverlåtelse och pantsättning. Det är inte fråga om olika rättsinstitut utan endast om olika beteckningar på samma typ av säkerhetsrätt. Därmed framstår det som irrationellt, och potentiellt skadligt, att upprätthålla olika rättsföljder beroende på vilken beteckning som

---

<sup>561</sup> Se NJA 1952:66, s. 412 (NJA 1952 s 407).

parterna valt.<sup>562</sup> Det har emellertid också anförts att det mot bakgrund av att det saknas en institutionell ordning för utnyttjandet av byggnader på ofri grund som kreditsäkerhet, kan finnas

---

<sup>562</sup> Se Bergström 1955, s. 371 som framhåller att "för ett oförvillat sinne" framstår distinktionen mellan säkerhetsöverlåtelse och pantsättning som mest som en lek med ord. Bergström (a.a.) framhåller vidare att den genomgående tillämpningen av en avtalsprincip vid förfoganden över byggnader på annans mark skapar risker: "Att äga och bebo ett hus på annans grund kan tydligen vara något av ett vågspel: när som helst kan en tidigare köpare komma och lägga beslag på huset." Bergström (a.a., s. 385) spekulerar vidare kring vilka skäl som kan antas ha legat bakom majoritetens ställningstagande i 1954 års avgörande. Bergström framhåller bland annat att Högsta domstolen kan ha önskat ansluta till en "allmänt utbredd uppfattning, att pantsättning utan tradition inte var möjlig utan någon form av publicitet, medan traditionskravet inte var i medvetandet på samma sätt förbundet med äganderättens övergång.[n] [...] Kanske trodde man samtidigt, att man trots allt kunde upprätthålla en realitetsskillnad mellan säkerhetsöverlåtelsernas rättsverkningar och panträttsverkningar, låt vara att man inte närmare undersökte vari denna skillnad kunde bestå [...]" Bergström (a.a.) framhöll också att: "ytterligare ett skäl kan ha varit av närmast folkpsykologisk art. Vid rättsdispositioner av denna art, som inte tydligare kan dokumenteras utåt, är det inte lätt att vinna respekt för kreditgivarens rätt; det är kanske lättare att uppnå en sådan respekt, om man talar om överlåtelse av äganderätt – detta magiska ord – än blott och bart om pantförskrivning." Själv menar Bergström (a.a., s. 385-386) dock att det snarare kunde antas att "gemene man, som vet på ett ungefär vad äganderätt är, blir ganska förvånad, om han ställs inför något som kallas för äganderätt men inte är äganderätt utan något som han nog ganska lätt kan identifiera som panträtt. Och än mer förvånad kan han bli, om lagen säger honom, att han inte får kalla det som i verkligheten är pant för pant, ty då blir avtalet inte giltigt, medan det däremot går mycket bra att kalla det som är pant för något helt annat, nämligen köp". Göranson 1985, s. 400 framför ingen kritik mot distinktionen säkerhetsöverlåtelse och panträtt, men förutspår att säkerhetsöverlåtelserna kommer att sluta användas i dessa sammanhang till följd av Byggnadspantutredningens förslag (se SOU 1984:22), detta har som bekant ännu inte inträffat. Göranson (a.a., s. 400-403) menar dock att sakrättsligt skydd redan genom avtalet måste antas fungera förhållandevis väl. Helander 1984, s. 589-590 framhåller att: "man skulle ju kunna resonera så att en säkerhetsöverlåtelse i realiteten ger en panträtt och då borde det krävas, att det sakrättsliga moment som krävs vid pantsättning också etableras om säkerhetsöverlåtelserna skall kunna godkännas." Helander (a.a., s. 598) konkluderar sedan att ett ingripande från lagstiftaren vore önskvärt eftersom: "Nuvarande ordning kan ju anses otillfredsställande såväl med hänsyn till parternas som tredje mans intressen och man skulle sålunda här kunna komma bort från det 'oting' som en i realiteten tyst panträtt här utgör." Kritisk mot distinktionen utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv är Henriksson 2008, s. 198 som menar att det från ett rättsekonomiskt perspektiv knappast finns fog för att skilja den sakrättsliga verkan av en säkerhetsöverlåtelse från den av en pantsättning: "Den enda effekten blir ju att parterna kringgår reglerna om tradition vid pantsättning genom att benämna avtalet överlåtelse." Kritisk mot distinktionen är också Hessler 1973, s. 226 som inledningsvis beskriver säkerhetsöverlåtelserna som "intet annat än en pantsättning, klädd i köpets form". Hessler är för det första kritisk till att Högsta domstolen i 1952 års fall lät säkerhetsöverlåtelserna stå sig sakrättsligt trots att inget sakrättsligt moment hade uppfyllts: "Att knyta an till prioritet i avtal förefaller under alla omständigheter vara den sämsta lösningen, den som ger upphov till den största osäkerheten". (Se a.a., s. 226.) Som alternativ föreslår Hessler denuntiatio till fastighetsägaren. Hessler (a.a., s. 420) är, för det andra, i vilket fall, kritisk till att Högsta domstolen gör skillnad mellan panträtt och säkerhetsöverlåtelse: "Det är ganska svårt att finna något godtagbart skäl till denna olikhet." Håstad 1996, s. 310-311 betecknar avtalet mellan SC och ABN som "en förtäckt pantförskrivning" och är i första hand kritisk till utgången i 1954 års fall: "det kunde förväntas att HD i konsekvens med det tidigare avgörandet skulle godta panträtten." Tidigt ute med att hävda att säkerhetsöverlåtelse och pantsättning i realiteten är samma sak var Karlgren 1936, s. 167 som framhöll att: "en säkerhetsöverlåtelse [...] icke bara har likhet med, ekonomiskt eller juridiskt med en pantsättning: den är en pantsättning. Enda skillnaden är, att pantsättningen vid säkerhetsöverlåtelserna icke är uttrycklig utan förtäckt, av parterna klädd i köpets dräkt [...]" Karlgren vände sig också mot uppfattningen att sakrättsligt giltig panträtt obönhörligen kräver ett sakrättsligt moment. Han menade (a.a., s. 178) att: "det bästa som kan sägas om denna uppfattning är att den är logiskt försvarbar, praktiskt förefaller den ganska otillfredsställande." Se även Karlgren 1959, s. 175ff.

vissa fördelar med att göra en distinktion mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse: Det handlar helt enkelt om att låta de två begreppen beteckna två olika kombinationer av avtalsvillkor.<sup>563</sup> Utgångspunkten är att tradition kan antas vara typiskt sett opraktiskt och besvärligt att genomföra när det gäller byggnad på annans mark. Samtidigt kan det antas finnas nackdelar med avtalsprincipen, särskilt i det fall en byggnad används som säkerhet för flera krediter från olika kreditgivare. Bevisningen kring sådana pantsättningar riskerar att bli svår att hantera. En säkerhetsöverlåtelsekonstruktion som lånar förfogandeförbudet från överlåtelsekonstruktionen, men samtidigt inkluderar egenskaper från panträttskonstruktionen såsom lösenrätt och redovisningsplikt, skulle kunna vara att föredra. Det har även (med hänvisning till NJA 1988 s 257) hävdats att en lösning som bygger på att nyttjanderätt och byggnad hålls samman som en helhet kan vara att föredra. Sakrättsligt moment skulle då vara denuntiation till markägaren.<sup>564</sup>

Föreställningen om att sakrättsligt giltig pantsättning inte kan äga rum när det inte är möjligt att uppfylla ett sakrättsligt moment kan vidare antas ha förstärkts av skuldebrevslagets regler om denuntiation samt av de särskilda regler om pantsättning genom offentlig registrering som införts för vissa egendomsslag. Föreställningen är också i allra högsta grad fortfarande levande.<sup>565</sup>

Frågan är givetvis varför sakrättsligt giltig panträtt inte skulle kunna uppkomma redan genom avtalet? Frågan framstår som särskilt angelägen när det handlar om ett egendomsslag där redan avtalet anses ge upphov till sakrättsligt skydd vid överlåtelse. Varför denna skillnad mellan pantsättning och överlåtelse? På ett ytplan kan det visas på att det i många fall föreligger strängare krav vid pantsättning än vid överlåtelse. Ett exempel är formkravet enligt 1936

---

<sup>563</sup> Se Martinson 2002, s. 151 samt Walin 1998, s. 143-146 och även Walin 1975, s. 36-37. Walin tillhörde för övrigt majoriteten i 1954 års fall. Se även Karlgren 1959, s. 207-208.

<sup>564</sup> Se Martinson 2002, s. 151, n. 218 samt Walin 1998, s. 143-146.

<sup>565</sup> Folkesson 2007, s. 128 framhåller frånvaron av sakrättsligt moment som en anledning till varför det anses vara oklart om pantsättning av andra immateriella rättigheter än patent och varumärken kan ske: "Anledningen till att pantsättning inte skulle vara möjlig att göra är att det inte finns några synbara sakrättsliga moment vid pantsättning av immaterialrätter. Svensk rätt ställer ibland hårdare krav på sakrättsmoment vid pantsättning än vid överlåtelse." Håstads (1996, s. 287) tankar kring de antagliga konsekvenserna av en panträttslig avtalsprincip för lösöre illustrerar vilken betydelse kravet på sakrättsligt moment vid pantsättning har ansetts ha: "Gör man tankeexperimentet, att sakrättsligt skyddad panträtt skulle åtnjutas i gäldenärens lösöre redan om ett muntligt pantavtal kunde bevisas, förstår man emellertid att ett sådant system skulle medföra betydande risker för ett fungerande kreditväsen. Det har till och med påståtts att accepterandet av panträtt i gäldenärens lösa egendom utan besittningstagande (eller registrering) försakade det romerska kreditväsendets upplösning." Myrdal 2005, s. 39-40 framhåller att: "Sakrättsligt skydd kan även tänkas uppkomma redan genom avtalet. Sådana regler beträffande panträtt saknas i princip i svensk rätt." I Rodhes (1985, s. 389-431) analys av avtalade säkerhetsrätter synes det inte finnas utrymme för panträtter som inte kan fullbordas genom tradition, denuntiation eller registrering. Walin 1998, s. 82 framhåller att: "Man har ansett, att traditionskrav borde upprätthållas med större stränghet i fråga om pantupplåtelse än betr. äganderättsöverlåtelse. Detta har tagit sig uttryck bl.a. däri att pantförskrivning överhuvud inte ansetts kunna fullbordas betr. en del rättigheter som inte kunde bli föremål för fysisk tradition." Walin anger sedan också att sakrättsligt giltig pantsättning kräver sakrättsligt moment, punkt: "En pantförskrivning blir inte sakrättsligt skyddad utan att den fullbordats med någon åtgärd som innebär en tydlig markering, ägnad att kunna kontrolleras i efterhand. [...] Pantförskrivning fullbordas på olika sätt allt efter objektets beskaffenhet. Betr. lösöre, löpande skuldebrev, aktier och liknande, byggnad på ofri grund och skriftligt pantbrev krävs tradition eller surrogat för en sådan. [...] I andra fall krävs registrering." (Se a.a., s. 74-75.)

års lag om pantsättning av lös egendom som innehas av tredje man.<sup>566</sup> Något motsvarande formkrav ställs inte vid överlåtelse av lös egendom som befinner sig hos tredje man, i detta fall anses muntlig denuntiation vara tillräcklig. Ytterligare ett exempel på att det ibland ställs högre krav vid pantsättning är att det anses föreligga ett strängare krav på bestående besittningsövergång vid pantsättning än vid överlåtelse av lös sak.<sup>567</sup> Även vid pantsättning respektive överlåtelse av fast egendom ställs det högre krav vid pantsättning. Vid pantsättning krävs det att pantbrevet överlämnas till panthavaren (alternativt att, när det handlar om datapantbrev, pantsättningen registreras).<sup>568</sup> Vid överlåtelse anses förvärvaren däremot erhålla borgenärsskydd redan genom avtalet. Och så vidare.<sup>569</sup>

På ett mer ändamålsinriktat plan kan många av de skäl som har angetts för traditionskravet vid pantsättning av lös sak ses som motiveringar även av ett generellt krav på sakrättsligt moment. Traditionskravet vid pantsättning har bland annat sagts syfta till att befordra ordning och reda på kreditmarknaden, underlätta exekutionen, motverka att kreditgivare blir vilseledda, genom det krav på uppoffring som traditionen utgör motverka överskuldssättning, motverka konflikter till följd av dubbelförfogande samt motverka borgenärsbedrägerier genom att försvåra skenavtal och efterhandskonstruktioner.<sup>570</sup> Samtliga av dessa syften kan i stort sett appliceras på såväl denuntiation som registrering. Det är emellertid framförallt de två senare skälen som framträder som de huvudsakliga skäl som ligger bakom uppfattningen att sakrättsligt giltig pantsättning kräver ett sakrättsligt moment.<sup>571</sup> Den strängare synen på pantträtt förefaller också i huvudsak vara baserad på att risken för borgenärsbedrägerier har ansetts vara större vid pantsättning än vid överlåtelse.<sup>572</sup> Det har framhållits att det vid överlåtelse vanligtvis sker en för tredje man synlig övergång av den överlåtna egendomen.<sup>573</sup> En köpare sägs vanligtvis ha ett intresse av att så snart som möjligt börja utnyttja den förvärvade resursen. Ett köp manifesteras alltså vanligtvis utåt på grund av transaktionens själva karaktär. Detta anses inte vara fallet vid pantsättning. Eftersom pantsättning därmed ofta utgör en så att säga "tyst" belastning anses risken för illojala transaktioner vara större vid pantsättning än vid överlåtelse.

Resonemanget att det kan antas föreligga en särskilt stor risk för borgenärsbedrägerier vid pantsättning har kritiserats för att vara bakvänt.<sup>574</sup> Gäldenärens syfte är inte att pantsätta egendom utan att bedra sina borgenärer. Frågan är snarare om den som önskar bedra sina

---

<sup>566</sup> Se lag 1936:88 om pantsättning av lös egendom som innehaves av tredje man.

<sup>567</sup> Se Håstad 1996, s. 289-291; Hessler 1973, s. 361; Walin 1998, s. 82.

<sup>568</sup> Se 6 kap 2 § 1 respektive 2 st. jordabalken.

<sup>569</sup> Se Myrdal 2002, s. 57-61 för en mer fullständig beskrivning av fall där det ställs högre krav på pantsättning än överlåtelse.

<sup>570</sup> Se vidare Håstad 1996, s. 286-287.

<sup>571</sup> Se Håstad 1996, s. 286 och Walin 1998, s. 81. Båda i första hand om traditionskravet.

<sup>572</sup> Se Helander 1984, s. 400 och 609 samt Hessler 1973, s. 354 och 361.

<sup>573</sup> Se till exempel SOU 1985:10, s. 51-52.

<sup>574</sup> Se Myrdal 2002, s. 54-55.

borgenärer har anledning att oftare välja pantsättning än överlåtelse för att uppnå detta syfte. Det har hävdats att överlåtelseformen är mest sannolik. Resonemanget har enligt min mening helt klart en poäng. Den relevanta startpunkten bör rimligtvis vara att fråga sig hur en potentiell borgenärsbedragare skulle välja att gå till väga. Samtidigt finns det sannolikt ett korn av sanning i den traditionella motiveringen till varför det bör krävas mer vid pantsättning än vid överlåtelse. Det kan möjligen vara lättare för gäldenären och "panthavaren" att förklara varför ett "pantsatt" objekt är kvar hos gäldenären än vad det är för gäldenären och "köparen" att förklara varför ett "köpt" objekt fortfarande befinner sig hos gäldenären. (Behovet av att förklara sig skall givetvis betraktas mot bakgrund av presumptionsreglerna i 4 kap utsökningsbalken.) Därmed skulle man kanske trots allt kunna hålla med Hessler som menar att: "Man kan nog säga, att om en insolvent person vill försöka obehörigen gynna en borgenär på övrigas bekostnad eller på annat sätt undandra borgenärerna egendom, det ligger närmast till hands att göra det genom pantförskrivningar o.d. än genom överlåtelser. Pantställelser och andra säkerhetsformer ter sig nog som det mest naturliga. Det synes därför särskilt viktigt att ha skyddsregler på säkerhetsrättens område."<sup>575</sup> I grunden har vi, liksom i samband med diskussioner om risken för borgenärsbedrägerier vid överlåtelse, förstås att göra med spekulationer om aktörernas beteende. Någon säker källa till kunskap om dessa frågor har vi inte tillgång till.

Mot bakgrund av en panträttslig utgångspunkt enligt vilken de sakrättsliga effekterna anses kräva att ett sakrättsligt moment uppfylls är det inte konstigt att det har uppkommit en betydande osäkerhet kring frågan huruvida det kan anses vara möjligt att genomföra en sakrättsligt giltig pantsättning av upphovsrätt.<sup>576</sup> En upphovsrätt är immateriell till sin natur och kan därmed inte besittas. Den kan följaktligen inte heller traderas. Inte heller finns det någon given tredje man som kan denuntieras. Upphovsrätten uppkommer dessutom formlöst – det vill säga den är en oregistrerad rättighet – och det finns därmed inte något upphovsrättsregister där en potentiellt sakrättsligt giltig registrering skulle kunna företas.<sup>577</sup>

På grund av osäkerheten om pantsättningsformens sakrättsliga effekter har den gängse formen för utnyttjande av upphovsrätter som kreditsäkerhetsobjekt kommit att bli säkerhetsöverlåtelse.<sup>578</sup> Vid överlåtelse av immaterialrätt anses

---

<sup>575</sup> Se Hessler 1973, s. 354.

<sup>576</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 296; Godenhielm 1960, s. 181 samt 1986, s. 23; Helander 1984, s. 600; Henriksson 2002, s. 144-149; Hessler 1973, s. 431; Folkesson 2007, s. 128; Myrdal 2002, s. 56-57; Rodhe 1985, s. 401-402; Tuula 2002, s. 250; Walin 1975, s. 66-69 samt 1998, s. 221; Prop. 1966:23, s. 85; prop. 1977/78:1, s. 247; SOU 1974:55, s. 221f; SOU 1976:24, s. 247ff. och 277f.

<sup>577</sup> Enligt Bernkonventionen är det heller inte tillåtet att konstruera upphovsrätten som en rättighet som är beroende av registrering, se artikel 5(2).

<sup>578</sup> Föreställningen om att säkerhetsöverlåtelse av immateriell rättighet ger förvärvaren/borgenären ett sakrättsligt skyddat anspråk är vid det här laget djupt rotad. Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 296 framhåller att det "råder ingen tvekan om att säkerhetsöverlåtelse är möjlig för alla immaterialrätter". Folkesson 2007, s. 128 talar om att "trots att immaterialrätter inte kan pantsättas anses det vara möjligt att säkerhetsöverlåta immaterialrätter". Helander 1984, s. 612 anger att "det får anses klart att säkerhetsöverlåtelse blir giltig redan genom avtalet". Rosén 2006, s. 183 synes utgå från att säkerhetsöverlåtelse – Rosén talar om underpant – är den gängse (och korrekta) formen för utnyttjande av upphovsrätt som kreditsäkerhet. Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 280 beskriver hur säkerhetsöverlåtelse tidigare (det vill säga innan reglerna om pantsättning av patent i 12 kapitlet patentlagen infördes) var den gängse formen även för pantsättning av patent. (Se för övrigt även Karlgren 1936, s. 163 som tog säkerhetsöverlåtelse av patent som ett exempel på hur säkerhetsöverlåtelsekonstruktionen blev allt mer vanligt förekommande.) Något avgörande från

som sagt borgenärsskydd samt skydd mot senare förvärvare uppkomma redan genom avtalet.<sup>579</sup> Vid en säkerhetsöverlåtelse överlåter gäldenären alltså upphovsrätten till borgenären samtidigt som det står klart att upphovsrätten skall återgå till gäldenären när krediten har återbetalats. Säkerhetsöverlåtelser kombineras vanligtvis också med ett licensavtal som tillförsäkrar gäldenären fotsatt rätt att utnyttja upphovsrätten under kredittiden.

Uppfattningen att upphovsrätt inte skall kunna pantsättas men väl utnyttjas som kreditsäkerhetsobjekt genom säkerhetsöverlåtelse har dock kritiserats. Det har hävdats att uppdelningen mellan pantsättning och säkerhetsöverlåtelse är omotiverad. Funktionellt sett är det ingen skillnad på situationerna.<sup>580</sup> I båda fallen är syftet att utnyttja upphovsrätten som kreditsäkerhetsobjekt. Att därvid låta den yttre formen avgöra huruvida transaktionen skall vara sakrättsligt skyddad eller inte är enligt denna uppfattning irrationellt.<sup>581</sup> Det har också framhållits att olika krav på överlåtelse och pantsättning riskerar att, generellt sett, leda till svårhanterliga gränsdragningsproblem.<sup>582</sup> Till detta kan läggas att säkerhetsöverlåtelsekonstruktionen i viss utsträckning leder till ökade transaktionskostnader. Man måste skriva ett kompletterande licensavtal, man måste reglera ägaransvar och så vidare.

Sammanfattningsvis anses alltså inget av de traditionella sakrättsliga momenten vara tillämpliga vid pantsättning av upphovsrätt. Detta har gett upphov till en osäkerhet kring huruvida upphovsrätt skall kunna pantsättas med sakrättslig verkan. Osäkerheten kan leda till att upphovsrätt i samband med transaktioner som den mellan TDA och I-Capital hanteras genom säkerhetsöverlåtelse. Även om transaktionskostnaderna sannolikt ökar något vid säkerhetsöverlåtelse, det blir ju till exempel nödvändigt att licensiera tillbaka rättigheten till "överlåtare", så utgör det extra besvär som en säkerhetsöverlåtelse medför knappast ett hinder av särskilt stor betydelse för en kreditgivare som liksom I-Capital är specialiserad på hantering av immateriella rättigheter och i vilket fall som helst genomför en omfattande identifierings-, strukturerings- och kodifieringsoperation i samband med transaktionen. Tyngre

---

högsta instans som fastslår säkerhetsöverlåtelseformens hållbarhet i dessa sammanhang finns dock inte, vilket framhålls av Henriksson 2002, s. 144ff. samt Henriksson 2009, s. 197, n. 573.

<sup>579</sup> Se avsnitt 16.3.

<sup>580</sup> Såvida man inte lägger vikt vid de Walinska och Martinsonska tankarna, vill säga. (Se vidare avsnitt 14.1.2.)

<sup>581</sup> Se till exempel Helander 1984, s. 608-609; Henriksson 2002, s. 147; Hessler 1973, s. 431; Karlgren 1958, s. 224-225 samt not 562 ovan om den mer generella kritiken mot distinktionen mellan panträtt och säkerhetsöverlåtelse.

<sup>582</sup> Se till exempel Håstad 1996, s. 213-214 samt Myrdal 2002, s. 56. Det finns också en kritik som går ut på att det, som Walin uttryckte det 1975, snarare bör ses som "en öppen fråga huruvida pantsättning kan äga rum när någon lämplig åtgärd överhuvud inte kan åstadkommas till säkerställande av pantupplåtelsen". (Se Walin 1975, s. 67.) Se på detta tema även Hessler 1974, s. 431 som menar att det måste till en intresseavvägning i varje enskilt typfall för att avgöra om ett krav på sakrättsligt moment bör ställas. Samt SOU 1985:10, s. 50ff. där den Hesslerska intresseavvägningen utfördes avseende pantsättning av patent, med resultatet att det, just mot bakgrund av risken för skenavtal och borgenärsbedrägerier, inte kunde anses vara lämpligt att låta panthavaren uppnå sakrättsligt skydd endast genom avtalet.

väger då enligt min mening den kritik som går ut på att det är olämpligt att låta kreditgivarens sakrättsliga skydd avgöras av vilken terminologi som har använts. Avgörande borde vara transaktionens reella karaktär och funktion samt parternas syften med densamma. En transaktion som reellt sett fyller en säkerhetsfunktion skall behandlas som en säkerhetstransaktion, oavsett vilken terminologi parterna har använt. Internationellt sett har den här typen av funktionell inställning till krediträtten vunnit stor anslutning.<sup>583</sup> Den stora fördelen med en sådan utgångspunkt är att den kan motverka komplexitet och befördra förutsebarhet.<sup>584</sup>

Avslutningsvis är det på sin plats att påminna om det resonemang som inledde detta avsnitt om utnyttjande av upphovsrätt som kreditsäkerhetsobjekt: Det är långt ifrån säkert att de kodifierade kunskapsresurserna som en helhet omfattas av upphovsrätt eller någon annan immateriell rättighet. Detsamma kan sägas om samtliga resurselement var för sig. I-Capital kan alltså inte räkna med att nå framgång med ett anspråk på att samtliga resurselement skall omfattas av upphovsrätt eller någon annan immateriell rättighet. Därmed är det nödvändigt att analysera I-Capitals möjligheter att i samband med TDA:s eventuella konkurs uppnå kontroll över icke immaterialrättsligt skyddade delar av resurspaketet. Följande avsnitt ägnas åt denna analys.

---

<sup>583</sup> Det främsta exemplet är UCC kapitel 9. För engelsk rätt har Law Commission föreslagit en heltäckande säkerhetsfunktionell modell, se Law Commission 2004, s. 8. Flera av de internationella modellagar på kreditsäkerhetsområdet som har utvecklats under de senaste åren bygger på en säkerhetsfunktionell utgångspunkt. UNCITRALs *Legislative Guide on Secured Transactions* föreslår i första hand en "functional, integrated and comprehensive regime". Andra modellagar, som *The OAS Inter-American Model Law on Secured Transactions* och *the EBRD Model Law on Secured Transactions*, har starka funktionella inslag. (Se vidare UNCITRAL 2007, s. 67ff.)

<sup>584</sup> Det är vanligt att formalism på kreditsäkerhetsområdet beskrivs som något som, till följd av att marknadsaktörerna ständigt "tänjer på begreppen", lätt leder till en oöverskådlig komplexitet och brist på förutsebarhet, med åtföljande hanteringssvårigheter och en hög frekvens av tvister. Det var den här typen av problem som låg bakom att UCC kapitel 9 fick en genomgående funktionell utformning. (Se Helander 1984, s. 81ff.) Det har även hävdats att den engelska kreditsäkerhetsregleringen lider av den här typen av problem. Den engelska kreditsäkerhetsregleringen har beskrivits som att "a security interest could be taken in almost anything provided that an appropriate method was used, but it was not always easy to decide which method was appropriate" och att problemet är att engelsk rätt i detta avseende lider av "three main defects: compartmentalisation, complexity and difficulty in determining priorities. The compartmentalisation problem was overriding and stemmed from the fact that the law lacked a functional basis. The law was divided into rigid compartments making it fragmented and incoherent. Essentially similar transactions were treated by the law in very different ways, which had the effect of complicating the legal issues quite unnecessarily". (Se McCormack 2004, s. 64 om den omtalade så kallade Diamond rapporten, efter professor Aubrey Diamond, från 1989. McCormack (a.a., s. 67) framhåller för egen del att Diamonds slutsatser sannolikt är alltför tillspetsade. Se vidare UNCITRAL 2007, s. 65 där den historiska utvecklingen bakom den funktionella hållningen kortfattat beskrivs, det vill säga de historiskt upplevda svårigheter som ett konceptuellt, formalistiskt förhållningssätt kan föra med sig.

## 15 TDA:s icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser som kreditsäkerhet

En betydelsefull del av TDA:s resurspaket utgörs av strukturerad och kodifierad men icke patenterad P-OLED relaterad information och know-how. I-Capital kommer visserligen att hävda ett upphovsrättsligt skydd för dessa resurser såväl som helhet som var för sig. I-Capital kommer också att hävda ett katalogskydd. Det är emellertid osäkert i vilken mån det är möjligt att nå framgång med dessa anspråk.<sup>585</sup> I den del som TDA:s resurspaket består av kontraktuella relationer är det dessutom fullkomligt klart att immaterialrättsligt skydd saknas. Det är alltså nödvändigt att analysera förutsättningarna för utnyttjande av de icke immaterialrättsligt skyddade delarna av resurspaketet som kreditsäkerhet. Inledningsvis skall förutsättningarna för utnyttjande av icke immaterialrättsligt skyddad information och know-how som kreditsäkerhet undersökas.

### 15.1 *Icke immaterialrättsligt skyddad information och know-how som en del av resurspaketet*

Utgångspunkten i denna del är en tänkt konflikt mellan I-Capital och TDA:s konkursbo avseende den icke immaterialrättsligt skyddade men paketerade P-OLED relaterade information och know-how som är tillgänglig för TDA:s konkursbo. Eftersom I-Capital vill hindra konkursboet från att förfoga över dessa resurser kan konflikten betecknas som en borgenärsskyddskonflikt. Skall konkursboet tillåtas utnyttja och förfoga över resurserna eller skall I-Capital kunna hävda en gentemot boet exklusiv rätt, det vill säga skall I-Capitals anspråk prioriteras framför konkursborgenärernas? I samband med analysen av de etablerade verktygen för utnyttjande av patent och varumärken som kreditsäkerhet genom registrering i respektive register har vi sett att den dominerande föreställningen är att det går en sakrättslig skiljelinje mellan immateriella rättigheter, vilka anses kunna bli föremål för sakrättsligt skyddade anspråk, och övriga intellektuella resurser, vilka anses befinna sig utanför de sakrättsliga domänerna.<sup>586</sup> Denna föreställning hör samman med uppfattningen att de immaterialrättsliga konstruktionerna utgör undantag som möjliggör en egendomsliknande kontroll över resurser vilka annars, enligt huvudregeln på området, skall tillhöra den intellektuella allmänningen. Anspråk på icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser anses alltså inte kunna göras gällande gentemot tredje män.

Med ett synsätt som i sakrättsligt hänseende gör en strikt åtskillnad mellan immateriella rättigheter och icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella

---

<sup>585</sup> Se kapitel 14.

<sup>586</sup> Se avsnitt 13.1.5.



resurser skulle den enda möjligheten för I-Capital att uppnå kontroll över icke immaterialrättsligt skyddad information och know-how vara att på något sätt utnyttja företagshemlighetslagens regler samt de sekretess- och konkurrensklausuler som inkluderas i TDA:s anställdas anställningsavtal.

Frågan är alltså för det första hur företagshemlighetslagen kan antas fungera för TDA och I-Capital? Vilka möjligheter kan I-Capital antas ha att med hjälp av företagshemlighetslagens regler hindra TDA:s konkursbo från att förfoga över de kodifierade kunskapsresurserna? Frågan är för det andra vilka möjligheter I-Capital kan antas ha att med hänvisning till sekretess- och konkurrensklausulerna i anställningsavtalen stoppa TDA:s före detta anställda från att förfoga över eller på annat sätt utnyttja de kodifierade resurselementen.

### ***15.2 I-Capitals möjligheter att uppnå kontroll över icke-immaterialrättsligt skyddad information och know-how med hjälp av företagshemlighetslagen samt sekretess- och konkurrensklausuler***

Ett första problem för I-Capital är att företagshemlighetslagen inte i första hand är konstruerad för att skydda den som har erhållit företagshemligheter. Enligt 6 § företagshemlighetslagen (som är den bestämmelse i företagshemlighetslagen som ligger närmast till hands för TDA och I-Capital) är det den som under vissa förutsättningar fått del av en företagshemlighet som kan bli skadeståndsskyldig om hon uppsåtligt eller av oaktsamhet röjer hemligheten. Det är här som sagt inte fråga om att I-Capital har lämnat ut företagshemligheter till TDA. Det är istället TDA som har överfört företagshemligheter till I-Capital. Även om det skulle ha varit fullständigt klart – vilket det, som vi strax kommer att se, långt ifrån är – att ett konkursbo omfattas av konkursgäldenärens skyldigheter enligt företagshemlighetslagen, så framstår det alltså som långt ifrån säkert att en aktör i TDA:s position skulle kunna utnyttja denna lag.

Det är uppenbart att företagshemlighetslagen inte i första hand är skriven för att möjliggöra utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Något annat hade också varit högst förvånande. Utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är fortfarande ett i hög grad visionärt och framtidsinriktat tema. Arbetet med att ta fram företagshemlighetslagen startade 1979. Utredningen lades fram 1983. Propositionen antogs av regeringen 1988. Lagen antogs av riksdagen 1990.<sup>587</sup> Nog syftade lagen till att underlätta kunskapstransaktioner i allmänhet (och i synnerhet kunskapsimport), framförallt riktade den sig dock mot den "traditionella" formen av företagsspioneri. De ändringar av lagen som föreslås i SOU 2008:63 kommer knappast att leda till några större förändringar i detta avseende. Utredningens paradnummer är den föreslagna utvidgningen av straffansvaret för företagsspioneri. Även personer som har lovlig tillgång till företagshemligheter (exempelvis anställda och konsulter) skall kunna straffas för obehöriga röjanden och utnyttjanden.<sup>588</sup> Utredningen föreslår även införandet av regler om bevissäkring av det slag som på senare tid, till följd av TRIPS-avtalet och

<sup>587</sup> Se Koch 2001, s. 153-154 för en beskrivning av lagstiftningsprocessen. Koch menar att: "Få lagstiftningsärenden har färdats en krokigare väg fram till det slutliga avgörandet än det som gällde skydd för företagshemligheter."

<sup>588</sup> Se SOU 2008:63, s. 160ff.

det s.k. civilrättsliga sanktionsdirektivet,<sup>589</sup> har införts i bland annat patent- och varumärkeslagen.<sup>590</sup>

Det har hävdats att ett konkursbo inte skall omfattas av konkursgäldenärens förpliktelser enligt företagshemlighetslagen eftersom boet vid tillämpning av företagshemlighetslagen skall ses som ett annat rättssubjekt än konkursgäldenären.<sup>591</sup> Motsvarande har även hävdats för arbetstagares bundenhet i förhållande till konkursboet.<sup>592</sup> Enligt denna uppfattning skall konkursgäldenärens anställda som utgångspunkt inte i förhållande till konkursboet anses vara bundna av sekretess- och konkurrensklausuler i anställningsavtalen. Endast genom att inträda i anställningsavtalen sägs boet kunna få dessa klausuler att fortsätta att gälla.<sup>593</sup>

En lösning enligt ovan, där konkursboet för det första anses vara obundet av konkursgäldenärens alla skyldigheter enligt företagshemlighetslagen, och där, för det andra, samtliga sekretessklausuler och konkurrensklausuler i anställningsavtalen förlorar sin verkan om boet inte inträder i anställningsavtalen skulle givetvis försvåra en transaktion av det slag som TDA och I-Capital önskar genomföra. Lösningen är dock långt ifrån given. Konkursboet betraktas numera visserligen som en från konkursgäldenären separat juridisk person.<sup>594</sup> Detta bör dock knappast läggas till grund för långtgående slutsatser avseende företagshemlighetslagens tillämplighet vid ena partens konkurs.<sup>595</sup> I varje fall inte om man strävar efter att åstadkomma en

---

<sup>589</sup> Se Agreement om trade-related aspects of intellectual property rights, Annex 1C samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

<sup>590</sup> Se SOU 2008:63, s. 231.

<sup>591</sup> Se Wainikka 2002, s. 259. Jfr Söderlund 2009 som analyserar en mängd konkursrättsliga problem mot bakgrund av en grundsyn enligt vilken konkursboet är ett från konkursgäldenären fristående associationsliknande subjekt. Med en grundsyn av detta slag ligger det onekligen nära till hands att hålla med Wainikka. Huruvida det är lämpligt att deducera den här typen av slutsatser utifrån boets subjektstatus är en annan sak. En given nackdel med den här typen av argumentation är att ändamålssynpunkter riskerar att komma i bakgrunden.

<sup>592</sup> Se Wainikka 2002, s. 255-257.

<sup>593</sup> Se a.a.

<sup>594</sup> Konkursboet har inte alltid ansetts vara ett separat rättssubjekt. Welamson 1961, s. 192, n. 2 framhåller att: "Före 1921 års KL uppfattades icke boet såsom rättssubjekt utan sysslomännen såsom direkta representanter för konkursborgenärerna." Se vidare Söderlund 2009, s. 111ff.

<sup>595</sup> Jfr Håstad i SOU 2001:80, s. 215: "Till att börja med *tar konkursförvaltaren över driften* av gäldenärens rörelse. Ibland ses detta som ett *partsbyte*, vilket följaktligen borde göra det omöjligt för konkursboet att genom ensidigt beslut inträda i gäldenärens avtal i den mån avtalen inte kan fritt överlåtas. Detta synsätt är emellertid för formellt, för att inte säga begreppsjuridiskt. Det må vara att ett konkursbo i vissa sammanhang betraktas som en juridisk person, eftersom detta lätt förklarar vissa rättsföljder, t.ex. att boet inte ansvarar för gäldenärens skulder men ansvarar för egna åtaganden (massaansvar). Det hade emellertid varit lika enkelt att konstruera konkursreglerna så att en konkursförvaltare får exklusiv behörighet att företräda gäldenären under konkursförvaltningen, i kombination med en regel om att de gäldenärens skulder som uppkommit genom konkursförvaltarens handlande under konkursen har företräde framför äldre skulder (dvs. precis det system som gäller enligt 3 kap. FRekL). Då hade alla invändningar om partsbyte fallit platt till marken. Några slutsatser bör således inte dras av att konkursboet anses vara en självständig juridisk person, särskilt inte vid en diskussion de lege ferenda." Se även Welamson 1961, s. 194-195 som framhåller att definitioner av konkursboets subjektstatus *inte*

balanserad lösning baserad på en avvägning av de intressen som här står mot varandra.

För att boet skall anses vara bundet av konkursgäldenärens skyldigheter enligt företagshemlighetslagen talar att motsatt lösning kan orsaka stora, och säkerligen också ofta oväntade, ekonomiska förluster för den som överfört företagshemligheter till konkursgäldenären. Den som överför företagshemligheter till exempelvis en samarbetspartner förväntar sig sannolikt inte att det vid dennes konkurs skall bli fritt fram för boet att sprida företagshemligheterna.

Mot att den som överfört företagshemligheter skall ges rätt att hindra boet från att sprida företagshemligheter talar emellertid att det kan försvåra avvecklingen och försäljningen av konkursgäldenärens tillgångar och verksamhet. Det kan minska utdelningen till de övriga borgenärerna och i praktiken fungera som en separationsrättsliknande prioritering av "företagshemlighetsborgenären". Det är långt ifrån säkert att en sådan prioritering är optimal ur ett ekonomiskt perspektiv. Att utreda och fastslå de mer övergripande ekonomiska konsekvenserna av den ena eller andra lösningen i denna fråga är visserligen sannolikt omöjligt. Det framstår emellertid som uppenbart att en lösning där anspråk grundade på företagshemlighetslagens regler alltid faller vid konkurs hos den som mottagit företagshemligheten kan motverka inte bara kreditsäkerhetstransaktioner utan även andra typer av transaktioner baserade på intellektuella resurser. I den mån vi vill befördra den här typen av transaktioner krävs det sannolikt något slags skydd för "företagshemlighetsborgenären". Ett sådant skydd bör också kunna göras gällande gentemot medkontrahentens konkursbo även i det fall "företagshemlighetsborgenären" är den som har mottagit företagshemligheter

---

bör läggas till grund för slutsatser angående konkurslagens tillämpning: "Av största vikt är emellertid, att några praktiska slutsatser angående lagens tillämpning i skilda frågor icke få dragas av den ena eller den andra konstruktionen [av konkursboet som subjekt, vill säga].[n] I själva verket synes det icke nödvändigt att begagna vare sig någon av dessa konstruktioner eller den först omnämnda konstruktionen, enligt vilken gäldenären är ägare till egendom i boet men boet är subjekt för massaskulderna. Konkursrättens regler synas väl kunna framställas utan genomförande av dylika konstruktioner.[n] Icke heller lär det vara nödvändigt att taga ställning till frågan, huruvida konkursbo är juridisk person.[n] Det är tillräckligt att konstatera, att konkursboet i de allra flesta avseenden men icke i allo följer de regler som gälla med avseende å vad som brukar benämnas juridiska personer.[n]" Se dock som sagt Söderlund 2009 för ett exempel på en mycket omfattande analys, med i materiellt hänseende delvis långtgående konsekvenser, där ändamålssynpunkter konsekvent väljs bort till förmån för deduktiva slutsatser baserade på premissen att konkursboet är en särskild association. Kanske är detta en trend? Kommer vi att under de närmaste åren att få se en ny Uppsalaskola, den här gången av neobegreppsjurisprudentiskt slag? Jämför Samuelsson 2008 som går till hårt angrepp mot de funktionella och pragmatiska strömningar som har varit framträdande i svensk förmögenhetsrätt under 1900-talet. Se även Schultz 2007, s. 78 som menar att den svenska pragmatismen i många fall endast är en ursäkt för teoretisk slapphet. Även om jag kan tycka att uttalandet är alltför svepande, så har Schultz (liksom såväl Söderlund som Samuelsson) onekligen en poäng. Det finns dock inget som säger att ett pragmatiskt angreppssätt inte skulle kunna vara teoretiskt välgrundat, se till exempel Dalberg-Larsen 1998 om pragmatisk rättsteori samt Schultz själv (2007, s. 79ff.).

från konkursgäldenären. Hur ett sådant skydd skulle kunna utformas i samband med utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kommer att behandlas i del fyra.

Även i frågan om hur konkursgäldenärens före detta anställdas skyldigheter enligt sekretess- och konkurrensklausuler i anställningsavtal skall behandlas vid arbetsgivarens konkurs står olika intressen mot varandra.

Både konkursboet och den som har förvärvat eller erhållit panträtt i konkursgäldenärens intellektuella resurser kan ha ett intresse av att sekretess- och konkurrensklausuler skall anses ha fortsatt giltighet trots konkursen. Motsatt lösning kan minska värdet på konkursgäldenärens tillgångar. För en panthavare betyder detta att säkerheten försämras. För konkursboet kan det exempelvis betyda att en försäljning av konkursgäldenärens verksamhet försvåras.

Konkursgäldenärens anställda har givetvis ett intresse av att kunna utnyttja sina kunskaper och färdigheter i produktivt och inkomstbringande arbete. Att så sker kan även ses som ett samhälleligt intresse; arbetskraft och kompetens bör om möjligt utnyttjas fullt ut. I den här föreställda situationen har de anställda dessutom förlorat sina arbeten till följd av konkursen. För att en konkurrensklausul skall kunna åberopas krävs visserligen att arbetstagaren får en godtagbar ersättning och såväl sekretess- som konkurrensklausuler måste tidsbegränsas för att vara godtagbara.<sup>596</sup> Det är emellertid knappast rimligt att en arbetstagare berövas sin möjlighet att försörja sig med motiveringen att det är en lösning som befordrar kunskapsbaserade transaktioner. I den här typen av situationer – det vill säga när en arbetstagare, kanske plötsligt, utan någon vidare

---

<sup>596</sup> Både sekretess- och konkurrensklausuler kan jämkas enligt 36 § avtalslagen. För jämkning av konkurrensklausuler finns även 38 § avtalslagen, som dock inte har någon självständig betydelse eftersom samma bedömningsgrunder som vid prövning enligt 36 § skall tillämpas, se Fahlbeck 2004, s. 97 samt 138 med hänvisningar. Stor betydelse för bedömningen av vad som är acceptabelt i detta sammanhang har det avtal som 1969 ingicks mellan SIF och SALF angående användningen av konkurrensklausuler i tjänsteavtal. Fahlbeck 2004, s. 136 framhåller att: "Principerna i överenskommelsen 1969 har fått rang nära nog av allmänna rättsgrundsatser." Utgångspunkten är att arbetsgivaren måste ha ett reellt behov av att tillämpa konkurrensklausuler. Detta sägs vanligtvis endast vara fallet om arbetsgivaren ägnar sig åt självständigt utvecklingsarbete som ger upphov till företagsspecifikt kunnande vars röjande kan antas skada arbetsgivaren. (Dagens utbredda kunskapshandel, forskningssamarbeten, licensbaserade affärsmodeller med mera medför att denna begränsning framstår som föråldrad. Behovet av att kunna utnyttja konkurrens- och sekretessklausuler är knappast begränsat till arbetsgivare med självständigt utvecklingsarbete, se även Fahlbeck 2004, s. 24 samt 135-136 med hänvisningar för en redogörelse för liknande kritik.) Arbetstagarens intresse av att kunna utnyttja sin arbetskraft tillgodoses vidare enligt 1969 års avtal genom att konkurrensklausuler bör vara tidsbegränsade för att vara acceptabla, 12-24 månader nämns ofta som ett riktmärke. Exakt hur lång tid som är acceptabel beror på den specifika situationen. Är det till exempel fråga om kunskap och färdigheter som snabbt blir utdaterad bör konkurrens- och sekretessklausulerna anpassas därefter och följaktligen löpa på en kortare tid. Är det fråga om särskilt känslig information med lång livslängd kan längre löptid komma i fråga. I AD 1993:218 godtogs en konkurrensklausul som gällde i fem år, se vidare Fahlbeck 2004, s. 152. SIF-SALF avtalet omfattar som sagt formellt sett endast konkurrensklausuler. Sekretessklausuler anses emellertid vara att bedöma på motsvarande sätt, se Fahlbeck 2004, s. 151-152; SOU 2008:63, s. 197ff.

förvarning, förlorar sitt arbete till följd av arbetsgivarens konkurs – framstår det som särskilt betydelsefullt att det, även om det skulle råka handla om att det är en sekretessklausul som medför att en arbetstagare drabbas, är principen om ersättningskyldighet för den som åberopar en begränsande klausul som tillämpas. I sammanhang där intellektuella resurser definieras och paketeras i allt högre utsträckning är det nämligen inte osannolikt att en högt specialiserad arbetstagare drabbas på detta sätt av en sekretessklausul. I bästa fall löses den här typen av problem av att arbetstagare med den här typen av specialiserad kunskap rekryteras av den som förvärvar verksamheten av konkursboet eller resurspaketet av en panthavare som I-Capital.<sup>597</sup>

### **15.3 Utnyttjande av kontraktuella relationer som en del av resurspaketet**

Utan tillgång till de kontraktuella relationer som TDA är beroende av i sin verksamhet bedömer I-Capital att P-OLED teknologin minskar väsentligt i värde. Såväl TDA som I-Capital vill därmed inkludera TDA:s kontraktuella relationer i resurspaketet. Det handlar här inte bara om rättigheterna enligt avtalen utan om TDA:s hela position som avtalspart. Det vill säga både rättigheter och förpliktelser. Frågan är i vilken mån överföring av avtalspositionerna i sin helhet är möjligt?

Pantsättning av avtal har inte varit föremål för någon mer omfattande diskussion. Den diskussion som trots allt har förts förefaller ha varit inriktad huvudsakligen på ett begränsat antal avtalstyper: avbetalningsköp samt ett antal avtalstyper som alla har med hyra av egendom att göra; hyra av skepp och luftfartyg, finansiell leasing, nyttjanderätt till fast egendom och så vidare.

Diskussionen om pantsättning av avbetalningsköpkontrakt handlar huvudsakligen om till denna speciella avtalstyp knutna detaljfrågor som är av begränsat intresse i detta sammanhang. Två huvudsakliga kvarstående tvistefrågor i sammanhanget förefaller vara: (i) Hur skall pantsättning av avbetalningssäljarens rätt att återta objektet fullbordas sakrättsligt? Skall 1936 års lag om pantsättning av egendom som befinner sig hos tredje man anses vara tillämplig? (ii) Hur skall pantsättning av avbetalningsköparens rätt fullbordas sakrättsligt när godset finns kvar hos säljaren och köparen har fått borgenärsskydd efter registrering enligt lösöreköpslagen? Även i detta fall ifrågasätts det huruvida 1936 års lag om pantsättning av egendom som befinner sig hos tredje man skall anses vara tillämplig?<sup>598</sup> Diskussionen om pantsättning av fastighetsägares position som uthyrare av den fasta egendomen har till stor del handlat om att värdet av en sådan panträtt kan antas vara mycket litet eftersom avkastning av fast egendom som utgångspunkt skall tillfalla den som har panträtt i den fasta egendomen som sådan.<sup>599</sup> Diskussionen om pantsättning av hyresavtal avseende lös egendom av olika slag aktualiserar bland annat frågan om nyttjanderättshavarens sakrättsliga ställning i stort.<sup>600</sup> Nyttjanderätt till lös egendom anses som sagt traditionellt sett endast utgöra ett obligatoriskt anspråk.<sup>601</sup> Panträtt i sådan

---

<sup>597</sup> Om vikten av att i samband med paketering av intellektuella resurser hantera personal med särskild kompetens, se kapitel 9.

<sup>598</sup> Se Håstad 1996, s. 308-310.

<sup>599</sup> Se Walin 1998, s. 196-198.

<sup>600</sup> Se Walin 1998, s. 198.

<sup>601</sup> Se vidare avsnitt 17.1.1.

nyttjanderätt skulle i så fall vara av tveksamt värde.

Det har, med hänvisning till NJA 1988 s 257, hävdats att denuntiationsprincipen numera skall vara tillämplig på pantsättning av överlåtbara kontrakt i allmänhet: "Pantförskrivning av ett kontrakt inklusive både rättigheter och skyldigheter blir fullbordad genom denuntiationen."<sup>602</sup>

För TDA och I-Capital skulle en sådan lösning givetvis vara positiv. Det skulle i princip vara möjligt att pantsätta TDA:s licensavtal som en del av ett större P-OLED resurspaket. En grundläggande förutsättning för pantsättning av avtal är dock att avtalen i fråga är överförbara. TDA:s samtliga licensavtal innehåller både rättigheter och skyldigheter för såväl TDA som motparterna. Att det förhåller sig på detta vis är självklart vad gäller de licensavtal där TDA intar rollen som licenstagare. Eftersom även de licensavtal där TDA intar rollen som licensgivare innehåller omfattande biförpliktelser för TDA, så är skyldighetsaspekten framträdande även i dessa avtal. TDA intar alltså i dessa licensavtal både en borgenärs- och en gäldenärsroll. Därmed kommer överföring av avtalen i dess helhet att kräva motparternas samtycke.<sup>603</sup>

För TDA och I-Capital skulle detta sammantaget innebära en lösning där det visserligen i princip är möjligt att pantsätta TDA:s avtal som en del av resurspaketet, men samtidigt nödvändigt att erhålla TDA:s motparters samtycke till pantsättningen. Huruvida det kan antas finnas skäl att inom ramen för en konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet införa en möjlighet att överföra kontraktuella relationer av ovan beskrivna slag utan motpartens samtycke kommer att diskuteras i del fyra.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att de etablerade krediträttsliga verktygen sammantaget fungerar mindre bra för TDA och I-Capital. För det första anses det inte vara möjligt att uppnå sakrättsligt skydd för något mer än de immateriella rättigheterna som sådana. De för TDA och I-Capital mycket betydelsefulla kompletterande intellektuella resurselementen skulle därmed falla utanför den sakrättsligt verksamma pantsättningen. Som vi har sett i detta kapitel är I-Capital inte heller särskilt hjälpt av företagshemlighetslagen när det gäller att uppnå kontroll över TDA:s intellektuella resurser i samband med TDA:s konkurs. Företagshemlighetslagen är helt enkelt inte konstruerad för att skydda aktörer i I-Capital:s situation. I lagens fokus står i första hand det klassiska företagsspionerifallet och i andra hand skyddet för den som lämnat ut affärshemligheter till annan. För den som likt I-Capital erhållit affärshemligheter och har som mål att kunna uppnå kontroll över dessa i utlämnarens konkurs har företagshemlighetslagen i bästa fall endast liten, men mer sannolikt ingen, tröst att erbjuda.

---

<sup>602</sup> Se Walin 1998, s. 183. Se vidare a.a. särskilt om pantsättning av överlåtbara immaterialrättslicenser, s. 220ff.

<sup>603</sup> Principen formuleras ofta som att gäldenärsbyte kräver borgenärens samtycke, se till exempel Rodhe 1984, s. 717.

För det andra lämnar pantsättning av patent respektive varumärken i enlighet med 12 kap. patentlagen respektive 34 a-j §§ varumärkeslagen en hel del övrigt att önska för I-Capital. Det saknas till exempel möjlighet att göra godtrosvörvärv. Skulle det visa sig att TDA:s anspråk av någon anledning inte skall anses vara giltigt drabbar detta också I-Capital, som i linje med detta heller inte har någon möjlighet att uppnå sakrättsligt skydd mot tidigare förvärvare. Att en sådan förvärvare inte har registrerat sitt förvärv har ingen betydelse. I-Capital har heller ingen möjlighet att uppnå sakrättsligt skydd mot licenstagare med äldre anspråk. Inte heller i detta fall har det någon betydelse huruvida en sådan licenstagare har registrerat sitt förvärv. I-Capitals panträtt förfaller dessutom om de pantsatta rättigheterna av någon anledning skulle upphöra att gälla. Det råder även en viss osäkerhet kring huruvida I-Capital skall ges möjlighet att självständigt ingripa mot eventuella intrång i de pantsatta rättigheterna.

Slutligen råder det tveksamhet kring huruvida upphovsrätter överhuvudtaget skall kunna pantsättas. Föreställningen om att det endast är möjligt att uppnå en sakrättsligt verksam pantsättning när det är möjligt att uppfylla ett sakrättsligt moment är fortfarande levande. Konsekvensen för upphovsrätter är att säkerhetsöverlåtelse har blivit något av ett standardverktyg i kreditsäkerhets-sammanhang. Därmed är det nödvändigt att granska de sak- och immaterial-rättsliga lösningar som har diskuterats för överlåtelssituationen. Detta är vad följande kapitel kommer att ägnas åt.

## 16 Överlåtelse av immateriell rättighet

Att säkerhetsöverlåtelse har kommit att utgöra något av ett standardverktyg för utnyttjandet av immateriella rättigheter som kreditsäkerhet är endast en av flera anledningar till att det är nödvändigt att här behandla överlåtelse av immateriella rättigheter. Att göra detta är också nödvändigt för att skapa en mer fullständig bild av det sak- och immaterialrättsliga tänkandet. Dessutom består TDA:s resurspaket delvis av förvärvade immateriella rättigheter, vilket innebär att den sak- och immaterialrättsliga överlåtelsediskussionen är intressant för värderingen och riskbedömningen av TDA:s resurser.

I detta avsnitt är utgångspunkten alltså en transaktion som syftar till en så långtgående överföring som möjligt av en immateriell rättighet, det vill säga en överlåtelse.<sup>604</sup> Frågan är inledningsvis vad som anses krävas för att förvärvaren skall bli skyddad mot överlåtarens borgenärer.

### 16.1 Borgenärsskyddet vid överlåtelse av immateriell rättighet

Borgenärsskyddskonflikten uppkommer när överlåtare drabbas av utmätning eller går i konkurs. Konflikten är i grunden en fråga om prioritet. Skall förvärvaren eller överlåtarens övriga borgenärer prioriteras?

En första delfråga som brukar behandlas i detta sammanhang är huruvida den överlåtna immateriella rättigheten överhuvudtaget skall kunna utmätas och ingå i konkurs. Det är först om så är fallet som det uppkommer en konflikt mellan förvärvaren och överlåtarens borgenärer. I de immaterialrättsliga regelverken återfinns ett antal bestämmelser som syftar till att den immateriella rättigheten i fråga inte skall kunna utmätas och ingå i konkurs.

---

<sup>604</sup> Frågan om vilken terminologi som skall användas är i detta sammanhang inte oviktig. Språkbruket inom den immaterialrättsliga diskussionen skiljer sig inte sällan från vad som är brukligt inom den sakrättsliga. Det tydligaste exemplet är upphovsrättslagen där såväl fullständiga överföringar som licensavtal klassificeras som överlåtelser. (Se 27 § upphovsrättslagen.) Även i den immaterialrättsliga litteraturen kan man se att överlåtelsebegreppet används på ett extensivt sätt. I Levin 2007 används överlåtelsebegreppet "som ett överbegrepp för såväl över- som upplåtelser, om inte sammanhanget kräver precisering till just upplåtelse eller när upplåtelse är det gängse begreppet i vissa avtal", a.a., s. 473. Huvudsakligen sker preciseringen dock genom en åtskillnad mellan fullständiga och partiella överlåtelser. Jfr Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009 där överlåtelse och upplåtelse hålls isär även vad gäller upphovsrätt. (Se vidare not 543 ovan.) I det följande kommer en "sagrättslig" begreppsbyggnad att tillämpas. Med överlåtelse avses därmed en så fullständig överföring som möjligt medan begränsade överföringar betecknas som upplåtelser. Enligt Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 65 är detta numera "vad som sker i moderna avtal på området och enhetlighet uppnås på så sätt med språkbruket inom det industriella rättsskyddet". Vidare om begreppsfrågan, se Martinson 2010.



### 16.1.1 Immateriella rättigheter omfattas ibland av bestämmelser som medför att de inte anses kunna utmätas eller ingå i konkurs

*Upphovsrätt* är på många sätt den mest problematiska immateriella rättigheten att hantera i obeståndssammanhang. Upphovsrätten omfattas av regler som kan medföra att rättigheten varken kan utmätas för upphovsrättshavarens skulder eller ingå i dennes konkurs.<sup>605</sup> Enligt 42 § upphovsrättslagen kan upphovsrätten för det första inte utmätas hos upphovsmannen. Upphovsrätten kan inte heller ingå i upphovsmannens konkurs. Enligt 28 § upphovsrättslagen krävs det, med undantag för överlåtelse i samband med den rörelse eller del av rörelse som upphovsrätten ingår i, upphovsmannens samtycke för vidareöverlåtelse. Den som förvärvat upphovsrätten har alltså inte (med angivet undantag) rätt att förfoga över rättigheten utan upphovsmannens samtycke. I det fall upphovsrätten inte kan överlåtas på grund av överlåtelseförbudet i 28 § upphovsrättslagen kan den heller inte utmätas (jfr 5 kap. 5 § utsökningsbalken). I dessa fall skall upphovsrätten inte heller ingå i förvärvarens konkurs (jfr 3 kap. 3 § konkurslagen).<sup>606</sup>

*Patenträtt* anses, som den mer renodlat industriella och kommersiella rättighet den är, i allmänhet kunna utmätas och ingå i konkurs.<sup>607</sup> Detta anses framgå indirekt av 54 § 2 st. patentlagen där det stadgas att patent inte får förklaras för upphört så länge som det är föremål för bland annat utmätning. I frågan om huruvida *uppfinnarrätt*, det vill säga rätten att ansöka om patent på en uppfinning, skall kunna utmätas är uppfattningarna delade. Enligt vissa är det tveksamt om utmätning av uppfinnarrätt kan göras innan ansökan om patent har gjorts.<sup>608</sup> Andra hävdar att uppfinnarrätt både kan utmätas och ingå i konkurs.<sup>609</sup>

---

<sup>605</sup> Se vidare kapitel 14.

<sup>606</sup> Se vidare avsnitt 14.1.1.

<sup>607</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 295; Domeij 2003, s. 222; Folkesson 2007, s. 128; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 274; Levin 2007, s. 292; Millqvist 2002, s. 53; Möller 1997, s. 16; SOU 1974:55, s. 222.

<sup>608</sup> Se Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 43 med hänvisning till NU 1963:6, s. 118 där de rent praktiska svårigheter som är förknippade med utmätning av ej patentsökt uppfinning framhölls. Jacobsson, Tersmeden & Törnroth tar fasta på detta och menar att det är troligt att utmätning inte kan ske innan patentansökan har gjorts.

<sup>609</sup> Domeij 2003, s. 223 uttalar sig försiktigt men verkar luta åt att utmätning skall kunna ske; Levin 2007, s. 292 menar att eftersom uppfinnarrätten kan utnyttjas ekonomiskt utan att patent tas ut finns det anledning att anta att den skall behandlas som andra förmögenhetsrätter och kunna utmätas med mera; Millqvist 2002, s. 53 framhåller att några uttryckliga hinder för utmätning inte finns. I ovannämnda NU 1963:6, s. 118, slutligen, framhålls inte bara de praktiska svårigheter som kan antas uppkomma i samband med utmätning av uppfinnarrätt. Det framhålls också att inget undantag från utmätning skulle införas i förslaget. För det första eftersom utmätning av uppfinnarrätt kunde antas vara väldigt sällsynt förekommande. För det andra eftersom möjligheten att mäta ut uppfinnarrätt kunde antas utgöra en förutsättning för att uppfinnare skulle kunna använda sin uppfinnarverksamhet inklusive uppfinnarrätterna som kreditunderlag. Detta senare argument är av särskild betydelse i samband med en kredittransaktion som den mellan TDA och I-Capital eftersom P-OLED teknologin inkluderar ett antal uppfinnarrätter.

*Registrerat varumärke* får, efter ändring i varumärkeslagen 1995, både utmätas och ingå i konkurs.<sup>610</sup> *Inarbetat varumärke* får enligt 34 § 5 st. varumärkeslagen inte utmätas men skall ändå ingå i varumärkeshavarens konkurs.

Varken *mönsterrätt*, *växtförädlarrätt* eller *kretsmönsterrätt* omfattas av några explicita utmätnings- eller konkurshinder.

*EU-varumärke* samt *EU-mönster* förutsätts enligt varumärkesförordningen respektive mönsterskyddsförordningen både kunna utmätas och ingå i konkurs enligt nationellt förfarande.<sup>611</sup>

*Firmarätt*, slutligen, kan enligt 13 § firmalagen endast överlåtas i samband med överlåtelse av verksamheten och kan enligt 14 § firmalagen överhuvudtaget inte utmätas. Firmarätt skall dock som utgångspunkt ingå i innehavarens konkurs.<sup>612</sup>

I det fall en immateriell rättighet i princip skall ingå i överlåtarens konkurs uppkommer frågan vad som krävs för att en förvärvare av rättigheten skall uppnå borgenärsskydd. Såsom frågan brukar formuleras är detta en fråga om vilket sakrättsligt moment som är tillämpligt. Svaret på frågan är inte särskilt komplicerat. I varje fall inte enligt det traditionella rättskällematerialet. Förvärvaren anses vara skyddad mot överlåtarens borgenärer redan genom avtalet.

### **16.1.2 Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskydd uppkomma redan genom avtalet**

Vid förvärv av immateriell rättighet anses borgenärsskydd uppkomma redan genom avtalet.<sup>613</sup> Avtalsprincipen sägs vara det enda gångbara alternativet. Utgångspunkten anses nämligen vara att det inom ramen för den sakrättsliga strukturen endast finns ett begränsat antal sakrättsliga moment att välja mellan. Inget av dessa moment anses vara möjliga att tillämpa vid överlåtelse av immateriella rättigheter. Tradition anses inte kunna krävas. Vad skulle säljare och köpare tradera? Immateriella rättigheter har ingen fysisk existens. Inte heller denuntiation anses vara praktiskt möjligt. Det finns alltför sällan någon

---

<sup>610</sup> Se prop. 1995/96:26, s. 31f. samt 34 § 5 st. varumärkeslagen e contrario.

<sup>611</sup> Art. 20 och 21 varumärkesförordningen (Rådets förordning [EG] nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken) respektive art. 31 p. 1 mönsterskyddsförordningen (Rådets förordning [EG] nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning).

<sup>612</sup> Enligt 14 § firmalagen skall firma som innehåller gäldenärens eller, vid handelsbolags konkurs, bolagsmans släktnamn inte ingå i konkurs. Sådan firma får dock användas av konkursboet under den tid som gäldenärens verksamhet drivs vidare.

<sup>613</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 294; Domeij 2003, s. 229; Folkesson 2007, s. 30; Helander 1984, s. 600; Hessler 1973, s. 255; Håstad 2006, s. 266 samt särskilt yttrande i NJA 2008 s 684 (NJA 2008:55, s. 695); Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Karlgren 1958, s. 224-225; Levin 2007, s. 472; Millqvist 2009, s. 133-134; Möller 1988, s. 743; Möller 1997, s. 28; NU 1963:6, s. 290; Prop. 1977/78:1 Del A, s. 243; Prop. 1987/88:4, s. 18; Svea hovrätt, mål nr T 1112/85, 1987-06-18; Rodhe 1986, s. 216; SOU 1974:55, s. 222; SOU 1985:10, s. 42-45; Tuula 2002, s. 344; Walin 1975, s. 45-46.

lämplig tredje man som kan fungera som mottagare av ett meddelande om överlåtelse.

Den gängse synen på avtalets betydelse vid överlåtelse av immateriell rättighet illustreras väl av följande passage från Svea hovrätts domskäl i mål T 1112-85:

”Det ligger i sakens natur att något krav på tradition inte kan ställas upp vid förvärv av immateriella rättigheter. Ej heller kan det uppställas några krav på denuntiation, om det inte finns någon lämplig mottagare av denna. Vid överlåtelse övergår därför den immateriella rättigheten redan genom avtalet, om detta inte anger någon annan tidpunkt. Av vad som nu har sagts följer att avtalets innehåll i första hand är avgörande för frågan om rättighetens övergång från säljare till köpare.”<sup>614</sup>

Mål nr T 1112/85 handlade för övrigt om hävning av ett upphovsrättsligt förvärv. Köparen hade förvärvat upphovsrätten till programvara för ekonomihantering. Enligt avtalet skulle säljaren bistå med konsult-, underhållstjänster med mera. När säljaren inte presterade hävde köparen. Säljaren accepterade (till slut) hävningen men hade ingen möjlighet att ge köparen pengarna tillbaka. Säljarens konkursbo sålde sedan upphovsrätterna. Köparen stämde boet och hävdade att upphovsrätterna fortfarande tillhörde köparen. Köpeskillingen hade ju inte återbetalats. Boet hävdade att upphovsrätterna återgått i samband med hävningen. Enligt Svea hovrätt hade boet inte haft rätt att sälja upphovsrätterna. I korthet motiverade hovrätten denna lösning enligt följande. Utgångspunkten vid hävning är att prestationerna är avhängiga av varandra. Ömsesidig tillbakagång av prestationer är alltså vad som gäller om parterna inte har avtalat något annat. Följaktligen har även den part som har hävt rätt att innehålla sin prestation i det fall motpartens prestation uteblir. Detta gäller även vid upphovsrättstransaktioner av det slag som det var fråga om i detta fall.<sup>615</sup>

Slutligen har registrering som sakrättsligt moment ett flertal gånger avfärdats av lagstiftaren.<sup>616</sup> Det som har diskuterats i detta sammanhang är visserligen inte i första hand borgenärsskyddsaspekten utan framförallt en möjlighet för godtroende förvärvare att genom registrering uppnå skydd mot anspråk från konkurrerande förvärvare. I NU 1963:6 diskuterades dock frågan om att låta registrering i patentregistret få en mer heltäckande sakrättslig verkan för patenttransaktioner. Samtliga kommittéer (den danska, svenska, norska och finska) var överens om att en sådan ordning inte skulle införas. Ett register med utökad sakrättslig effekt skulle, ansågs det, blir alltför tungrott, komplicerat och kostsamt. Det ansågs heller inte vara möjligt att uppnå ett verkligt heltäckande sakrättsligt skydd för de som registrerade förvärv i registret. Dessutom ansågs det också vara tveksamt om ett sådant register skulle fylla ett verkligt praktiskt behov.<sup>617</sup> Som en konsekvens av att inget av de traditionella sakrättsliga

---

<sup>614</sup> Se Svea hovrätt, mål nr T 1112/85, 1987-06-18.

<sup>615</sup> Se vidare Möller 1988, s. 744-745.

<sup>616</sup> Se vidare avsnitt 16.3.4.

<sup>617</sup> Se NU 1963:6, s. 289. Med kommittéernas egna ord sammanfattades den avvisande inställningen enligt följande: ”Ordningen ville være tung, besværlig og bekostelig og ville endda ikke yde nogen absolut sikkerhed for trediemand, idet han, selvom han havde sikkerhed med hensyn til rettighederne vedrørende patentet, ikke ville kunne få nogen sikkerhed mod, at selve grundlaget for rettighederne, selve patentet, blev angrebet som ugyldigt. Dertil kommer, at de praktiske behov ikke efter komitéernes skøn kan begrunde en så omfattende ordning.” (Se a.a.)

momenten anses vara möjliga att tillämpa vid överlåtelse av immateriella rättigheter anses alltså borgenärsskydd uppkomma redan genom avtalet.

Det skall anmärkas att den svenska rätten möjligtvis rör sig i riktning mot ett avskaffande av traditionsprincipen. I NJA 2008 s 684 argumenterade Håstad, i ett särskilt yttrande, för att ett sådant steg borde utredas och eventuellt genomföras genom lagstiftning. Det saknas anledning att här närmare analysera argumentationen, det kan dock framhållas att avtalsprincipen möjligtvis är särskilt illa lämpad för just immateriella rättigheter. Det kan för det första vara så att det av flera olika anledningar är särskilt svårt att komma åt borgenärsbedrägerier vid överlåtelse av immateriella rättigheter; och att motverka borgenärsbedrägerier är traditionskravets främsta funktion.<sup>618</sup> Det är för det andra också möjligt att det är särskilt lätt att dubbelförfoga över immateriella rättigheter. Slutligen kan det också vara så att vissa kompletterande borgenärsskyddsregler ofta kan vara svåra att tillämpa i samband med immaterialrättstransaktioner.

Möjligtvis är det särskilt problematiskt att komma åt borgenärsbedrägerier i samband med överlåtelse av immateriella rättigheter. Vid överlåtelse av lösa saker skyddas borgenärerna, som Håstad framhåller i sitt yttrande, (även vid tillämpningen av en avtalsprincip) av att den som påstår sig ha förvärvat en sak som är i utmätnings- eller konkursgäldenärens besittning har bevisbördan för att så verkligen är fallet.<sup>619</sup> Immateriella rättigheter anses som sagt aldrig vara i någons besittning. Frågan är därmed hur ett påstående från den som säger sig ha förvärvat rättigheten skall behandlas. Det har framhållits att utsökningsbalkens presumtionsregler inte är tillämpliga på immateriella rättigheter.<sup>620</sup> Med en sådan lösning ökar sårbarheten för borgenärsbedrägerier.

Immateriella rättigheter är möjligtvis även särskilt illa lämpade att regleras av en avtalsprincip eftersom det kan antas att riskpreferensdrivet dubbelförfogande från gäldenärens sida kan vara särskilt problematiskt att hantera.<sup>621</sup> På grund av icke-exklusiviteten kommer en förvärvare i varje fall inte att upptäcka dubbelförfogandet på grund av att ingen rättighet överlämnas. Det finns visserligen i många fall en möjlighet att registrera överlåtelser. Detta är dock bara en möjlighet och inte ett krav. Registrering anses heller inte medföra några sakrättsliga effekter.<sup>622</sup> En förvärvare som underlåter att registrera sitt förvärv utsätter sig visserligen för andra risker.<sup>623</sup> Trots detta utnyttjas möjligheten att registrera förvärvet långtifrån alltid.

Ytterligare en aspekt att beakta när det gäller överlåtelse av immateriella rättigheter och borgenärsbedrägeririsken är att vissa borgenärsskyddsregler som typiskt sett kompletterar de sakrättsliga verktygen inte sällan kan vara svåra att tillämpa på immateriella rättigheter. I företag som själva utvecklar sina intellektuella resurser och därmed även sina immateriella rättigheter aktiveras, av redovisningsrättsliga skäl, dessa resurser långtifrån alltid som tillgångar i balansräkningen.<sup>624</sup> Aktiebolagslagens regler om olaglig värdeöverföring kan därmed bli svåra att tillämpa. En eventuell underprisöverlåtelse av immateriell rättighet skulle visserligen i princip kunna ses som en värdeöverföring enligt 17 kap. 1 § 4 p. aktiebolagslagen, det vill säga en affärshändelse som medför att bolagets förmögenhet minskar och inte har rent affärsmässig karaktär för bolaget (med äldre terminologi, en så kallad förtäckt vinstutdelning). Den potentiella sanktionen är återgång i enlighet med 17 kap. 6 § aktiebolagslagen. Återgång förutsätter dock att det rör sig om en *olaglig* värdeöverföring (äldre terminologi: olovlig vinstutdelning).<sup>625</sup>

---

<sup>618</sup> Att motverka borgenärsbedrägerier är också det enda syfte som Håstad menar att principen faktiskt uppfyller i praktiken, se Håstads särskilda yttrande i NJA 2008 s 684.

<sup>619</sup> Se 4 kap 17-18 §§ utsökningsbalken.

<sup>620</sup> Se Håstads särskilda yttrande i NJA 2008 s 684 (NJA 2008:55, s. 695).

<sup>621</sup> Se Martinson 2002, s. 315-316 om kopplingen mellan borgenärsskyddsaspekten och dubbelförfogandeaspekten i ett riskpreferensperspektiv.

<sup>622</sup> Om synen på registreringens sakrättsliga betydelse, se avsnitt 16.3.4.

<sup>623</sup> Se vidare avsnitt 13.3.2.

<sup>624</sup> Se vidare avsnitt 9.6.2.2.

<sup>625</sup> Samt, enligt 17 kap. 6 § 1 st aktiebolagslagen, att förvärvaren inte är i god tro om att transaktionen innefattade en värdeöverföring från bolaget.

Avgörande är enligt 17 kap. 3 § aktiebolagslagen om överföringen inkräktat på överlåtarens bundna egna kapital. I den mån de överlåtna rättigheterna har utvecklats inom bolaget är det som sagt mycket möjligt att de inte har aktiverats som tillgångar i bolagets balansräkning. En eventuell underprisöverlåtelse minskar i så fall inte bolagets eget kapital. Även om överlåtelsen skulle ha gjorts till underpris, och i praktiken kanske till och med skulle kunna ses som något liknande en "tömning" av bolaget kan det i så fall antas bli svårt att nå framgång med en talan grundad på värdeöverföringsreglerna. Möjligtvis skulle transaktionen i vilket fall som helst kunna anses strida mot försiktighetsprincipen i 17 kap. 3 § 2 st. aktiebolagslagen.<sup>626</sup>

Det finns alltså ett antal faktorer som talar för att avtalsprincipen ur ett mer övergripande perspektiv sannolikt inte är ett optimalt verktyg för att hantera de immateriella rättigheternas borgenärsskyddsdimension. Alternativet är givetvis inte tradition, i varje fall inte tradition i meningen fysiskt överlämnande eller annat rådighetsavskärande, utan någon form av registreringskrav.<sup>627</sup> För TDA och I-Capital räkning utgör den starka föreställningen om en avtalsprincip som styrande för immaterialrättsförvärvarens borgenärsskydd trots allt inget större problem. I varje fall inte om föreställningen ses som en isolerad företeelse. En avtalsprincip innebär att TDA och I-Capital kan räkna med att de förvärvade patent som ingår i resurspanketet inte kommer att dras in i överlåtarens eventuella konkurs. Analysen av det gängse sättet att beskriva den sak- och immaterialrättsliga borgenärsskyddsproblematiken visar emellertid även på hur de immateriella rättigheterna tenderar att behandlas som objekt inom ramen för traditionella sakrättsliga lösningsmodeller. Det avtalsprincipstänkande som har beskrivits ovan kan alltså även ses som ett moment i ett mer övergripande immaterialrättsobjektbaserat synsätt.<sup>628</sup>

Att immaterialrättsförvärvarens borgenärsskydd anses uppkomma redan genom avtalet är inte en lösning som vi i Sverige är ensamma om. I ett internationellt perspektiv står det dock klart att immaterialrätternas sakrättsliga dimension regleras på olika sätt.

### **16.1.3 I ett internationellt perspektiv står det klart att immaterialrätternas borgenärsskyddsdimension regleras på olika sätt**

De sak- och immaterialrättsliga lösningarna skiljer sig för det första åt redan inom Norden. I *Danmark* anses borgenärsskyddet vid förvärv av immateriella rättigheter uppkomma redan genom avtalet.<sup>629</sup> Detsamma anses gälla i *Norge*.<sup>630</sup> Men *Finland* skiljer sig från övriga Nordiska länder. För borgenärsskydd krävs där – förvärv av upphovsrätt undantaget – registrering.<sup>631</sup>

---

<sup>626</sup> Det är möjligt att en transaktion av detta slag skulle kunna angripas med stöd av andra aktiebolagsrättsliga regler. Om till exempel ett dotterbolag överför sina mest värdefulla tillgångar till sitt moderbolag riskerar detta att gynna vissa aktieägare på bolagets eller andra aktieägares bekostnad. Därmed skulle den aktiebolagsrättsliga likhetsprincipen (7 kap. 47 § aktiebolagslagen) eller generalklausulen (8 kap. 41 § aktiebolagslagen) kunna aktualiseras.

<sup>627</sup> Detta kommer att utvecklas i del fyra.

<sup>628</sup> Jfr Martinson 2010.

<sup>629</sup> Se Kockvedgaard & Schovsbo 2005, 419-420.

<sup>630</sup> Se Brækhus & Hærem 1964, s. 523; Lilleholt 1999, s. 221; Lutnaes 2006, s. 1-2; Skoghøj 1997, s. 943; Stenvik 2006, s. 460; Thommessen 1993, s. 319-320.

<sup>631</sup> Se Salomaa, Aalto, Aalto-Setälä, Harenko, Oesch, Sund-Norrgård & Weckman 2006, s. 1.

Utmärkande för *Tyskland* är att immaterialrätter inte anses utgöra egendom utan obligatoriska rättigheter. Som en konsekvens av denna klassificering anses avtalsprincipen bli tillämplig:

"A well known characteristic of the German Civil Code is its restrictive concept of property. According to § 90 BGB only corporeal things are considered property in the meaning of the Civil Code. The consequence this narrow concept has on the treatment of IP-rights is quite obvious. Intellectual property does not qualify as property under the § 90 BGB and accordingly remains outside the scope of German property law and its rules on transfer of movables. Instead § 413 BGB declares the rules on the assignment of obligatory rights provided for in §§ 398 *et seqq* BGB applicable to all other kinds of transferable rights. Similar to §§ 1392 *et seqq* of the Austrian ABGB §§ 398 *et seqq* German Civil Code are designed to govern problems arising from the assignment of obligatory rights. With regard to other transferable rights its input is restricted to the declaration that transfer takes place by mere consensus. The application of this concept leads to the imperative consequence that intellectual property rights are transferred by consensus alone and that a registration, if provided for at all, can only serve the purpose to publicise a transaction already validly concluded".<sup>632</sup>

I *Tyskland* anses alltså immaterialrättsförvärvarens skydd mot överlåtarens borgenärer uppkomma genom avtalet. I *Österrike* förefaller situationen vara mer komplicerad.<sup>633</sup> För vissa immateriella rättigheter (till exempel patent) anses det krävas registrering för skydd mot överlåtarens borgenärer. För andra (till exempel varumärken och upphovsrätter) förefaller avtalet anses vara tillräckligt. I *Frankrike* förefaller en liknande ordning råda. Vid överlåtelse av industriella rättigheter verkar det krävas registrering för sakrättsligt skydd. Vid överlåtelse av upphovsrätt förefaller borgenärsskyddet anses inträda redan genom avtalet.<sup>634</sup>

I *USA* tillämpas en avtalsprincip. Immaterialrättsförvärvaren anses vara skyddad mot överlåtarens borgenärer redan genom avtalet.<sup>635</sup>

---

<sup>632</sup> Se Mc Guire 2008, s. 222-223 med hänvisningar. Mc Guire föreslår för övrigt den tyska avtalsprincipsbaserade generella lösningen som en lämplig modell för hela Europa: "The system is consistent and, at first glance, appears to be a preferable as a model for European unification."

<sup>633</sup> Se McGuire 2008, s. 220-222.

<sup>634</sup> Se AIPPI Report Q190 - France, s. 11. Sammanfattningsvis konstateras i denna rapport om den franska synen: "Under French law, intellectual property rights are ownership rights on intangible objects. [...] A license or an assignment of industrial property rights has to be published in an official registry in order to be effective as against third persons". (Se a.a., s. 11.)

<sup>635</sup> Menell 2007a, s. 18 framhåller att en immaterialrättsöverlåtelse står sig mot konkursborgenärerna, såvida överlåtelsen inte har vidtagits i bedrägligt syfte: "Sales of assets completed prior to bankruptcy are outside of the bankruptcy case and beyond the reach of the bankruptcy court unless the transaction amounts to a fraudulent transfer." Avgörande är att avtalet klassificeras som en reell överlåtelse. Om ett avtal istället klassificeras som ett "executory contract", så kan konkursboet i många fall häva avtalet. Enligt Menell gäller detta de flesta immaterialrättslicenser: "Most IP licenses fall into a middle ground labeled 'executory' contracts that do not automatically enter the bankruptcy estate." (Se a.a., s. 18.) Därmed blir även den som

Enligt de förordningar som reglerar *EU-varumärken* och *EU-mönster* är det registrering i respektive register som är avgörande för förvärvarens borgenärsskydd.<sup>636</sup> Registrering är för övrigt även en förutsättning för att överhuvudtaget kunna utnyttja såväl *EU-varumärken* som *EU-mönster* fullt ut.<sup>637</sup> *EU-varumärken* omfattas även av ett skriftlighetskrav för överlåtelse. Ett muntligt överlåtelseavtal är enligt varumärkesförordningen inte giltigt.<sup>638</sup> Även enligt det förslag till *EU-patent* som kommissionen har lagt fram krävs det registrering för att förvärvaren skall uppnå borgenärsskydd.<sup>639</sup>

Även om immaterialrätternas dynamiska sida har hanterats olika i olika jurisdiktioner finns det uppenbara likheter vad gäller de grundläggande utgångspunkterna. Framförallt i behandlingen av de immateriella rättigheterna som objekt som kan vara föremål för olika transaktioner. Även i en jurisdiktion som Tyskland, där immaterialrätter enligt lag inte skall anses utgöra egendom utan behandlas som obligatoriska rättigheter, är detta tydligt. Klassificeringen av immateriella rättigheter som obligatoriska rättigheter och inte som egendom har främst betydelse för vilken sakrättslig reglering som blir tillämplig. Den reglering som styr övergång av lösa saker eller den som styr övergång av obligatoriska rättigheter. Liksom inom ramen för den svenska sak- och immaterialrättsliga strukturen förefaller det vara fråga om ett i grunden objektbaserat tänkande. Tyskarna är bara särskilt tydliga med att ange vad för slags objekt de anser att de immateriella rättigheterna skall behandlas som, nämligen ett rättighetsobjekt och inte ett egendomsobjekt.

---

förvärvat en immaterialrätt genom överlåtelse ofta försatt i en osäker position. Gränslinjen mellan licens och överlåtelse är nämligen notoriskt svår att dra: "A completed sale or assignment of intellectual property rights without further non-severable contractual obligations is not considered executory. Unfortunately, the 'cases are far from clear as to what is a sale, assignment or outright transfer (or how a court distinguishes between them)'." (Se a.a., s. 21.)

<sup>636</sup> Se art. 23 p. 1 varumärkesförordningen (Rådets förordning [EG] nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken) respektive art 33 p. 2 mönsterskyddsförordningen (Rådets förordning [EG] nr 6/2002 av den 12 december 2001 om gemenskapsformgivning). Vill man nödvändigtvis komplicera det hela kan man påpeka att det i art. 23 p. 4 varumärkesförordningen anges att: "Till dess att för medlemsstaterna gemensamma bestämmelser om konkurs träder i kraft skall rättsverkan i förhållande till tredje man i en konkurs eller ett liknande förfarande bestämmas av lagstiftningen i den medlemsstat där ett sådant förfarande först har inletts enligt nationell lagstiftning eller enligt de konventioner som skall tillämpas på området." Motsvarande skrivning återfinns i art. 33 p. 4 mönsterskyddsförordningen. Detta skulle givetvis kunna tolkas som att tredjemansskyddet vid konkurs – det vill säga, framförallt, borgenärsskyddet – inte skall omfattas av registreringskravet i art. 23 p. 1 För mig framstår det dock som rimligare att tolka p. 4 som att den anger att förordningen inte avser att inkräkta på mer specifika konkursrättsliga regler som till exempel förfaranderegler och återvinningsregler. Undantag från registreringskravet görs för övrigt vid förvärv av den rörelse vari rättigheten utnyttjas. (Se art. 23 p. 2 varumärkesförordningen samt art. 33 p. 3 mönsterskyddsförordningen.)

<sup>637</sup> Se Art. 17 p. 6 varumärkesförordningen respektive Art. 28(b) mönsterskyddsförordningen.

<sup>638</sup> Enligt art. 17 p. 3 varumärkesförordningen krävs det att både överlåtaren och förvärvaren undertecknar ett skriftligt avtal för att överlåtelsen skall vara giltig. Undantag från skriftlighetskravet görs för överlåtelse som beslutats av domstol.

<sup>639</sup> Se art. 23 p. 1, Kommissionens förslag till gemenskapspatent (Proposal for a Council Regulation on the Community patent of 15 May 2004, DOC 7119/04). Undantag från registreringskravet görs även i detta fall vid rörelseförvärv. (Se art. 23 p. 1, Kommissionens förslag till gemenskapspatent.)

Sammanfattningsvis kan det konstateras att borgenärsskyddsfrågan vid överlåtelse av immateriella rättigheter på ett sätt kan ses som relativt okomplicerad: borgenärsskydd anses uppkomma redan genom avtalet. Såsom vi har sett ovan angående pantsättning av patent och varumärken (borgenärsskyddsfrågan kan även i dessa fall ses som relativt okomplicerad: allt talar för att borgenärsskydd skall uppkomma redan vid ansökan om registrering av pantträtt), så är det framförallt det dominerande synsätt enligt vilket de immateriella rättigheterna ses som avgränsade sakrättsobjekt som är problematiskt. Anledningen är uppenbar: immateriella rättigheter fungerar i realiteten ofta som delar av en mer omfattande helhet bestående av en mängd olika typer av intellektuella resurser. Immateriella rättigheter kan därmed ofta antas vara som värdefullast i ett visst specifikt sammanhang. Genom att dra en sakrättslig gränslinje mellan immateriella rättigheter, vilka anses kunna bli föremål för sakrättsligt skydd, och icke immaterialrättsligt skyddade intellektuella resurser, vilka inte anses kunna skyddas sakrättsligt, riskerar man att försvåra konstruktiv hantering av den här typen av resurser. Det blir exempelvis svårt att undvika uppsplittring av värdeskapande helheter i samband med konkurs, vilket bland annat leder till att utnyttjandet av immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser som kreditsäkerhet försvåras. Den objektsbaserade grundsynen avspeglas även i diskussionen om separationsrätt vid överlåtelse av immateriell rättighet. Som vi kommer att se finns det i detta fall dock antydningar till ett ifrågasättande av de traditionella objekts- och egendomskonstruktionernas lämplighet i samband med immaterialrättsbaserade transaktioner.

## **16.2 Separationsrätt vid överlåtelse av immateriell rättighet**

Separationsrättskonflikten uppstår i detta sammanhang typiskt sett när en immateriell rättighet har sålts på kredit och köparen drabbas av utmätning eller går i konkurs innan full betalning har erlagts. Frågan, som den vanligtvis ställs, är därmed om säljaren har rätt att häva avtalet och separera den överlåtna rättigheten ur konkursboet.<sup>640</sup> I grunden handlar det om vem som skall prioriteras, säljaren eller köparens konkursborgenärer? För TDA och I-Capital är den sak- och immaterialrättsliga diskussionen om denna konflikttyp intressant framförallt för att den bidrar till att ge en bild av mer övergripande sak- och immaterialrättsliga mönster och tendenser.

---

<sup>640</sup> Frågeställningen blir givetvis inte aktuell om rättigheten i fråga överhuvudtaget inte kan utmätas eller ingå i förvärvarens konkurs. I så fall uppstår det inte någon konflikt mellan överlåtaren och förvärvarens utmättnings- eller konkursborgenärer. Problematiken motsvarar i princip den som redogjorts för ovan i samband med borgenärsskyddskonflikten. (Se avsnitt 16.1.1.)



### **16.2.1 Utgångspunkt: Obligations- och sakrättslig hävningsrätt vid hävningsförbehåll**

Det har hävdats att utgångspunkten bör vara att en överlåtare som har gjort ett hävningsförbehåll har både obligations- och sakrättslig hävningsrätt i det fall köpeskillingen inte betalas och konkursboet inte inträder eller ställer godtagbar säkerhet.<sup>641</sup>

Hävningsrätt på grund av utebliven royaltybetalning har hävdats vara tveksamt med hänvisning till att royaltanspråket "reellt sett" närmast är att betrakta som en "på rörelsen liggande och från köpet fristående belastning som knappast är av den karaktär som skyddas av det sakrättsliga regelsystemet".<sup>642</sup> Det som anses tala för hävningsrätt är likheten med licensiering; det vill säga att överlåtelsearrangemang är svåra att avgränsa från licensarrangemang. En licensgivare anses nämligen ha hävnings- och separationsrätt utan förbehåll vid utebliven royaltybetalning.<sup>643</sup>

Skulle överlåtaren inte ha gjort ett hävningsförbehåll anses frågan vara vilken betydelse som skall tillmätas 54 § 4 st. köplagen.<sup>644</sup> Enligt 54 § 4 st. köplagen får säljaren, när varan har kommit i köparens besittning, häva köpet endast om hävningsförbehåll har gjorts eller om köparen avvisar varan. Antingen tillämpas bestämmelsen analogt (direkt tillämplig anses 54 § 4 st. köplagen som sagt endast vara när "varan kommit i köparens besittning" och en immateriell rättighet anses aldrig kunna vara i någons besittning) och överlåtaren får, vid avsaknad av förbehåll, endast hävningsrätt i det fall det moment som får tjäna som besittningssubstitut inte har uppfyllts (till exempel att förvärvaren enligt avtalet ännu inte har fått möjlighet att börja utnyttja rättigheten). Eller så tillämpas 54 § 4 st. köplagen inte alls och överlåtaren har alltid hävningsrätt oavsett förbehåll.<sup>645</sup>

### **16.2.2 Argument mot en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen och därmed mot ett krav på förbehåll för hävnings- och separationsrätt**

Som argument mot en analog tolkning av 54 § 4 st. köplagen (det vill säga mot ett krav på hävningsförbehåll för separationsrätt) har framhållits att immaterialrätternas särskilda karaktär medför att det saknas anledning att kräva förbehåll för hävnings- och separationsrätt.<sup>646</sup> Argumentet går ut på att

---

<sup>641</sup> Se Möller 1996, s. 30; Persson 2002, s. 269.

<sup>642</sup> Se Möller 1996, s. 31.

<sup>643</sup> Se a.a. Se vidare avsnitt 17.2.2.

<sup>644</sup> Se Håstad 1996, s. 199-200; Håstad 1997, s. 48; Håstad 2009, s. 172; Möller 1997, s. 31; Persson 2002, s. 268-269.

<sup>645</sup> Att, oavsett hur det förhåller sig med 54 § 4 st. köplagens tillämplighet, säljaren inte bör ges separationsrätt när köparen har givits rätt att sälja rättigheten vidare framhålls av Håstad 1997, s. 49 (se även Håstad 2009, s. 173).

<sup>646</sup> Se Möller 1988, s. 743 som sammanfattningsvis om säljarens separationsrätt vid överlåtelse av immateriell rättighet konstaterar att: "Vid konkurs bör förvärvarens bo följaktligen ha att inträda och fullgöra gäldenärens prestation för att undgå hävning och 'separation.'" Det skall framhållas att Möller inte längre står fast vid denna slutsats, se not 654.

frånvaron av fysisk existens medför att immateriella rättigheter i väsentligt avseende skiljer sig från materiellt gods. Risken för att immaterialrätten går förlorad genom förfogande, till exempel disposition eller sammanblandning, är inte lika påtaglig som för lösören. Immaterialrätter är därför i princip omedelbart återställbara.<sup>647</sup> Det är alltså inte motiverat att kräva hävningsförbehåll för separationsrätt med hänvisning till – den i vilket fall som helst ”förmodligen på föråldrade tankesätt grundade tesen” – att separationsrätt endast skall medges då naturaprestation inte utgetts eller förbehåll har gjorts.<sup>648</sup>

Mot en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen anses vidare även i detta fall (se ovan, finstilt, om hävning på grund av utebliven royaltybetalning) tala att man då slipper de besvärliga gränsdragningsfrågor i förhållande till licensiering som annars riskerar att uppkomma.<sup>649</sup>

Det har slutligen hävdats att en överlåtare av lös egendom som varken är föremål för fysisk besittning och tradition i vanlig mening eller denuntiation, i separationsrättshänseende bör behandlas som överlåtare av byggnad på annans mark.<sup>650</sup> Detta synes innebära att en immaterialrättsöverlåtare som utgångspunkt skall anses ha förlorat sin hävnings- och separationsrätt först ”då köpet enligt kontrahenternas mening skall vara ovillkorligt och köparen får förfoga över egendomen”.<sup>651</sup> Det framhålls i detta sammanhang också att “[...] man torde få fritt pröva huruvida säljaren skall anses ha hävningsrätt kvar eller bör antas ha avstått därifrån”.<sup>652</sup> Resonemanget har tolkats som att: “[...] säljaren utan särskilt förbehåll har rätt att häva köpet och återfå ensamrätten till den immateriella egendomen då köparen själv eller hans konkursbo inte fullgör motprestationen. Rättsläget skulle m a o utan vidare vara analogt med det som allmänt gäller vid upplåtelse av egendom och vid överlåtelse av lösöre som inte utlämnats och vid materiell egendom som utlämnats utan förbehåll.”<sup>653</sup>

### **16.2.3 Argument för en analog tolkning av 54 § 4 st. köplagen och därmed för ett krav på förbehåll för hävnings- och separationsrätt**

Som argument för en analog tillämpning av 54 § 4 st. köplagen (det vill säga för ett krav på förbehåll för separationsrätt) har framförts att en hävningsrätt utan förbehåll kan utgöra en plötslig och obehaglig överraskning för köparen och

---

<sup>647</sup> Se a.a., s. 742-743. Att immateriella rättigheter inte behöver ”återställas”, det är endast avtalsrelationerna som behöver avgöras, framgår tydligt med ett tillståndsperspektiv, Jfr Martinson 2010

<sup>648</sup> Se Möller 1988, s. 742.

<sup>649</sup> Se Möller 1988, s. 743; Möller 1996, s. 31; Håstad 1996, s. 199-200.

<sup>650</sup> Se Walin 1975, s. 58. Walin talar här om lös egendom för vilken inget traditionellt sakrättsligt moment är tillämpligt.

<sup>651</sup> Se Walin 1975, s. 57-58.

<sup>652</sup> Se Walin 1975, s. 58.

<sup>653</sup> Se Möller 1988, s. 741.

dennes borgenärer samt leda till värdeförstöring.<sup>654</sup> Hävnings- och separationsrätt riskerar att medföra att förvärvarens nedlagda investeringar omintetgörs.

Det har även hävdats att bristen på lämpliga sakrättsliga moment att knyta upphörandet av överlåtarens återtaganderätt till innebär att redan avtalet medför att överlåtaren inte längre kan återta immaterialrätten.<sup>655</sup>

Det finns i detta sammanhang för övrigt antydningar till ett visst ifrågasättande av den immaterialrättsobjektsbaserade modellens lämplighet.

#### **16.2.4 Antydningar till ett ifrågasättande av den immaterialrättsobjektsbaserade modellen**

I samband med komplexa transaktioner där immateriella rättigheter överförs tillsammans med en mängd kompletterande intellektuella resurser kan det framstå som problematiskt att tillämpa en objektsmodell som endast är inriktad på den immateriella rättigheten som sådan, inte minst på grund av att dessa transaktioner inte sällan kännetecknas av att köpare och säljare går in i en mer långvarig relation. Mot bakgrund av detta är det inte särskilt underligt att det har ifrågasatts om immateriella rättigheter alltid bör betraktas som *egendomsobjekt* i traditionell mening.<sup>656</sup>

I grunden handlar denna problematik till stor del om att de etablerade rättsliga verktygen inte är anpassade till hantering av sammansatta intellektuella resurser. Denna insikt är av helt central betydelse för TDA och I-Capital som strävar efter att utnyttja en komplex och sammansatt intellektuell resursmassa som kreditsäkerhet.

Bristen på anpassning är inte förvånande. Även om kunskapen om hur intellektuella resurser fungerar i den värdeskapande processen har ökat betydligt de senaste åren, så befinner sig detta fält än så länge bara i sin linda.<sup>657</sup> Det är därmed orimligt att förvänta sig att överväganden grundade i denna typ av kunskap skall ha lämnat några större avtryck i de sak- och immaterialrättsliga diskussionerna. Möjligtvis har dock utgångspunkten i de traditionella sakrättsliga modellerna medfört att behandlingen även av de immateriella rättigheterna som sådana har begränsats. Kanske har de särskilda möjligheter som de immateriella rättigheternas

---

<sup>654</sup> Se Möller 1996, s. 31, jfr ovan vid not 646; Persson 2001, s. 269.

<sup>655</sup> Se Rodhe 1985, s. 192. En lite märklig idé, enligt min mening. Snarast ett unitärt synsätt där köparens skydd mot säljarens borgenärer och säljarens skydd mot köparens borgenärer med nödvändighet måste knytas till samma moment. Se vidare Möllers (1988, s. 739ff., särskilt n. 6.) kritik mot Rodhes tendens att även i annat sammanhang underlåta att skilja mellan olika konflikttyper.

<sup>656</sup> Persson 2002, s. 266-267 frågar sig i just detta sammanhang, det vill säga i samband med diskussionen om separationsrättskonflikten, vilken typ av egendom det egentligen rör sig om när vi har att göra med datorprogram. Se även Persson 1998, s. 169-176, särskilt sidan 171-172 med hänvisning bland annat till Ramberg 1995, s. 138, vilken framhåller möjligheten att betrakta förvärv av hårdvara kombinerat med programvarulicens som "köp av en *funktion* där både datorn och datorprogrammet ingår[n]". Ett mer generellt ifrågasättande av de traditionella egendomskonstruktionernas och sakrättsliga modellernas lämplighet i detta sammanhang har som sagt bland annat förts fram av Martinson 2006, se not 428. Se även Martinson 2010.

<sup>657</sup> Se del 2.

särskilda karaktär (framförallt icke-exklusiviteten) medför inte tagits tillvara? I den följande analysen av dubbelöverlåtelse och obehörigt förfogande kommer detta att analyseras mer ingående.

### **16.3 Dubbelöverlåtelse av immateriell rättighet**

Även dubbelöverlåtelsekonflikten handlar i grunden om prioritet. I detta fall har en immateriell rättighet överlåtits till två konkurrerande förvärvare. Förvärvare nummer ett och förvärvare nummer två konkurrerar alltså med varandra om samma immaterialrätt. Mot bakgrund av de immateriella rättigheternas icke-exklusiva natur blir det i detta fall uppenbart att prioritet i dessa sammanhang inte nödvändigtvis behöver handla om binära val. Utgångspunkten anses dock vara en prioritetsprincip. För TDA och I-Capital är diskussionen om dubbelförfogandekonflikten intressant eftersom en del av TDA:s resurser som sagt utgörs av förvärvade patent. Det går därmed inte att bortse från risken för eventuella anspråk från konkurrerande förvärvare.

#### **16.3.1 En prioritetsprincip**

Det hävdas ofta att dubbelöverlåtelsekonflikter avseende immateriella rättigheter skall lösas enligt en prioritetsprincip.<sup>658</sup> Det är uppenbart att detta inte är en av naturliga skäl nödvändig lösning. De immateriella rättigheternas icke-exklusiva karaktär medför att möjligheterna till alternativa – på olika varianter av samutnyttjande baserade – lösningar är stora. Sådana lösningar har också föreslagits.<sup>659</sup> En möjlig anledning till att prioritetsprincipen har fått det stora genomslag den har fått är att den lösning som tillämpas för lösa saker har fått stå modell även för immateriella rättigheter. Det vill säga: "Äldst rätt vinner" (1 kap. 5 § handelsbalken) om inte den senare förvärvaren har uppfyllt de krav som ställs för godtrosvärv, vilket för lösa saker i korthet innebär att överlåtaren måste – för att anses vara legitimerad – ha haft saken i sin besittning och förvärvaren i god tro måste ha tagit saken i sin besittning.<sup>660</sup> Vid förvärv av immateriella rättigheter anses det emellertid saknas ett legitimerande moment som kan motsvara överlåtarens besittning.<sup>661</sup> Enligt denna uppfattning skall alltså äldst rätt alltid vinna vid dubbelförfogande över immateriella rättigheter.

---

<sup>658</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 295; Domeij 2003, s. 217; Godenhielm 1986, s. 18; Hessler 1973, s. 231-232; Håstad 1996, s. 87; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Levin 2007, s. 472; Persson 2002, s. 78; Prop. 1987/88:4, s. 19; Rosén 2006, s. 84; SOU 1985:10, s. 39; Walin 1998, s. 220-221.

<sup>659</sup> Se avsnitt 16.3.2.

<sup>660</sup> I enlighet med 2 § 1 st. lag (1986:796) om godtrosvärv av lösöre.

<sup>661</sup> I prop. 1987/88:4, s. 43-44 kommer denna tanke till tydligt uttryck: "Godtrosvärv i allmänhet förutsätter att överlåtaren utåt framstår som legitimerad att förfoga över egendomen, antingen genom att han har den i sin besittning eller genom att han i ett offentligt register är antecknad som rätt ägare. Någon sådan s. k. legitimerande omständighet finns inte i fråga om patent och patentansökningar. Det är inte obligatoriskt att anteckna överlåtelse av sådan egendom i patentregistret. Registrets uppgifter om innehavare är alltså inte pålitliga. Att införa

Prioritetsprincipen har också fått genomslag i rättspraxis. I NJA 2009 s 695, som med majoritetens synsätt handlade om dubbelöverlåtelse av formgivarrätt,<sup>662</sup> framhöll majoriteten att:

“En immaterialrätt kan inte vara föremål för godtrosvärv, inte heller vid dubbelöverlåtelse. Vid en dubbelöverlåtelse anses således den förste förvärvaren ha bättre rätt till immaterialrätten även om den senare förvärvaren var i god tro vid sitt förvärv. Eftersom det inte finns något användbart sakrättsligt moment att tillgå, utan det sakrättsliga skyddet uppstår redan genom avtalet, blir prioriteten i tid avgörande för företrädesrätten vid dubbelöverlåtelse. (Se t.ex. Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 11 uppl. 2009, s. 295, Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 231 f., Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 77 och 83 och Walin, Panträtt, 2 uppl. 1998, s. 220 f., 266 och 269 samt beträffande formgivning prop. 1969:168 s. 182. Jfr också 1 kap. 5 § HB och 31 § andra stycket skuldebrevslagen angående tidsprioritet som utgångspunkt för företrädesrätten vid dubbelöverlåtelse.)”<sup>663</sup>

I mål nr 3049-02 från Hovrätten över Skåne och Blekinge (Halotronfallet), där frågan om dubbelöverlåtelse av varumärke behandlades, konstaterade Hovrätten över Skåne och Blekinge att:

”Hovrätten delar tingsrättens uppfattning att frågan om Ampac skall kunna åberopa sitt tidigare förvärv till varumärket i förhållande till Bejaro skall bedömas enligt vad som gäller i fråga om tvesalu. Detta innebär enligt hovrättens mening att den första förvärvarens rätt inte rubbas av att någon annan därefter förvärvar rättigheten även om den senare varit i god tro vid förvärvet (se bl.a. Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6:5 uppl., Stockholm 2000, s. 77 och Levin, Immaterialrätt och sakrätt, Juridiska fakulteten, Skriftserien nr 71, Stockholm 2002, s. 78).”<sup>664</sup>

Det amerikanska företaget Ampac hade länge strävat efter att utveckla alternativ till brandskyddsmedlet Halon. JA och dennes företag Bejaro Product AB hade utvecklat en sådan ersättningsprodukt, benämnd Halotron. Den 26 februari 1992 förvärvade Ampac samtliga rättigheter till Halotronprodukten. Kort tid efter förvärvet uppstod en tvist mellan Ampac och Bejaro Product. Tvisten utmynnade i en skiljedom i USA, meddelad i juni 2000, enligt vilken Ampac skulle anses vara rättmätig ägare till samtliga produkter och rättigheter som ingick i överlåtelseavtalet, däribland varumärket Halotron. Bejaro Product försattes efter egen begäran i konkurs den 28 december 2000. Bejaro Products halotronverksamhet drevs emellertid vidare av JA i bolaget Bejaro Brandskydds företaget AB som den 31 december 1996 hade förvärvat Halotronvarumärket (enligt två olika registreringar) från Bejaro Product. Bejaro Brandskydd ansökte därefter om ännu en registrering av Halotronvarumärket, i ytterligare varumärkesklasser. Ampac stämde Bejaro Brandskydd vid Lunds tingsrätt bland annat yrkande på att tingsrätten skulle fastställa Ampacs bättre rätt till samtliga registreringar av

---

obligatorisk registrering är en genomgripande åtgärd som inte kan komma i fråga i detta sammanhang.” Se vidare avsnitt 16.3.4.

<sup>662</sup> Se vidare avsnitt 13.1.5.

<sup>663</sup> Se NJA 2009:68, s. 709 (NJA 2009 s 695).

<sup>664</sup> Se Mål nr 3049-02 från Hovrätten över Skåne och Blekinge, 2006-04-18.

Halotronvarumärket samt eventuellt förekommande inarbetat Halotronvarumärke. Bejaro Brandskydd invände i första hand att det förelåg rättegångshinder eftersom det inte är möjligt föra talan om bättre rätt till varumärke som är registrerad på annan, till skillnad från exempelvis patentlagen saknar varumärkeslagen regler om överföring av varumärken. Ampac skulle följaktligen vara hänvisat till att ansöka om egen registrering och med stöd av denna sedan yrka på hävning av Bejaro Brandskydds äldre registrering. Skulle tingsrätten trots allt pröva Ampacs yrkande i sak menade Bejaro Brandskydd att överlåtelseavtalet mellan Ampac och Bejaro Product var bristfälligt. Inga rättigheter hade specificerats och Bejaro Product innehade vid avtalstidpunkten endast en varumärkesansökan avseende märket Hal-o-tron. Bejaro Product ansökte om den andra registreringen först ett år efter överlåtelseavtalet. Ingen av registreringarna skulle därmed ha omfattats av överlåtelseavtalet. Tingsrätten avvisade för det första, bland annat med hänvisning till att det saknas förbud mot talan om bättre rätt i varumärkeslagen, invändningen om rättegångshinder. Tingsrätten framhöll för det andra att överlåtelseavtalet måste anses ha omfattat all rätt till varumärket Halotron, inbegripet rätten att registrera något varumärke som kan sättas i samband med detta. Även det varumärke som var resultatet av den ansökan som Bejaro Product inlämnat efter överlåtelseavtalet skulle därmed anses omfattas av detta avtal. Avgörande för om Ampac skulle ges bättre rätt var dock enligt tingsrätten om Bejaro Brandskydd kunde anses ha varit i ond tro om Ampacs rätt. Detta eftersom Ampac, enligt tingsrätten, inte hade skaffat sig en självständig varumärkesrätt som skulle ha gjort det möjligt för Ampac att förhindra en tredje man som inte härledde sin rätt från Bejaro Product att skaffa sig skydd till det av Ampac förvärvade varumärket. Hovrätten gick inte in i detalj i denna fråga utan konstaterade som sagt endast att god eller ond tro inte skulle anses ha någon betydelse. Under premissen att Ampac inte skulle ha haft möjlighet att förhindra en tredje man som inte härledde sin rätt från Bejaro Product från att skaffa sig skydd till varumärket, kan detta konstaterande framstå som aningen märkligt. Vad hovrätten gör skulle med en sådan utgångspunkt kunna beskrivas som skapandet av en ny egendomskategori i meningens tredjemansskydd för ej immaterialrättsligt skyddade varumärken. Jfr Lindskogs särskilda yttrande i NJA 2009 s 695 ovan i avsnitt 13.1.5.

Inflytandet från den lösning som tillämpas för lösa saker har alltså sannolikt varit stort och påverkat framväxten av en prioritetsprincip även för dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter. Därmed inte sagt att alternativa lösningar överhuvudtaget inte har diskuterats. Även om prioritetsprincipens ställning framstår som stark, så har det förts fram alternativa förslag på hur dubbelförfogandekonflikten skulle kunna hanteras. Gemensamt för dessa förslag är att de utnyttjar de immateriella rättigheternas icke-exklusiva natur för att åstadkomma lösningar som baseras på olika typer av samutnyttjande.

### **16.3.2 En lösning baserad på samutnyttjande**

Det har föreslagits att det, åtminstone i vissa fall, kan vara lämpligt att lösa dubbelförfogandekonflikten på ett sätt som tar hänsyn till att immaterialrätter saknar fysisk existens och att samutnyttjande därför av naturliga skäl är en tänkbar lösning.<sup>665</sup> De immateriella rättigheternas icke-exklusiva natur medför alltså att den enes utnyttjande i princip inte hindrar den andres (eller för den delen den tredjes eller fjärdes och så vidare...). Det är därmed fullt möjligt att lösa dubbelförfogandekonflikten genom att ge båda förvärvarna rätt att utnyttja rättigheten. Förvärvarna får sedan kräva ersättning av säljaren.

---

<sup>665</sup> Se Bernitz 1959, s. 41ff.; Hessler 1973, s. 231f.; Martinson 2006, s. 22-23 samt Martinson 2010; Rodhe 1985, s. 58; Rosén 2006, s. 84-85; SOU 1958:10, s. 323; SOU1965:14, s. 70ff.

I den mån tanken har motiverats förefaller det bakomliggande motivet till den här typen av lösningar vara en strävan att motverka värdeförstöring.<sup>666</sup> Det är lätt att föreställa sig de ingripande konsekvenser som kan bli resultatet av att en senare förvärvare som har börjat utnyttja en rättighet fränkänns denna med hänvisning till ett tidigare förvärv. Den senare förvärvarens hela verksamhet kan bygga på utnyttjandet av rättigheten. Resultatet av en ren prioritetsprincip kan följaktligen bli en omfattande kapitalförstöring. Problemet i detta sammanhang är givetvis att bedöma vilken lösning som ger långsiktigt optimala resultat. Bara för att stora investeringar har lagts ned i utnyttjandet av rättigheten är det inte säkert att den senare förvärvaren är den som i längden mest effektivt kan utnyttja rättigheten.<sup>667</sup> Det är inte heller så att prioritetsprincipens förespråkare överhuvudtaget inte har ägnat dessa frågor någon som helst uppmärksamhet. Tvärtom så motiveras även prioritetsprincipen av ändamålsskäl.

### 16.3.3 Ändamålsskäl bakom prioritetsprincipen

Även om principen om "äldst rätt vinner" och 1 kap. 5 § handelsbalken kan antas ha påverkat diskussionen kring dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter, så är den prioritetsbaserade lösningen inte enbart ett resultat av en "mekanisk" överföring av lösningen för lösa saker till det immaterialrättsliga området. För det första motiveras prioritetsprincipen med att den förste köparen inte kan skydda sig mot senare förvärvare:

"Regeln torde förklaras av att den förste förvärvaren av en immaterialrätt kan varken registrera sitt förvärv eller denuntiera någon eller ta immaterialrätten i sin besittning; han måste då få skydd redan genom avtalet."<sup>668</sup>

Prioritetsprincipen har också motiverats med den centrala betydelse som full exklusivitet ofta har i dessa sammanhang:

"Prioritetsprincipen tillämpas även när det i princip skulle ha varit möjligt att låta två rättigheter samexistera, t.ex. att två exklusiva licenstagare skulle tvingas acceptera att dela på marknaden. Den senare lösningen har ansetts vara olämplig, eftersom exklusiviteten är så central för licenstagarna. I stället blir den först upplåtna exklusiva licensen gällande och den senare licenstagaren måste söka skadestånd av upplåtaren."<sup>669</sup>

---

<sup>666</sup> Se, väldigt tydlig på denna punkt, Martinson 2006, s. 22-23 samt Martinson 2010. Se även Rosén 2006, s. 84-85.

<sup>667</sup> Se vidare avsnitt 16.4 om obehörigt förfogande.

<sup>668</sup> Se Håstad 1996, s. 87.

<sup>669</sup> Se Domeij 2003, s. 217. Som synes visserligen om upplåtelser. Principen anses dock vara densamma vid såväl överlåtelse som upplåtelse och betydelsen av exklusivitet kan nog knappast antas vara mindre för den typiske immaterialrättsförvärvaren än för den typiske immaterialrättslicenstagaren. Se även Rosén 2006, s. 84-85 samt SOU 2001:26, s. 203 där prioritetsprincipen framhålls som en grundläggande princip inom immaterialrätten. Dubbel-förfogandeliknande immaterialrättsliga konflikter löses också mycket riktigt ofta i enlighet med

Tanken förefaller vara att det skall gå att lita på att det inte finns någon risk för att man som immaterialrättsförvärvare eller -licenstagare kan komma att bli tvungen att dela sitt utnyttjande med en senare förvärvare eller licenstagare. Problemet är bara att det i frånvaron av ett effektivt och pålitligt registreringsystem inte är möjligt att utesluta att man som immaterialrättsförvärvare eller -licenstagare kan komma att bli tvungen att dela sitt utnyttjande med, eller till och med förlora rättigheten till, en tidigare licenstagare eller förvärvare.

Prioritetsprincipen motiveras alltså dels med omsorgen om den förste köparen och dels med att exklusiviteten vanligtvis är så betydelsefull att lösningar baserade på samutnyttjande inte är meningsfulla. Det är dock mycket som talar för att en avtalsbaserad prioritetsprincip är en ganska långt ifrån optimal lösning. Dubbelförfogandeproblematiken skulle sannolikt kunna lösas bättre med hjälp av ett effektivt registreringsystem. Om det sakrättsliga skyddet knyts till registrering av förvärvet skulle risken för värdeförstöring minska. Den som planerar att göra stora investeringar i utnyttjandet av en förvärvad rättighet har då tydliga incitament att registrera sitt förvärv.<sup>670</sup> I lagstiftningssammanhang har också diskussionen om införandet av en registreringsbaserad prioriteringsmöjlighet för senare förvärvare varit relativt omfattande. En sådan lösning har emellertid hittills alltid avvisats med hänvisning till att de förväntade fördelarna sannolikt inte uppväger de kostnader som ett sådant system kan antas medföra.

#### **16.3.4 Diskussionen om en registreringsbaserad prioriteringsmöjlighet**

En registreringslösning föreslogs första gången i 1958 års förslag till ny varumärkeslag (SOU 1958:10). Förslaget innebar att en oregistrerad överlåtelse, enligt 33 § 3 st. i förslaget, inte skulle kunna göras gällande mot en senare godtroende förvärvare av varumärket.<sup>671</sup> Förslaget avvisades i prop. 1960:167.<sup>672</sup> Motiveringen var att frågan om godtrosförvärv överhuvudtaget inte

---

en prioritetsprincip, se till exempel 7 § varumärkeslagen som reglerar konflikten mellan två förväxlingsbara varumärken. Det är emellertid också vanligt att lösningen på immaterialrättsliga konflikter föreskriver ett visst mått av delat utnyttjande. Det räcker med att gå vidare och titta i 8 och 9 §§ varumärkeslagen. Se också till exempel reglerna om överföring av patent samt mönster. Den som vid överföring av patent fränkänns rättigheten har enligt 53 § 2 st. patentlagen rätt att mot skäligt vederlag fortsätta utnyttja rättigheten, förutsatt att nyttjandet redan påbörjats i god tro innan fränkännandet. Motsvarande regel återfinns i 32 § 2 st. mönsterskyddslagen.

<sup>670</sup> Det kan visserligen finnas fall där förvärvaren inte vill skylta med sitt förvärv. Det är emellertid svårt att se att dessa förvärvares behov skulle kunna tillgodoses inom ramen för ett registersystem med sakrättslig verkan. Det är kanske också tveksamt om sekretessintresset alla gånger verkligen är skyddsvärt. Det får antagligen lämnas till förvärvaren själv att väga intresset av sekretess mot intresset av skydd mot konkurrerande förvärvare.

<sup>671</sup> Se SOU 1958:10, s. 19 och 323. Såsom advokatsamfundet (kritiskt) noterade i sitt remissvar (se prop. 1960:167, s. 165-166) är det här faktiskt fråga om en variant av "yngst rätt vinner", enligt förslagets lydelse slår oregistrerad godtroende senare förvärvare ut tidigare oregistrerad förvärvare.

<sup>672</sup> Se prop. 1960:167, s. 167.



är reglerad inom immaterialrätten och att frågan sannolikt är av mindre betydelse inom varumärkesrätten. Godtrosvärvsfrågan borde därför istället behandlas i samband med den vid tidpunkten förestående revisionen av patenträtten. I samband med denna revision fördes samma typ av förslag fram i 1963 års gemensamma nordiska betänkande om patentlagstiftningen (NU 1963:6). Den patentförvärvare som i god tro först anmält sitt förvärv till registrering skulle alltså, enligt 39 § 3 st. i förslaget, skyddas mot konkurrerande förvärvare.<sup>673</sup> I motiveringen till förslaget konstaterades det i och för sig inledningsvis att en tidigare oregistrerad förvärvare visserligen i högre utsträckning kan antas ha inrättat sig efter förvärvet och därför också typiskt sett riskerar en större förlust vid ett fränkännande av rättigheten. Mot detta framhölls emellertid från de svenska, finska och norska kommittéledamöterna att den förste förvärvaren inte hade gjort vad denne kunnat för att upplysa en senare förvärvare om att överlåtaren inte längre var behörig att förfoga över patentet.<sup>674</sup> Det framhölls också att den förste förvärvaren genom att inte registrera sitt förvärv utsatt sig för en risk för andra rättsförluster. Till exempel skulle problem med att försvara patentet mot olika typer av angrepp kunna uppkomma, exempelvis vid krav på tvångslicens eller ogiltighetstalan riktad mot patentet.<sup>675</sup> Risken att bli av med rättigheten till en senare förvärvare som i god tro registrerat förvärvet kunde därmed ses som endast ytterligare en av många risker som den som väljer att inte registrera sitt förvärv utsätter sig för. En möjlighet för en senare godtroende förvärvare att genom registrering erhålla prioritet framför en tidigare förvärvare skapade alltså enligt detta synsätt knappast en särskilt mycket högre grad av osäkerhet.

De danska ledamöterna menade däremot att en regel om sakrättsligt skydd genom registrering i god tro för den senare förvärvaren faktiskt riskerade att medföra en ökad osäkerhet. Enligt förslaget skulle registreringen endast medföra en begränsad materiell verkan. Den föreslagna regeln gav en senare förvärvare prioritet endast i förhållande till en tidigare förvärvare som förvärvat rättigheten genom avtal. Gentemot andra typer av förvärv, till exempel tvångslicens, utmätning och så vidare, gavs enligt förslaget ingen möjlighet till exstinktivt förvärv. Inte heller skulle det ha varit möjligt att genom exstinktivt förvärv utsläcka andra rättigheter, såsom panträtt, i patentet. Den godtroende förvärvaren skulle alltså, trots registrering, varken vara skyddad mot att rättigheten tidigare övergått på annat sätt än genom avtal eller mot olika typer av belastningar.<sup>676</sup>

---

<sup>673</sup> Se NU 1963:6, s. 41 och 287ff.

<sup>674</sup> Se NU 1963:6, s. 290.

<sup>675</sup> Registrering i patentregistret (numera i enlighet med 44 § 4 st. patentlagen) ansågs även vid denna tid ha så kallad passivt saklegitimerande verkan (det vill säga att talan som gäller patentet alltid skall kunna riktas mot den registrerade innehavaren).

<sup>676</sup> Se NU 1963:6, s. 290.

Trots de svenska ledamöternas positiva inställning till en registreringsbaserad prioriteringsmöjlighet för den senare förvärvaren avvisades registreringslösningen återigen, denna gång i prop. 1966:40. Avvisandet motiverades med att frågan om "i vilken utsträckning och under vilka förutsättningar godtrosförvärv bör erkännas inom patenträtten är komplicerad och synes böra lösas i ett större sammanhang".<sup>677</sup> Frågan hänvisades därför till den då pågående översynen av reglerna om godtrosförvärv av lösöre. Denna process ledde emellertid aldrig till några regler på det immaterialrättsliga området. Förslaget om att en förvärvare som i god tro anmält sitt förvärv till registrering skall vara skyddad mot konkurrerande förvärvare upprepades några år senare av Patentpolicykommittén (SOU 1976:24-25).<sup>678</sup> Förslaget avvisades i den följande propositionen (prop. 1977/78:1 Del A) med följande argument: (i) "om en sådan reglering skall införas, torde det sålunda bli nödvändigt att göra den väsentligt mera omfattande och detaljerad än vad kommittén har föreslagit", (ii) "tillämpningen av en sådan detaljerad reglering skulle medföra åtskilligt merarbete för både näringslivet och patentverket", (iii) "dessutom kommer registret ändå att vara ofullständigt så länge endast upplåtelser genom avtal registreras med sakrättslig verkan", (iv) det kan [...] "finnas skäl att anta att förvärvare i många fall inte anser registrering önskvärd" samt, (v), "ett ofullständigt register som tilläggs viss sakrättslig verkan kan vilseleda allmänheten om rättsläget."<sup>679</sup> Tanken att skapa ett register med sakrättslig verkan avvisades slutligen även i motiven till 12 kapitlet patentlagen (prop. 1987/88:4), framförallt med argumentet att ett införandet av ett sådant register skulle innebära en i sammanhanget alltför genomgripande åtgärd.<sup>680</sup>

Om vi då slutligen gör en internationell utblick, så står det klart att även dubbelöverlåtelsekonflikten hanteras på olika sätt i olika jurisdiktioner. Värt att notera är särskilt att våra nordiska grannländer Norge och Finland har fungerande register med sakrättslig verkan.

### **16.3.5 Även dubbelförfogandekonflikten regleras på olika sätt i olika jurisdiktioner**

Det som framstår som särskilt intressant vid en internationell utblick är att registrering i befintliga immaterialrättsregister på flera håll tillmäts sakrättslig effekt i dubbelöverlåtelsehänseende. I *Norge* har den typ av registreringsbaserade lösningar som har avvisats i Sverige införts i patentlagen och mönsterskyddslagen. Enligt 44 § 5 st. i den norska patentlagen skall en patentförvärvare som i god tro har registrerat sitt förvärv prioriteras framför

---

<sup>677</sup> Se prop. 1966:40, s. 165.

<sup>678</sup> Se SOU 1976:24-25, s. 249.

<sup>679</sup> Se prop. 1977/78:1 Del A, s. 247f.

<sup>680</sup> Se prop. 1988/87:4, s. 43-44.

icke registrerade förvärvare.<sup>681</sup> Enligt 54 § 4 st. norska mönsterskyddslagen skall en senare förvärvaren prioriteras om hon i god tro först registrerar sitt förvärv.<sup>682</sup> I norska varumärkeslagen finns ingen regel som syftar till att reglera dubbelöverlåtelsekonflikten. Vid dubbelöverlåtelse av varumärke anses därför den förste förvärvaren bli skyddad mot konkurrerande förvärv redan genom avtalet.<sup>683</sup> Detsamma förefaller anses gälla vid dubbelöverlåtelse av upphovsrätt.<sup>684</sup> I *Finland* förefaller den dominerande uppfattningen vara att det, med ett undantag, krävs registrering för att förvärvare av immaterialrätt skall uppnå skydd mot tidigare konkurrerande förvärvare.<sup>685</sup> Undantaget utgörs av upphovsrätt där förvärvaren anses uppnå skydd mot konkurrerande förvärvare redan genom avtalet.<sup>686</sup> I *Danmark* anses den förste förvärvaren få skydd mot konkurrerande förvärv redan genom avtalet.<sup>687</sup>

I *Tyskland* anses avtalsprincipen reglera även dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter. Den tidigare förvärvaren skall alltså prioriteras.<sup>688</sup> I *Österrike* skiljer sig kraven åt för olika immateriella rättigheter. Exempelvis måste överlåtelse av patent registreras för att förvärvaren skall uppnå skydd mot konkurrerande förvärvare medan upphovsrättsförvärvare anses uppnå sådant skydd redan genom avtalet.<sup>689</sup> Även i *Frankrike* finner vi olika lösningar för olika immateriella rättigheter. Vid överlåtelse av exempelvis patent förefaller det krävas registrering i patentregistret för att förvärvaren skall uppnå skydd

---

<sup>681</sup> Se 44 § 5 st. norska patentlagen som lyder: "Frivillig overdragelse av patent eller meddelelse av lisens som er blitt anmeldt til registrering, går i kollisjonstilfelle foran overdragelse eller meddelelse av lisens som ikke er eller først senere er anmeldt til registrering, dersom vedkommende rettighetshaver ved anmeldelsen var i god tro." (Se <http://www.lovdato.no/all/hl-19671215-009.html#44>.) Värt att notera är att regeln kan läsas som att utgångspunkten skall vara att "yngst rätt vinner". Den förste förvärvarens möjlighet att vinna konflikten genom registrering i god tro framstår som ett undantag från denna huvudregel. Jfr även ovan 33 § 3 st. förslaget till ny varumärkeslag i SOU 1958:10.

<sup>682</sup> 54 § 4 st. norska mönsterskyddslagen lyder: "Er en designregistrering overdratt frivillig til flere, går den yngre retten i kollisjonstilfelle foran den eldre hvis den blir innmeldt for innføring i designregistret først, forutsatt at rettighetshaveren var i god tro ved innmeldingen. Det samme gjelder ved kollisjon mellom lisenser." (Se <http://www.lovdato.no/all/hl-20030314-015.html?epslanguage=NO#54>.)

<sup>683</sup> Se Lutnæs 2006, s. 3; Lilleholt 1999, s. 94.

<sup>684</sup> Se Lutnæs 2006, s. 4; Lilleholt 1999, s. 94

<sup>685</sup> Se Salomaa, Aalto, Aalto-Setälä, Harenko, Oesch, Sund-Norrgard & Weckman 2006, s. 1. Enligt 44 § 4 st. finska patentlagen (se <http://www.prh.fi/sv/patentit/lainsaadanto/patenttilaki.html#6l>) kan senare godtroende förvärvare uppnå skydd mot konkurrerande anspråk genom att först registrera sitt förvärv: "Har någon hos patentmyndigheten begärt att anteckning göres i registret om att patent överlåtits till honom eller att han förvärvat licens eller panträtt, och var han därvid i god tro beträffande sin rätt, är tidigare överlåtelse av patentet, eller upplåtelse av rätt därtill till annan icke gällande mot honom, om den andre icke därförinnan begärt anteckning om sitt förvärv."

<sup>686</sup> Se a.a.

<sup>687</sup> Se Blomqvist 1986, s. 76-77 (dock med vissa förbehåll); Schmidt & Rygaard 2006, s. 1-2.

<sup>688</sup> Se Mc Guire 2008, s. 223-224.

<sup>689</sup> Se Mc Guire 2008, s. 220-222. 43 § 1 st. österrikiska patentlagen lyder: "A patent right (Section 33), a lien and other rights *in rem* relating to a patent shall be acquired by entry in the Patent Register and shall be binding on third parties." (Se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=138](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=138).)

mot senare godtroende förvärvare.<sup>690</sup> Upphovsrättsförvärvare förefaller anses vara skyddad redan genom avtalet.<sup>691</sup>

Inte heller i *England* förefaller det vara möjligt att uttala sig generellt om hur dubbelöverlåtelsekonflikten skall hanteras. Patentförvärvare måste exempelvis registrera sitt förvärv för att uppnå skydd mot konkurrerande förvärvare.<sup>692</sup> Förvärvare av upphovsrätt anses bli skyddad redan genom avtalet.<sup>693</sup>

Även i USA anses upphovsrättsförvärvaren uppnå skydd mot konkurrerande förvärvare redan genom avtalet.<sup>694</sup> Förvärvare av patent och varumärke uppnår däremot skydd mot senare godtroende förvärvare först genom registrering.<sup>695</sup>

### 16.3.6 Sammanfattningsvis om synen på dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter

Sammanfattningsvis om synen på dubbelöverlåtelse av immateriella rättigheter både i ett svenskt och i ett internationellt perspektiv kan sägas att även om lösningar baserade på samutnyttjande har föreslagits, så är den dominerande uppfattningen att dubbelförfogandekonflikten i första hand skall lösas i enlighet med en prioritetsprincip. Med en sådan lösning tillfaller den immateriella rättigheten i sin helhet antingen köpare nummer ett eller köpare nummer två. Olika varianter av den senare lösningen är förvånansvärt vanligt förekommande i ett internationellt perspektiv. Inom ramen för de registreringsbaserade system

---

<sup>690</sup> I art. 613-9 i den franska lagen om intellektuell äganderätt (Code de la propriété intellectuelle (No. 92-597)) stadgas följande om tredjemansskyddet vid överlåtelse av patent: "To have effect against others, all acts assigning or modifying rights deriving from a patent application or a patent must be entered in a register, known as the National Patent Register, kept by the National Institute of Industrial Property. However, an act may have effect, prior to entry, against parties who have acquired rights after the date of such act, but who had knowledge of the act when acquiring the rights." (Se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=1613](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=1613).) Återigen är det fråga om en variant av "yngst rätt vinner". Den förste oregistrerade förvärvaren slår ut senare förvärvare endast om denne är i ond tro.

<sup>691</sup> Se AIPPI Q 190 – France, s. 11.

<sup>692</sup> Se 33 § 1 st. engelska patentlagen (Patents Act 1977) som lyder: "Any person who claims to have acquired the property in a patent or application for a patent by virtue of any transaction, instrument or event to which this section applies shall be entitled as against any other person who claims to have acquired that property by virtue of an earlier transaction, instrument or event to which this section applies if, at the time of the later transaction, instrument or event: (a) the earlier transaction, instrument or event was not registered, or (b) in the case of any application which has not been published, notice of the earlier transaction, instrument or event had not been given to the comptroller, and (c) in any case, the person claiming under the later transaction, instrument or event, did not know of the earlier transaction, instrument or event." (Se [http://www.wipo.int/clea/en/text\\_html.jsp?lang=EN&id=1623](http://www.wipo.int/clea/en/text_html.jsp?lang=EN&id=1623).) Återigen en variant av "yngst rätt vinner". Utgångspunkten är att en senare godtroende förvärvarens anspråk prioriteras om inte den förste förvärvaren har registrerat sitt anspråk.

<sup>693</sup> Se Chalkley, Cook, Gare, Gaythwaite, Harrison, MacFarlane, & Morgan 2006, s. 1-2.

<sup>694</sup> Se Einhorn 2006, s. 2-3.

<sup>695</sup> § 261 st. 4 i den amerikanska patentlagen (35 USC) lyder: "An assignment, grant, or conveyance shall be void as against any subsequent purchaser or mortgagee for a valuable consideration, without notice, unless it is recorded in the Patent and Trademark Office within three months from its date or prior to the date of such subsequent purchase or mortgage." Även i USA finner vi alltså en variant av "yngst rätt vinner". Se vidare Einhorn 2006, s. 2.

som på sina håll förekommer i utlandet kan en prioritetsprincip kanske också te sig relativt oproblematiske.

Det är framförallt i frånvaron av ett tillförlitligt register med sakrättslig verkan som värdeförstörsaspekterna av en binär lösning riskerar att bli verkligt akuta. Särskilt allvarliga kan konsekvenserna bli om det som i TDA:s och I-Capitals fall är fråga om sammansatta och komplexa intellektuella resurser där flera olika immateriella rättigheter samspelar i den värdeskapande processen. Det finns till exempel ingen möjlighet för TDA och I-Capital att helt försäkra sig om att de rättigheter som TDA har förvärvat inte tidigare har överlåtits till en konkurrerande förvärvare som med hänvisning till prioritetsprincipen skulle vinna konflikten med TDA. Skulle det vara fråga om exempelvis ett centralt P-OLED patent kan förutsättningarna att effektivt utnyttja teknologin i dess helhet allvarligt försämrats. I värsta fall omöjliggörs utnyttjandet helt och hållet. Att lösa en konflikt av detta slag på annat sätt än genom tillämpning av prioritetsprincipen kan givetvis vara lockande.

Även om det alltså inte är svårt att föreställa sig situationer där det kan tyckas föreligga starka skäl för exempelvis lösningar baserade på samutnyttjande, så är det som sagt i de allra flesta fall sannolikt omöjligt att med säkerhet uttala sig om vad som utgör en optimal lösning. Som vi kommer att se i följande avsnitt är det dock möjligt att detta inte bör avskräcka oss från att avvika från prioritetsprincipen i de fall detta framstår som lämpligast mot bakgrund av de fakta som trots allt finns tillgängliga. Mot bakgrund av de mycket stora investeringar det ofta är fråga om i dessa sammanhang framstår hursomhelst frånvaron av ett tillförlitligt register med sakrättslig verkan sannolikt som ett problem för TDA och I-Capital. Att resurserna som helhet är just sammansatta och komplexa kan som sagt dessutom ytterligare antas öka behovet av ett register. Ett registersystem skulle minska risken för att en sammansatt och komplex resursmassa som P-OLED teknologin splittras till följd av till exempel en dubbelöverlåtelse i ett tidigare led. Ett registersystem skulle därmed även öka aktörernas möjligheter att bygga upp fungerande och pålitliga resurspaket. Behovet av ett register med sakrättslig verkan framstår även som stort när man, som vi skall göra i följande avsnitt, tittar närmare på de risker som överlåtarens eventuella avsaknad av ett giltigt anspråk utsätter förvärvaren för.

#### ***16.4 Överlåtaren saknar ett giltigt anspråk – Obehörigt förfogande***

Det kan givetvis hända att en immateriell rättighet överläts av någon som egentligen saknar ett giltigt anspråk på rättigheten. Man kan i dessa fall tala om ett obehörigt förfogande. För TDA och I-Capital är frågan intressant eftersom delar av TDA:s resurser består av förvärvade patent och att risken för att överlåtaren av någon anledning saknade giltigt anspråk inte helt kan uteslutas.

Överlåtarens avsaknad av giltigt anspråk kan ha flera orsaker. Överlåtaren kan exempelvis ha varit en bedragare. Det kan emellertid också vara så att det visar sig att exempelvis ett patent har meddelats fel uppfinnare och att den rätte uppfinnaren därmed har rätt att få patentet överfört på sig.<sup>696</sup> I ett sådant fall uppkommer frågan om förvärvaren på något sätt kan göra ett godtrosförvärv och därigenom uppnå prioritet i förhållande till den som uppenbarligen har bättre rätt än överlåtaren. Svaret, som det brukar ges, är enkelt: Det är inte möjligt att godtrosförvärva immateriella rättigheter.<sup>697</sup>

#### **16.4.1 Godtrosförvärv av immateriella rättigheter anses inte vara möjligt**

Det har för det första framhållits att godtrosförvärvslagen inte gäller andra slag av lös egendom än lösa saker.<sup>698</sup> Eftersom det för immateriella rättigheter (med undantag av 98 § patentlagen respektive 34 e § varumärkeslagen som anger att godtrosförvärv av panträtt i patent respektive varumärke inte kan ske) saknas specialreglering, så anses godtrosförvärv inte vara möjligt.

Vid överföring av företagshemligheter finns en regel som har beskrivits som en godtrosförvärvsregel.<sup>699</sup> Enligt 2 § 3 st. företagshemlighetslagen skall den som utnyttjar eller röjer företagshemlighet som hon har fått del av i god tro inte anses ha genomfört ett obehörigt angrepp på företagshemligheten. Den ovannämnda förärvrätt som den får som i god tro har utnyttjat ett patent eller ett mönster, som senare överförs i enlighet med patentlagens eller mönsterskyddslagens regler om bättre rätt, skulle på motsvarande sätt kunna beskrivas som godtrosförvärv av licens.

Avsaknaden av en möjlighet att godtrosförvärva immateriella rättigheter har vidare motiverats med att det saknas ett legitimationsgrundande moment (likt överlåtarens besittning vid godtrosförvärv av lösa saker) som godtrosförvärvet skulle kunna knytas till. Det anses därför inte vara möjligt att utforma en väl avgränsad och balanserad regel om godtrosförvärv av immateriella rättigheter.<sup>700</sup> En möjlighet att godtrosförvärva immateriella rättigheter skulle

---

<sup>696</sup> I enlighet med en talan om bättre rätt till patent enligt 53 § patentlagen. Värt att notera kan vara att den som fränkänns ett patent som hon i god tro har påbörjat utnyttjandet av tillerkänns en begränsad utnyttjanderätt. (Se 53 § 2 st. patentlagen.) Denna rätt får överlätas endast tillsammans med rörelse som den utnyttjas i. Även patentansökan kan överföras till den som visar bättre rätt till uppfinningen, 18 § patentlagen. Regler om överföring av mönster finns i 32 § mönsterskyddslagen. Ansökan om mönster kan överföras enligt 16 och 17 §§ mönsterskyddslagen. Även den som har påbörjat ett utnyttjande av mönsterrätt som sedan fränkänns henne har rätt till ett begränsat fortsatt utnyttjande. Varumärkeskommittén har föreslagit att regler om överföring av ansökan om registrering av varumärke införs. (Se SOU 2001:26, s. 203-207. Se även 2 kap. 21-22 §§ i förslaget till ny varumärkeslag i lagrådsremissen.)

<sup>697</sup> Se Domeij 2003, s. 217; Hessler 1973, s. 138; Håstad 1996, s. 77; Levin 2007, s. 472; Millqvist 2009, s. 68; Persson 1998, s. 175; Rosén 2006, s. 84; SOU 1985:10, s. 38; Undén 1915, s. 110.

<sup>698</sup> Se Håstad 1996, s. 77.

<sup>699</sup> Se Domeij 2003, s. 218.

<sup>700</sup> Tydligt uttryck för denna uppfattning ger Hessler som menar att det troligtvis skulle vara svårt att utforma en regel om invindikabilitet så att den inte blir alltför vidsträckt. Framförallt eftersom det skulle vara svårt att "finna något moment som, liksom besittningen vid lösöre och

följaktligen utsätta den rätte ägaren för alltför stora risker. Den rätte ägaren vinner, enligt denna uppfattning, därför alltid. Uppfattningen att godtrosförvärv av immateriell rättighet måste anses vara uteslutet framgick tydligt i NJA 2009 s 695:<sup>701</sup>

“En immaterialrätt kan inte vara föremål för godtrosförvärv, inte heller vid dubbelöverlåtelse. Vid en dubbelöverlåtelse anses således den förste förvärvaren ha bättre rätt till immaterialrätten även om den senare förvärvaren var i god tro vid sitt förvärv. Eftersom det inte finns något användbart sakrättsligt moment att tillgå, utan det sakrättsliga skyddet uppstår redan genom avtalet, blir prioriteten i tid avgörande för företrädesrätten vid dubbelöverlåtelse. (Se t.ex. Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 11 uppl. 2009, s. 295, Hessler, Allmän sakrätt, 1973, s. 231 f., Håstad, Sakrätt, 6 uppl. 1996, s. 77 och 83 och Walin, Panträtt, 2 uppl. 1998, s. 220 f., 266 och 269 samt beträffande formgivning prop. 1969:168 s. 182. Jfr också 1 kap. 5 § HB och 31 § andra stycket skuldebrevslagen angående tidsprioritet som utgångspunkt för företrädesrätten vid dubbelöverlåtelse.)”<sup>702</sup>

Att godtrosförvärv av immateriella rättigheter anses vara uteslutet framgår även av följande uttalande av patentbesvärsrätten:

”En grundläggande princip inom immaterialrätten är att den som har tidigaste rättsgrund för sitt anspråk har ett företräde i förhållande till andra som gör anspråk på samma rätt, jfr SOU 2001:26 s. 203. Av detta följer att immaterialrätter inte kan vara föremål för sakrättsligt skyddade godtrosförvärv, jfr Torgny Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., 1997 s. 77.”<sup>703</sup>

Det finns alltså ett i det närmaste kompakt motstånd mot godtrosförvärv av immateriella rättigheter. Liksom vid dubbelöverlåtelser är det dock lätt att föreställa sig de negativa konsekvenser som en total frånvaro av godtrosförvärvsmöjlighet kan leda till, i synnerhet i frånvaron av ett effektivt system för registrering av immaterialrättstransaktioner.

#### **16.4.2 En total frånvaro av godtrosförvärvsmöjlighet kan leda till negativa konsekvenser**

Regler om godtrosförvärv återfinns i många olika sammanhang och de har det gemensamt att de ofta motiveras med att de främjar omsättningens intresse. Godtrosförvärvet kan alltså sägas vara en konstruktion som i första hand syftar

---

lagfarten vid fastigheter, kunde sägas ägnat att skapa legitimation för en obehörigen disponerande”. (Se Hessler 1973, s. 138. Se även prop. 1987/88:4, s. 15 samt SOU 1985:10, s. 38.)

<sup>701</sup> Vilket som sagt enligt majoritetens synsätt handlade om dubbelöverlåtelse av formgivarrätt. Se vidare avsnitt 16.3.1.

<sup>702</sup> Se NJA 2009:68, s. 709 (NJA 2009 s 695).

<sup>703</sup> Se Patentbesvärsrätten 2002-10-15, mål nr 99-224.

till att "försäljningen inte hämmas av att konsumenter och andra tvekar att handla på grund av risken att förlora det köpta".<sup>704</sup> När det gäller förvärv av immateriella rättigheter har behovet av trygghet i omsättningen inte ansetts väga tillräckligt tungt för att motivera införandet av särskilda regler om godtrosvförvärv.

En total frånvaro av godtrosvförvärvsmöjligheter kan emellertid leda till stora förluster för en förvärvare som har oturen att förvärva immaterialrätten från någon som saknar ett giltigt anspråk. I synnerhet om förvärvaren har lagt ned stora investeringar i, och kanske till och med byggt hela sin verksamhet kring, utnyttjandet av rättigheten. Det är visserligen problematiskt att sätta lämpliga gränser för när en godtroende förvärvare skall prioriteras på bekostnad av den ursprungligen berättigade. Utan ett heltäckande och pålitligt system för registrering av innehav av immateriella rättigheter saknas det ett lämpligt moment att knyta överlåtarens legitimation till. En regel om godtrosvförvärv skulle därmed, som så många gånger har framhållits, riskera att bli allt för vidsträckt, men naturligtvis även godtycklig och oförutsebar. Mot denna generellt avvisande inställning till godtrosvförvärv av immateriella rättigheter står värdeförstörringsargumentet. Detta argument förstärks ytterligare av att intellektuella resurser i hög grad är unika, vilket medför att förvärvaren sannolikt mycket sällan kan ersätta sin förlust av resursen med en annan likadan eller likvärdig resurs. Samtidigt medför de immateriella rättigheternas icke-exklusiva natur att det på motsvarande sätt som vid dubbelöverlåtelse även i detta fall finns en möjlighet att lösa konflikten genom någon typ av samutnyttjande. Det är exempelvis möjligt att i vissa fall ge en godtroende förvärvare en rätt att (kanske mot ytterligare ersättning) utnyttja resursen vid sidan av den ursprunglige rättighetshavaren. Trots att prioritetsprincipen ofta framhålls som en grundläggande byggsten inom immaterialrätten är olika varianter av samutnyttjande, som redan nämnts ovan, inte ovanligt inom immaterialrätten.<sup>705</sup>

Icke-exklusiviteten gör det alltså möjligt att i den mån det uppfattas som lämpligt att en senare förvärvare på något sätt skall ges rätt att fortsätta nyttja rättigheten tillåta detta utan att det konkurrerande, och ursprungligen berättigade, subjektets intressen helt behöver ignoreras. Lösningen att i vissa fall faktiskt prioritera en godtroende förvärvare med hänvisning till värdeförstörringsargumentet skulle alltså kunna utgöra ett undantag som tillämpas efter en avvägning av intressena i det enskilda fallet. Problematiskt även i detta fall är att vi vanligtvis endast har små möjligheter att avgöra vad som i förlängningen kommer att leda till optimala resultat ur ett värdeskapandeperspektiv. Kommer den ursprunglige rättighetshavaren eller den godtroende förvärvaren att kunna skapa mest värde med hjälp av rättigheten? Hur mycket betyder full exklusivitet i det enskilda fallet? På frågor

---

<sup>704</sup> Se prop. 2002/03:17, s. 20.

<sup>705</sup> Se avsnitt 16.3.3.



av detta slag har vi knappast några säkra svar annat än i undantagsfall. Det vi i vissa fall dock kan veta är att en total frånvaro av godtroshärvärvsmöjligheter kan leda till en klar och tydlig värdeförstöring i avgränsade, specifika fall. Den som byggt sin verksamhet på utnyttjandet av ett patent kommer att få se denna verksamhet upphöra, de anställda kommer att förlora sina arbeten och så vidare. Möjligtvis är det så enkelt att det vi i sådana fall ser bör ges primat över det vi inte ser.

Godtroshärvärvsproblematiken är, avslutningsvis, liksom dubbelförfogande-problematiken, inte alls lika allvarlig i närvaron av ett effektivt registersystem för immaterialrättstransaktioner. Frågan om hur ett sådant system skulle kunna utformas är därmed även av detta skäl av stort intresse för TDA och I-Capital. För TDA och I-Capital framstår riskerna vid ett eventuellt obehörigt förfogande som precis lika allvarliga som de risker som kan uppstå till följd av en tidigare dubbelöverlåtelse. Frågan om hur ett sådant registersystem skulle kunna konstrueras i syfte att det skall kunna stödja transaktioner baserade på sammansatta intellektuella resurser kommer som sagt att behandlas i avhandlingens fjärde del. I följande avsnitt kommer synen på immaterialrättslicensers sakrättsliga ställning att behandlas.

## 17 Upplåtelse av immaterialrättslicens

I detta kapitel är utgångspunkten en transaktion där rättighetshavaren inte har för avsikt att helt och hållet sätta motparten i sitt ställe. Rättighetshavaren ger istället motparten tillstånd – licens – att under vissa förutsättningar nyttja rättigheten. Med andra ord avstår rättighetshavaren från att påtala intrång i rättigheten så länge licenstagarens nyttjande håller sig inom avtalets ramar. Det framhålls ofta att immaterialrättslicenser bör ses som en avtalstyp "sui generis".<sup>706</sup> I sakrättsliga och immaterialrättsliga sammanhang tenderar emellertid immaterialrättslicenser att hänföras till kategorin "upplåtelser" och "nyttjanderätt till lös egendom". Frågan är inledningsvis vad som anses krävas för att immaterialrättslicenstagaren, om överhuvudtaget möjligt, skall bli skyddad mot licensgivarens borgenärer. Frågan är av intresse för TDA och I-Capital inte bara för att den är relevant för analysen av det övergripande sak- och immaterialrättsliga mönstret, utan också för att delar av P-OLED resurspaketet utgörs av licensavtal där TDA står som licenstagare.

### 17.1 Licenstagarens ställning vid licensgivarens konkurs

Så som har framhållits flera gånger ovan är borgenärsskyddsfrågan i grunden en fråga om prioritet. När det gäller immaterialrättslicenser är detta kanske särskilt tydligt. Skall konkursförvaltaren ges rätt att sälja immaterialrätten utan förbehåll för licensrätten, det vill säga skall konkursborgenärerna prioriteras? Eller skall konkursförvaltaren vara skyldig att förbehålla licensrätten vid en försäljning av rättigheten, det vill säga skall licenstagaren prioriteras?

Klassificeringen av immaterialrättslicenser som nyttjanderätt till lös egendom har medfört att diskussionen om licenstagarens ställning vid licensgivarens konkurs har förts mot bakgrund av föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som endast en obligatorisk rättighet, det vill säga en rättighet som endast kan göras gällande mellan parterna. Vid nyttjanderätt till lös egendom har nyttjanderättshavaren traditionellt sett ansetts sakna möjlighet att göra sitt anspråk gällande såväl mot ägarens konkursborgenärer som mot förvärvare av hyresobjektet.<sup>707</sup> Föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som en svag sakrätt är emellertid under omprövning.

---

<sup>706</sup> Se till exempel Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 186; Domeij 2003, s. 18; Sandgren 1974, s. 116f.; Rodhe 1985, s. 554 n. 6.

<sup>707</sup> Se Håstad 1996, s. 431ff. med hänvisningar.

### 17.1.1 Föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som ett svagt sakrättsanspråk – under omprövning

Föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som endast en obligatorisk rättighet har sitt ursprung i gamla romerskrättsliga rättsuppfattningar.<sup>708</sup> Antalet sakrätter, rättigheter "in rem", var i den romerska rätten begränsade. Nyttjanderätten ansågs inte vara en rättighet "in rem" utan endast en obligatorisk rättighet. Som sådan ansågs den endast vara bindande mellan avtalsparterna. Det ansågs under lång tid även i Sverige vara viktigt att strikt upprätthålla skillnaden, det så kallade typtvånget, mellan rättigheter "in rem" – sakrätter – och obligatoriska rättigheter. Detta kanske framförallt av respekt för det unitulära, det vill säga det odelbara, äganderättsbegreppet.<sup>709</sup> En sakrätt ansågs kunna uppkomma endast genom överföring av hela äganderätten. I huvudsak ansågs detta ske i samband med köp.

Till saken hör också att hyra av lös egendom spelade en mindre framträdande roll i dåtidens ekonomi. Lösa saker, till exempel, hyrdes i allmänhet för kort tid och ersättningsegendom var i allmänhet lätt att införskaffa. I takt med att olika typer av hyra av lös egendom har blivit ett allt mer betydelsefullt inslag i ekonomin har den nedärvda föreställningen om nyttjanderätt till lös egendom som endast en obligatorisk rättighet kommit att uppfattas som allt mer problematisk. En total avsaknad av sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös egendom anses numera av många försätta nyttjanderättshavarna i en alltför ofördelaktig position.<sup>710</sup>

Den traditionella uppfattningens brister har ansetts vara särskilt tydliga i samband med finansiell leasing.<sup>711</sup> Vid finansiell leasing köps hyresobjektet av ett finansbolag som sedan hyr ut objektet till hyrestagaren. Avtalet löper oftast på en basperiod om tre till åtta år och hyran betalas ofta i enlighet med en degressiv trappa. Under basperioden betalas en förhållandevis hög hyra som beräknas så att den skall överstiga objektets värdeminskning. Tanken är nämligen ofta att hyrestagaren skall ha möjlighet att vid hyrestidens slut köpa ut objektet för ett belopp som är lägre än marknadsvärdet. Finansiell leasing liknar alltså ofta avbetalningsköp. Alternativt kan hyrestagaren fortsätta hyra objektet. Hyresbeloppens storlek understiger då vanligtvis marknadshyran för ett motsvarande objekt som tidigare inte leasats. Går uthyraren i konkurs under de första åren kan hyrestagaren alltså göra en rejäl förlust i det fall borgenärsskydd saknas, de investeringar som har gjorts i hyresobjektet riskerar att bli värdelösa.

---

<sup>708</sup> Se till exempel Tiberg 1964, s 497ff.

<sup>709</sup> Se Tiberg 1964, s. 501.

<sup>710</sup> Håstad 1996, s. 435 framhåller att: "I doktrinen synes nu de flesta vara positiva till en förutsättningslös omprövning av nyttjanderättens sakrättsliga ställning. Nyanserna gäller främst frågan om tillerkännandet av sakrättsligt skydd är möjligt i rättspraxis eller om lagstiftning krävs." Håstad framhåller vidare att han för egen del inte ser något principiellt hinder "mot att ett generellt sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös egendom skulle kunna införas av domstolarna". (Se a.a., s. 437.)

<sup>711</sup> Om finansiell leasing, se särskilt Millqvist 1986; Möller 1996; SOU 1994:120.

Fråga är alltså återigen om ett värdeförstörelingsargument. Den här typen av argument har också varit framträdande i diskussionen om immaterialrättslicenstagarnas sakrättsliga ställning. Även uppfattningen om immaterialrättslicensanspråk som svaga sakrättsanspråk håller nämligen på att förändras, eller är i varje fall satt under förändringstryck. Uppfattningen att immaterialrättslicenstagare bör ges borgenärsskydd är som sagt numera mycket vanlig.<sup>712</sup>

### **17.1.2 Enligt den dominerande uppfattningen bör immaterialrättslicenstagare ges borgenärsskydd**

Enligt den dominerande uppfattningen bör immaterialrättslicenstagare ges borgenärsskydd.<sup>713</sup> Lösningen motiveras i huvudsak med två olika argument. För det första anses avsaknad av borgenärsskydd riskera att leda till värdeförstöring. För det andra betraktas immaterialrättslicenstagarens borgenärsskydd som en sakrättsystematisk nödvändighet.

Värdeförstörelingsargumentet är i grunden detsamma som vi har stött på ovan i samband med diskussionen om borgenärsskydd, dubbelförfogande och obehörigt förfogande vid överlåtelse av immateriell rättighet.<sup>714</sup> Stora investeringar kan ha lagts ned i utnyttjandet av en immaterialrättslicens. Dessa investeringar riskerar att bli värdelösa om licenstagaren inte ges borgenärsskydd. Värdeförstörelingsaspekten framstår möjligtvis till och med som särskilt tydlig i licenssammanhang. Det är inte ovanligt att en hel verksamhet bygger på utnyttjandet av en (vanligtvis unik) immaterialrättslicens och att mycket stora investeringar därmed kan ha gjorts i utnyttjandet. Den verksamhet som en licens utnyttjas kan också ha stor betydelse för ett ibland mycket stort antal anställda samt för andra verksamheter och så vidare. Det är inte svårt att föreställa sig konsekvenserna av att en sådan licenstagare förlorar möjligheten att utnyttja rättigheten i samband med licensgivarens konkurs.

Värdeförstörelingsargumentet kan för övrigt användas för att argumentera även för motsatt lösning.<sup>715</sup> I vissa fall kan en egentligen obetydlig licens medföra att grundrättighetens värde blir

---

<sup>712</sup> För att borgenärsskyddsfrågan överhuvudtaget skall bli intressant att diskutera måste den immateriella grundrättigheten givetvis ingå i licensgivarens konkurs. Om detta inte är fallet uppkommer ingen borgenärsskyddskonflikt. Problematiken är i princip densamma som vid förvärv av immateriell rättighet. Se avsnitt 16.1.1.

<sup>713</sup> Se Domeij 2003, s. 226-227; Håstad 2004, s. 38 (tillägg till Håstad 1996, s. 434); Hessler 1973, s. 344; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Möller 1988, s. 656-658; Möller 1996, s. 148f.; Möller 1997, s. 28-29; Rodhe 1985, s. 580 jfrt med s. 553 (se dock även s. 596 jfrt med s. 554, n. 6, vilket kan läsas som uttryck för motsatt uppfattning); SOU 1974:55, s. 222; SOU 1994:120, s. 189f.; Prop. 1987/88:4, s. 18-19; SOU 1985:10, s. 44; Walin 1975, s. 46. Jfr Millqvist 2002, s. 54-55 och s. 59 som med hänvisning till den traditionella uppfattningen om nyttjanderätt till lös egendom som endast en obligatorisk rättighet menar att borgenärsskydd är "högst tveksamt".

<sup>714</sup> För värdeförstörelingsargumentation avseende immaterialrättslicenser, se Möller 1988, s. 657-658; SOU 1985:10, s. 97-98; SOU 1958:10, s. 324f.; SOU 1973:22, s. 237f.

<sup>715</sup> Något som påpekas av Arbrandt, Edlund, Forsgren, Jensen & Westerberg 2006, s. 5.

väsentligt lägre. Borgenärsskydd för en licenstagare skulle också i vissa fall kunna tänkas medföra att grundrättigheten inte kan utnyttjas på effektivast möjliga sätt. I den här typen av fall skulle det, mot bakgrund av ett värdeförstöringstänkande, kunna framstå som lämpligt att prioritera konkursboet framför licenstagaren.

Det sakrättssystematiska argumentet tar sin utgångspunkt i 101 § 2 st., 102 § 2 st. och 103 § 2 st. patentlagen (och motsvarande regler i andra styckena i 34 h-j §§ varumärkeslagen). Enligt dessa stadganden har licenstagare skydd mot senare panthavare i rättigheten. Licenstagarens anspråk skall alltså stå sig mot den som förvärvar den pantsatta rättigheten i samband med utmätning, konkurs eller pantrealisation i övrigt. Därmed anses licenstagaren också med nödvändighet vara skyddad även gentemot licensgivarens övriga borgenärer samt andra förvärvare av rättigheten.<sup>716</sup> Förmånsrättsordningen skulle annars i praktiken komma att kastas om och alla borgenärer förutom panthavaren skulle ha möjlighet att komma åt värdet av rättigheten utan belastning av licensen. En till synes omotiverad skillnad skulle dessutom uppkomma mellan en förvärvare vid en frivillig överlåtelse och en förvärvare vid pantrealisation eller konkurs. Den förre skulle komma att prioriteras i förhållande till licenstagaren medan den senare skulle förlora konflikten. En sådan lösning skulle, har det sagts, medföra en "spektakulär oordning" och "strida mot all sakrättslig logik".<sup>717</sup>

Ytterligare två argument för att immaterialrättslicenstagare bör ges en möjlighet att uppnå borgenärsskydd är följande: (i) Eftersom det ofta är svårt att dra någon skarp gräns mellan överlåtelse och licensiering av immateriella rättigheter kan upprätthållandet av en skillnad mellan licensiering och överlåtelse dels leda till gränsdragningssvårigheter och dels framstå som omotiverat i allmänhet. (ii) Borgenärsskydd för immaterialrättslicenstagare kan antas vara gynnsamt för utvecklingen av en dynamisk och väl fungerande licensmarknad. Något som anses vara betydelsefullt för teknikspridning och därmed även för ekonomisk tillväxt i stort.

Den vanligaste uppfattningen idag är alltså att immaterialrättslicenstagare skall anses erhålla borgenärsskydd redan genom avtalet. En fråga av stor betydelse är vad som skall anses omfattas av detta borgenärsskydd.<sup>718</sup> I samband med denna diskussion blir det särskilt tydligt att det är just den immateriella rättigheten som objekt som befinner sig i diskussionens fokus.

### **17.1.3 Borgenärsskyddets omfattning**

Frågan om borgenärsskyddets omfattning är betydelsefull eftersom immaterialrättslicensavtal ofta inkluderar så kallade biförpliktelser. Licensavtalet utgör i dessa fall inte enbart ett tillstånd för licenstagaren att ägna sig åt viss verksamhet som annars hade kunnat utgöra intrång i licensgivarens rättighet. Licensavtalet innehåller även positiva avtalsförpliktelser för licensgivaren. Typiskt sett kan det handla om sådant som skyldighet att påtala

---

<sup>716</sup> Se Håstad 2004, s. 38 (tillägg till s. 434 st. 2); Möller 1996, s. 148f.; Möller 1997, s. 28-29; SOU 1994:120, s. 189f.; Walin 1998, s. 269-270.

<sup>717</sup> Se Walin 1998, s. 269 respektive Möller 1997, s. 29.

<sup>718</sup> Se vidare avsnitt 13.1.5.

intrång i rättigheten, service- och underhållsåtaganden, utbildning av licenstagarens personal, kontinuerlig överföring av och rätt att utnyttja olika typer av know-how och tekniska förbättringar.

Eftersom biförpliktelserna inte utgörs av den typ av resurser som vanligtvis klassificeras som egendom i sakrättsliga sammanhang ligger det nära till hands att hävda att biförpliktelserna inte skall anses omfattas av licenstagarens sakrättsliga skydd.<sup>719</sup> Det kan också antas att konkursboet i många fall hursomhelst inte har en reell möjlighet att uppfylla biförpliktelserna.<sup>720</sup> Inte minst när biförpliktelserna är omfattande och långvariga kan boets resurser i de flesta fall antas vara alltför begränsade. Konkursen kan också ha medfört att licensgivaren har förlorat central kompetens och så vidare.

Samtidigt är det uppenbart att licenstagarens borgenärsskydd i många fall kan bli värdelöst utan ett skydd även för biförpliktelser.<sup>721</sup> Det har därför antytts att licenstagarens sakrättsliga skydd kanske borde anses omfatta biförpliktelser i viss utsträckning. När konkursboet utan större svårighet kan fullgöra licensavtalet i dess helhet kan detta möjligtvis framstå som en lämplig lösning.<sup>722</sup>

Diskussionen om borgenärsskyddets omfattning har hittills framförallt inriktats på hur biförpliktelser som utgör kontinuerliga förpliktelser skall hanteras. Frågan om hur know-how, annan kunskap och information som licenstagaren har erhållit i enlighet med licensavtalet skall hanteras har egentligen inte uttryckligen berörts. Frågan kan vara av lika stor betydelse för licenstagaren som frågan om kontinuerliga biförpliktelser.

I den mån utnyttjandet av sådana kompletterande tillgångar utgör en del av licensobjektet bör enligt min mening utnyttjandet, i varje fall som utgångspunkt, omfattas av borgenärsskyddet. Licenstagaren bör alltså ha rätt att fortsätta att utnyttja de kompletterande tillgångarna tillsammans med rättigheten. För det första är det konkursboet som begår avtalsbrott när det inte uppfyller licensavtalet. Att konkursboet eller konkursgäldenären då skulle ha möjlighet att, med hänvisning till att biförpliktelser inte omfattas av det sakrättsliga skyddet för utnyttjandet av grundrättigheten, och med hjälp av företagshemlighetslagens regler, stoppa utnyttjandet av den överförda kunskapen framstår som orimligt. För det andra riskerar den omvända lösningen – det vill säga att licenstagaren endast skall ges borgenärsskydd för immaterialrätten som sådan, det vill säga till den resurs som kan klassificeras som egendom i sakrättslig mening – att medföra värdeförstöring. Licensen riskerar att bli värdelös för licenstagaren.

I en del fall kan licenstagaren emellertid ha intresse inte bara av fortsatt nyttjande utan även av att licensgivarens sekretess- och konkurrensåtaganden upprätthålls. Genom att förfoga över licensgivarens know-how med mera kan konkursboet försvåra, eller i värsta fall rycka undan grunden för, licensgivarens verksamhet. Det är i och för sig möjligt att konkursboet inte bör

---

<sup>719</sup> Se Möller 1988, s. 658-661. Möllers utgångspunkt är (med hänvisning till Hessler 1973, s. 6 och Rodhe 1985, s. 1) att biförpliktelserna normalt inte utgör "förmögenhetsföremål eller egendom i vanlig mening utan normalt tjänsteprestationer, vilka inte regleras av de sakrättsliga reglerna". (Se a.a., s. 660.) Möller framhåller vidare att: "När det gäller rätt att få ta del av licensgivarens know-how, tekniska förbättringar och liknande, är det närmast fråga om anspråk på att få erhålla kunskap, dvs på ett slags immateriell tjänst. Att ett sådant anspråk inte kan insorteras under de sakrättsliga kollisionsreglerna följer väl redan av 'sakens natur', om uttrycket tillåts". (Se a.a., s. 660.) Se även Möller 1997, s. 29-30.

<sup>720</sup> I det fall det är möjligt att få bra betalt för licensavtalet i dess helhet finns det dock all anledning för boet att sträva efter att göra just detta. (Se vidare Möller 1997, s. 30.)

<sup>721</sup> Se Domeij 2003, s. 227; Möller 1997, s. 30.

<sup>722</sup> Se Domeij 2003, s. 227 med hänvisning till tysk doktrin som beskriver denna lösning som den som anses gälla i Tyskland.

åläggas några restriktioner i detta avseende. Om licensgivaren (trots sitt försprång) inte klarar av att stå upp i konkurrensen med en förvärvare kan det kanske antas att förvärvaren helt enkelt är effektivare och att konkursboets förfogande faktiskt var värdeskapande. Å andra sidan kan en sådan lösning missbrukas. Risker för missbruk är sannolikt särskilt stora när det finns betydligt starkare aktörer som först och främst är intresserade av att neutralisera licenstagaren som potentiellt allvarlig framtida konkurrent. Hursomhelst har möjligheterna att genomdriva avtalsklausuler som tar sikte på den här typen av situationer antagits vara små. Det har hävdats vara tveksamt om överlåtelseförbud binder licensgivarens konkursbo.<sup>723</sup> Liksom även avtalade överlåtelseförbud riktade mot förvärvaren som utgångspunkt anses vara ogiltiga i konkurs eftersom den motsatta lösningen anses göra det alltför lätt att undandra borgenärerna egendom.<sup>724</sup> I dessa sammanhang kan det dock handla om en ofta avancerad och affärsstrategiskt delikat konstruktion av långvariga relationer. I den mån så är fallet och licensgivarens och licenstagarens relation kan ses som ömsesidigt förpliktande är det därför möjligtvis inte orimligt att kräva licenstagarens samtycke för överföring av grundrättighet med mera. Nackdelen med en sådan lösning är att det även i detta fall uppstår missbruksmöjligheter. En ineffektiv licenstagare kan exempelvis idka utpressning mot boet och en potentiellt effektivare förvärvare. I värsta fall förhindras en egentligen önskvärd omstrukturering av marknaden.

De gängse föreställningarna om licenstagarens ställning vid licensgivarens konkurs är som sagt betydelsefulla för TDA och I-Capital, inte minst eftersom TDA intar licenstagarpositionen i ett antal licensavtal som är av stor betydelse för utnyttjandet av P-OLED teknologin. För I-Capital är det betydelsefullt att kunna bedöma TDA:s ställning vid någon av licensgivarnas eventuella konkurs. Denna bedömning har betydelse för riskbedömningen och därmed för värderingen av TDA:s resurser. Att den dominerande uppfattningen numera är att licenstagare bör ges borgenärsskydd är positivt för TDA och I-Capital. Utan ett sådant skydd ökar riskerna, vilket medför att resurspaketets värde minskar. Borgenärsskyddsfrågan är emellertid inte helt oproblematisk för TDA och I-Capital. Att borgenärsskyddets omfattning anses vara begränsat till utnyttjandet av grundrättigheten kan ses som en risk i sammanhanget. Diskussionen om borgenärsskyddets omfattning visar för övrigt, vilket har behandlats ovan i avsnitt 13.1.5, även på den allmänna tendensen att betrakta endast de immateriella rättigheterna som de sakrättsliga anspråkens objekt.

I följande avsnitt kommer synen på licensgivarens ställning vid licenstagarens konkurs att analyseras.

## ***17.2 Licensgivarens ställning vid licenstagarens konkurs***

Vid licenstagarens konkurs uppkommer frågan hur licensavtalet skall hanteras. Denna övergripande fråga kan brytas ned i fyra delfrågor. Under vilka förutsättningar skall licensavtal överhuvudtaget ingå i licenstagarens konkurs? Under vilka förutsättningar skall licensgivarens hävning som utgångspunkt ges sakrättslig effekt, det vill säga leda till "separationsrätt" i meningen hävning med verkan mot licenstagarens konkursbo? Under vilka förutsättningar skall licenstagarens konkursbo ges rätt till inträde i licensavtalet? Hur skall

---

<sup>723</sup> Se Domeij 2003, s. 226 samt Möller 1988, s. 656.

<sup>724</sup> Se Håstad 1996, s. 450-451.

lagerexemplar som tillverkats i enlighet med licensen och som vid konkursutbrottet finns kvar hos konkursgäldenären behandlas? Både den första och den andra delfrågan är relativt okontroversiella. Den tredje delfrågan kan utan omsvep beskrivas som oklar. Även den fjärde delfrågan har varit mycket omdiskuterad. Den behandlades dock relativt nyligen av Högsta domstolen i NJA 2005 s 510.

### 17.2.1 Licensavtal i konkurs

Samtliga svenska immaterialrättsliga lagar innehåller ett "a prioriskt" överlåtelseförbud avseende licenser. Licenstagaren får alltså inte överlåta licensen utan rättighetshavarens samtycke. Licensen får i så fall inte heller utmätas och skall därmed inte ingå i licenstagarens konkurs.<sup>725</sup> Krav på samtycke för överlåtelse av licens föreligger enligt 43 § patentlagen, 34 § 4 st. varumärkeslagen, 28 § upphovsrättslagen, 7 kap 1 § växtförädlarlagen, 8 § kretsmönsterlagen, och 26 § mönsterskyddslagen. I de fyra senare fallen finns det ett undantag från samtyckeskravet för överlåtelse av licensen i samband med rörelse där den ingår.<sup>726</sup> Ett sådant undantag saknas alltså i patentlagen och varumärkeslagen. Det har dock diskuterats huruvida en överlåtelse av patentlicens i samband med en överlåtelse av den rörelse eller del av rörelse där licensen utnyttjas ändå bör kunna ske utan samtycke, i varje fall när licenstagaren har lagt ned stora investeringar i utnyttjandet och licensgivaren inte har goda skäl att motsätta sig en överlåtelse.<sup>727</sup> Överlåtaren anses i dessa fall hursomhelst – om inte annat så enligt allmänna förmögenhetsrättsliga principer – svara för att förvärvaren fullgör de skyldigheter som licensavtalet ålägger licenstagaren.<sup>728</sup>

Sammanfattningsvis är det först i det fall rättighetshavarens samtycke till överlåtelse föreligger eller då det är möjligt att överlåta en licens i samband med den rörelse eller del av rörelse vari den ingår som det är intressant att gå vidare

---

<sup>725</sup> Se 5 kap. 5 § utsökningsbalken och 3 kap. 3 § konkurslagen samt avsnitt 14.1.1, n. 551 om att detta inte nödvändigtvis behöver betyda att boet inte skall ges rätt att utnyttja en licens.

<sup>726</sup> Undantagens exakta ordalydelse skiljer sig delvis åt. I 28 § upphovsrättslagen, 7 kap 1 § växtförädlarlagen och 8 § kretsmönsterskyddslagen görs ett undantag från överlåtelseförbudet för överlåtelse av licensen i samband med överlåtelse av rörelse eller del av rörelse vari licensen ingår. I 26 § mönsterskyddslagen saknas det uttryckliga undantaget för överlåtelse i samband med del av rörelse. Lagstiftarens avsikt var dock att undantaget även i detta fall skulle gälla vid överlåtelse av del av rörelse. (Se prop. 1969:168, s. 203 samt SOU 1965:61, s. 289f.)

<sup>727</sup> Se Domeij 2003, s. 226; Persson 2002, s. 80; Möller 1988, s. 648; Thommessen (om norsk rätt) 1993, s. 325. Levin 2007, s. 476 framhåller om samtyckeskravet att "[...] i varje fall för industriella rätter har bestämmelserna ett diskutabelt berättigande och bör därför ges en rimlig tolkning, jfr Dkom-PL, s. 223." Hänvisningen är till den danska kommentaren till patentlagen där Koktvedgaard & Österborg riktar skarp kritik mot den alltför generella utformningen av 43 § patentlagen. Vidare kan det noteras att såväl föranvändarrätt (4 § 2 st. patentlagen) som tvångslicens (49 § 2 st. patentlagen) kan överlåtas tillsammans med rörelse.

<sup>728</sup> Överlåtarens ansvar i detta avseende stadgas uttryckligen i 28 § upphovsrättslagen, 7 kap 1 § växtförädlarlagen och 26 § mönsterskyddslagen. En sådant stadgande saknas i 8 § kretsmönsterlagen. Se vidare Möller 1988, s. 646ff.



och diskutera hävningsrättens sakrättsliga effekt. I annat fall anses konkursboet sakna möjlighet att förfoga över licensen.

## 17.2.2 Hävningsrättens sakrättsliga effekt

I samband med licenstagarens konkurs är det inte ovanligt att en obligationsrättslig hävningsrätt för licensgivaren uppkommer. Hävningsrätt kan till exempel uppkomma på grund av att licenstagaren innan konkursen begår ett hävningsgrundande avtalsbrott. Hävningsrätt kan också uppkomma till följd av att konkursen medför att det finns anledning att befara att ett väsentligt avtalsbrott kommer att uppkomma (anteciperat kontraktsbrott). Licensgivarens hävning anses som utgångspunkt också ha sakrättslig effekt.<sup>729</sup> Detta uttrycks ofta som att licensgivaren har rätt att, i analogi med hur upplåtelse av lös egendom hanteras i övrigt, separera immaterialrätten vid licenstagarens konkurs.<sup>730</sup> Vid upplåtelse anses egendomen aldrig ha kommit inom konkursgäldenärens egendomssfär på ett sådant sätt att den skall vara tillgänglig för hans borgenärer.<sup>731</sup> Ett sätt att se på saken är att licensgivaren aldrig har haft för avsikt att släppa ifrån sig äganderätten, eller, med andra ord, att licensgivaren inte tänkt sig annat än att ge licenstagaren ett tillstånd att agera på visst sätt. Upplåtarens separationsrätt kan emellertid även motiveras med att den motsatta lösningen skulle leda till otillfredsställande resultat. Utan separationsrätt skulle man inte våga låna ut egendom, hyra ut egendom, anförtro egendom till sysslomän och så vidare.<sup>732</sup> Hursomhelst är upplåtarens separationsrätt – det vill säga dennes prioritet i förhållande till motpartens konkursborgenärer – en djupt rotad tradition och en lösning som lär vara den gängse i nära nog samtliga rättsordningar.<sup>733</sup> Djupt rotad är emellertid även uppfattningen att konkursboet under vissa förutsättningar har rätt att inträda i konkursgäldenärens avtal och därigenom förhindra en hävning.

---

<sup>729</sup> Se Håstad 1996, s. 199-200; Möller 1988, s. 626; Möller 1996, s. 31. Även i NJA 2005 s 510 utgick Högsta domstolen från att licensgivaren hade "separationsrätt till den upplåtna spridningsrätten" förutsatt att hävningsrätt förelåg. (Se NJA 2005:55, s. 514.)

<sup>730</sup> Se a.a. Om upplåtarens ställning i allmänhet vid upplåtelse av lös egendom, se Håstad 1996, s. 145-146, Hessler 1973, s. 144ff.; Rodhe 1985, s. 194ff.

<sup>731</sup> Se till exempel NJA 2009 s 79 där Högsta domstolen konstaterar att: "Den som hyr ut lösöre har en mot hyrestagarens borgenärer skyddad äganderätt." (Se NJA 2009:7, s. 86.) Värt att notera är att separationsrätt förutsätter specialitet. Rör det sig om generisk egendom som sammanblandats eller om från början specialiserad egendom som förlorat sin specialitet och sammanblandats med konkursgäldenärens egendom anses separationsrätten som utgångspunkt ha gått förlorad. (Se till exempel Hessler 1973, s. 154ff. samt Håstad 1996, s. 152ff. för ingående analyser av denna huvudregel och dess undantag.)

<sup>732</sup> Se Håstad 1996, s. 146.

<sup>733</sup> Se Håstad 1996, s. 145-146.

### 17.2.3 Konkursboets inträdesrätt

Vi saknar i Sverige enhetliga regler om konkursboets inträdesrätt i gäldenärens avtal.<sup>734</sup> Inträdesrätten har endast varit föremål för sporadiska lagstiftningsinsatser. Denna lagstiftning är dessutom långt ifrån enhetlig och uttömmande. Det råder en alltså inte helt obetydlig osäkerhet redan kring hur de fall som omfattas av lagstiftning skall hanteras. Desto större har osäkerheten blivit gällande hur de oreglerade fallen skall hanteras.<sup>735</sup> Frågan om licenstagarens konkursbos inträde – det vill säga boets möjlighet att genom att ta på sig massaansvar eller ställa fullgod säkerhet hindra hävning – kan alltså utan omsvep beskrivas som oklar.<sup>736</sup>

Det har dock hävdats att licenstagarens konkursbo som utgångspunkt bör anses ha rätt att inträda i licensavtalet.<sup>737</sup> Lösningen baseras delvis på analogier till 63 § köplagen och 12 kap. 31 § jordabalken. Detta innebär att inträdesrätt som utgångspunkt skall föreligga när konkursgäldenären har påbörjat utnyttjandet av licensen eller har lagt ned väsentliga investeringar i utnyttjandet. Tanken förefaller vara att boet bör ges rätt att utnyttja de investeringar som redan har gjorts för att dra in medel. Den omvända lösningen riskerar att leda till värdeförstöring.<sup>738</sup>

Inträdesrätt för licenstagaren ses emellertid endast som just en utgångspunkt. Avvikelse anses vara möjliga. När licenstagarens person är särskilt betydelsefull för licensgivaren kan inträdesrätt vara olämpligt.<sup>739</sup> Vid förlagsavtal kan det till exempel finnas skäl att av bland annat ideellrättsliga skäl neka boet inträde.<sup>740</sup> Vid patentlicenser skulle det kunna finnas anledning att neka boet inträdesrätt till exempel när konkursboet kan antas ha svårt att upprätthålla kvalitetskraven enligt licensavtalet.<sup>741</sup> Inträdesrätt kan också vara olämpligt av andra skäl. Det

---

<sup>734</sup> Se till exempel Håstad 1996, s. 400-401; Möller 1988, s. 24ff.; SOU 2001:80, s. 85ff. med hänvisningar.

<sup>735</sup> Se vidare SOU 2001:80, s. 86.

<sup>736</sup> Se vidare SOU 2001:80, s. 87.

<sup>737</sup> Se Håstad 1996, s. 406; Möller 1988, s. 632; Möller 1997, s. 32-33. Något försiktigare, Domeij 2003, s. 225.

<sup>738</sup> Se Möller 1988, s. 631 som är särskilt tydlig med värdeförstöringstanken och vill dra gränsen för boets inträdesrätt "vid väsentliga investeringar eller investeringar som inte är obetydliga". Ändamålet med en sådan regel är att "beaktansvärda investeringar inte skall gå till spillo".

<sup>739</sup> Se Domeij 2003, s. 223-224; SOU 2001:80, s. 87; Möller 1997, s. 32-33 som talar om "extraordinära omständigheter".

<sup>740</sup> Se Rosén 1989, s. 507 som menar att "osäkerheten på området, bristen på lagregler och den mångfald intressen som i kontraktuella situationer på olika sätt bryts mot varandra i olika fall och vid olika avtalstyper" talar för att in casu bedömningar oftast måste eftersträvas. Upphovsmannens hävningsrätt och intressen måste vägas mot konkursboets intressen i varje enskilt fall. Jfr Möller 1988, s. 632 som menar att den "klara huvudregeln" även i detta fall måste vara tvingande inträdesrätt för boet när produktion påbörjats före konkursutbrottet. Möller framhåller att boet efter inträde blir bundet av avtalet i dess helhet. Böckerna får alltså knappast säljas som konkurslager, utan skall realiserars på samma sätt som förläggaren skulle ha gjort. Något annat ger sannolikt upphovsmannen hävningsrätt och en massafordran på skadestånd. (Se a.a., s. 634.)

<sup>741</sup> Se vidare Domeij 2003, s. 225; Möller 1988, s. 629.

finns situationer när licenstagarens konkurs medför att licensgivaren typiskt sett försätts i ett utsatt läge och snabbt behöver kunna komma ifrån licensavtalet.<sup>742</sup>

I det fall boet ges rätt att inträda i licensavtalet, så hävdas det vidare att boet dessutom troligtvis skulle vara tvunget att inträda för hela avtalstiden och följaktligen ta på sig massaansvar för obetalda licensavgifter både bakåt och framåt i tiden.<sup>743</sup> Detta kan medföra att inträde kan bli praktiskt omöjligt om inte licensen senare kan överlåtas.<sup>744</sup>

Inträdesfrågan kompliceras ytterligare av att det är mycket vanligt att licensavtal innehåller så kallade konkursklausuler (också kallade för "ipso facto" klausuler). En konkursklausul föreskriver att avtalet skall upphöra att gälla i det fall någon av parterna går i konkurs. Det finns olika uppfattningar i frågan om huruvida konkursklausuler skall anses vara giltiga eller inte.<sup>745</sup>

De som menar att konkursklausuler inte bör gälla har ofta en konkursrättsligt färgad grundsyn. Det hävdas att konkursklausuler gör det möjligt för parterna att avtala sig till fördelar på konkursborgenärernas bekostnad. Konkursklausulen kostar inte parterna någonting. Ur ett konkursrättsligt perspektiv ses den här typen av avtal alltså som mycket tveksamma.<sup>746</sup> Det har dock hävdats att det finns särskilda skäl att hursomhelst betrakta konkursklausuler i immaterialrättslicensavtal som giltiga.<sup>747</sup> I samtliga immaterialrättsliga lagar finns det som sagt "a prioriska" överlåtelseförbud. Denna reglering är ett uttryck för att licensgivarens intresse av kontroll över utnyttjandet av rättigheten ofta är mycket stort. Samma skäl kan anses tala för att konkursklausuler i

---

<sup>742</sup> Se Möller 1988, s. 628-629 som exemplifierar bland annat med patentlicensgivarens ställning när licensen är exklusiv och licenstagaren inte påbörjat produktion vid konkursutbrottet.

<sup>743</sup> Se Håstad 1996, s. 410, 412 med hänvisning till framförallt NJA 1989 s 206. Se även NJA 2005 s 510 (NJA 2005:55, s. 516) där det framhålls att denna fråga är oklar. På grund av att det i det aktuella målet saknades anledning att ta ställning till frågan stannade Högsta domstolen vid detta konstaterande.

<sup>744</sup> Det är alltså nödvändigt inte bara att skilja på frågan om boets utnyttjande av licensen och frågan om boets överlåtelse av densamma utan också att se sambandet mellan de båda frågorna. Det måste för övrigt här rimligtvis vara fråga om den rent praktiska möjligheten att överlåta licensen. Kan licensen inte överlåtas på grund av att samtycke saknas och att något av de "a prioriska" överlåtelseförbuden därmed är tillämpligt, så skall licensen överhuvudtaget inte ingå i licenstagarens konkurs. (Se avsnitt 17.2.1.) Se för övrigt Möller 1988, s. 645 för diskussion om det intressanta – men, som Möller påpekar, säkerligen ur ett övergripande perspektiv egentligen olämpliga – alternativet att boet under vissa förutsättningar skall ha rätt att överlåta licensavtalet utan att inträda.

<sup>745</sup> Utgångspunkten här är alltså att inträdesrätt föreligger. Frågan är om denna rätt skall vara tvingande eller inte. Saknar boet inträdesrätt saknas det också anledning att diskutera konkursklausulens vara eller icke vara.

<sup>746</sup> Se Håstad 1996, s. 404 som efter att ha framhållit även nackdelar med en tvingande inträdesrätt (en sådan riskerar att driva fram hävning på ett tidigare skede – innan konkursen – samt är av tveksamt värde eftersom sådan hävningsförklaring ändå inte kan återvinnas) dock konkluderar att: "För egen del är jag benägen att anta att reglerna om konkursboets inträdesrätt – vilka dessa regler nu är – binder den solventa parten oavsett vad konkursgäldenären avtalat." Även Möller 1988, s. 632 (samt s. 58ff., 92ff.) framhåller att inträdesrätten är tvingande.

<sup>747</sup> Se Millqvist 2002, s. 58 som visserligen endast talar om klausuler riktade mot utmätning i licensen. Resonemanget kan dock även appliceras på klausuler som omfattar konkurs. (Ofta inkluderar den här typen av klausuler både utmätning och konkurs.) Se även Rosén 1989, s. 512 om hävningsklausuler i förlagsavtal.

immaterialrättslicensavtal skall vara giltiga. Samtidigt går det inte att komma ifrån att de lagstadgade överlåtelseförbuden riskerar att försätta licenstagarens konkursbo och konkursborgenärer i en synnerligen ofördelaktig position.<sup>748</sup> Detsamma gäller konkursklausuler. Sådana klausuler träffas därmed av samma kritik som de lagstadgade "a prioriska" överlåtelseförbuden. Det kan alltså, även om nu utgångspunkten skulle anses vara att konkursklausuler i immaterialrättslicensavtal skall ges sakrättslig effekt, finnas all anledning att pröva frågan kasuistiskt på samma sätt som har föreslagits avseende det a prioriska överlåtelseförbudet enligt 43 § patentlagen.<sup>749</sup> Att licenstagaren har lagt ned stora investeringar i utnyttjandet och att licensgivaren egentligen inte har något gott skäl att invända mot boets utnyttjande av licensen skulle alltså kunna utgöra ett skäl att bortse från en konkursklausul.

Samtidigt har det, mot bakgrund av en kontraktsrättsligt färgad grundsyn hävdats att konkursklausuler som utgångspunkt måste anses vara bindande. Utgångspunkten för detta synsätt är avtalsfriheten, det vill säga parternas rätt att i frånvaron av tvingande regler ordna sina mellanhavanden som de önskar.<sup>750</sup>

#### 17.2.4 Rätt till lagerexemplar

En omdiskuterad fråga är hur exemplar som har tillverkats i enlighet med ett licensavtal och som vid licenstagarens konkurs finns kvar i dennes lager skall hanteras. Skall värdet av sådana exemplar tillfalla borgenärskollektivet eller skall licensgivaren prioriteras, och i så fall på vilka grunder? Frågan är den kanske mest omdiskuterade av alla sak- och immaterialrättsliga frågor.<sup>751</sup> Högsta

---

<sup>748</sup> Se avsnitt 17.2.1, n. 744 strax ovan.

<sup>749</sup> Se Domeij 2003, s. 226 (om kasuistisk prövning av det a prioriska överlåtelseförbudets effekt) samt Rosén 1989, s. 512 som framhåller att: "För egen del kan jag inte se annat än att även bedömningen av hävningsklausuler av förevarande slag i förlagsavtal bör ske genom en vägning av två fundamentala men motstående förhållanden, nämligen att URL faktiskt innehåller ett lagstöd till förmån för upphovsmännens (eller deras rättsinnehavares) skydd mot utövanden av upphovsrätt av andra än dem som en upphovsman i varje enskilt fall utsett. Detta talar onekligen för att dylika klausuler bör tillmätas giltighet även mot tredje man när upphovsmannens kontrahent inte längre kan uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet. Det tyngsta argumentet häremot, således till förmån för övriga borgenärer i en förläggares konkurs, synes vara att betydande värdeförstöring skulle kunna följa av att boet inte skulle få kommersiellt nyttiggöra exemplar, för vars framställande förläggaren haft dryga kostnader." Domeij menar vidare att konkursklausuler kan jämkas i enlighet med 36 §. Detsamma menar Hellner 1996, s. 90 och Ramberg (medv. Herre) 1995, s. 607. Jfr Håstad 1996, s. 404 n. 13 som är mer tveksam i detta avseende och framhåller att 36 § inte är avsedd att skydda tredje man.

<sup>750</sup> Se Domeij 2003, s. 224-225; Hellner 1996, s. 89-90; Ramberg (medv. Herre) 1995, s. 607.

<sup>751</sup> I den mån nu frågan överhuvudtaget skall ses som en sak- och immaterialrättslig fråga. Jag klassificerar frågan som en sakrättslig tredjemansskyddskonflikt med hänvisning till att den i grunden handlar om att prioritera mellan konkurrerande anspråk, det vill säga anspråk riktade mot samma subjekt och samma förmögenhetsobjekt. (Se not 35 för en definition av sakrättsbegreppet.) Jfr Söderlund 2009, s. 513 som är kritisk mot en sådan klassificering: "Massaansvarets uppkomst kan inte prövas i ett sakrättsligt paradigm." Mot bakgrund av Söderlunds hårt drivna rättssystematiska metod och att hennes ambition är att föra fram en viss konkursrättslig grundsyn (associationstanken – det vill säga att konkursboet betraktas som en särskild association) är kritiken fullt förståelig – ja, i det närmaste ofrånkomlig. För egen del bryr

domstolen har behandlat lagerexemplarsproblematiken i NJA 1966 s 241 och NJA 2005 s 510.

Dessa rättsfall förefaller vara den mest påtagliga anledningen till att är just lagerexemplarsproblematiken som blivit den mest omdiskuterade sak- och immaterialrättsliga frågan. Detta faktum illustrerar ett problem med att rättsvetenskapen ibland använder rättsdogmatisk metod även för att definiera sina frågeställningar. Risken är att det som diskuteras är bisaker, som dessutom hanteras utifrån fragment. Nu är det emellertid så att diskussionen kring fallen är av relativt central betydelse. Det handlar inte bara om exemplaren, utan om licensavtalens konsekvenser vid konkurs.

### **17.2.5 Ingen prioritet 1966, bland annat på grund av att författarnas fordran ansågs ha uppkommit innan konkursen...**

I NJA 1966 s 241 hade två författare, B.S. och K.N., var för sig ingått förlagsavtal med Egeförlaget. När Egeförlaget gick i konkurs fanns ett antal exemplar av författarnas verk i förlagets lager. Konkursförvaltaren sålde exemplaren till bokhandel. B.S. anförde att konkursboet inte hade sagt upp förlagsavtalet och därmed hade samma skyldigheter som konkursgäldenären själv tidigare haft. Konkursboet skulle därför erlägga sammanlagt 75 kronor 95 öre i royalty till honom. Även K.N. anförde att konkursboet inte sagt upp förlagsavtalet och därför var bundet av detta. K.N. yrkade därför i första hand på 147 kronor 1 öre i skadestånd grundat på boets för tidiga realisationsförsäljning och i andra hand på sammanlagt 36 kronor 60 öre i ersättning i form av royalty, för vilken boet skulle svara som massaskuld.

Majoriteten (justitieråden H och G) ogillade upphovsrättshavarnas talan. Detta med hänvisning till *att* konkursen inte inneburit någon ändring av avtalsförhållandena, *att* det saknas särskilda lagbestämmelser om författarens rätt vid förläggarens konkurs, *att* det inte heller av grunderna för upphovsrättslagstiftningen följer att författarens rätt är att bedöma på annat sätt än vad som i allmänhet gäller för fordringar grundade på avtal, *att* konkursboets försäljning av exemplar inte inneburit något intrång i författarnas spridningsrätt eftersom spridningen har skett i enlighet med förlagsavtalet, *att* författarnas fordringar måste anses ha uppkommit genom förlagsavtalet och därmed före försäljningen samt slutligen, *att*, det inte heller för övrigt i målet hade åberopats någon omständighet som medförde att författarnas fordringar skulle utgöra massafordringar.

Två ledamöter anförde skiljaktig mening beträffande motiveringen. JustR R anförde att båda

---

jag mig inte särskilt mycket om huruvida vi betecknar frågan som sakrättslig eller konkursrättslig. Det viktiga för mig är som sagt att vi inser att frågan i grunden handlar om prioritet. För mig framstår prioritetstanken som den mest fruktbara utgångspunkten för ett försök att inom det rättsligt möjligas ram skapa en inte bara ökad systemkoherens utan även en ökad värde-, intresse- och konsekvensbaserad förutsebarhet.

författarnas royaltyfordringar grundades på de förlagsavtal som ingåtts före konkursen. Även om författarnas royaltyfordringar endast kunnat göras gällande vid försäljning måste de därför anses ha uppkommit före konkursen. Konkursboets försäljning utgör inte en sådan åtgärd som självständigt kan anses ge upphov till ett massaansvar. Inga särskilda omständigheter som motiverar ett sådant ansvar har visats föreligga. JustR E anförde att även om det skulle anses att konkursboet genom att sälja böckerna fortsatt rörelsen enligt förlagsavtalet medför detta inte att boet åtagit sig att svara för betalningen enligt avtalet. B.S:s royaltyfordran måste därmed anses ha uppkommit genom avtalet, det vill säga före egendomsavträdet. K.N:s fordran grundas snarare på boets icke avtalsenliga försäljning (för tidig realisationsförsäljning). K.N:s skada överstiger dock inte det belopp hon kan erhålla genom att i konkursen bevaka sin fordran på det belopp som hon har uppgivit. JustR W var skiljaktig i huvudsaken och anförde att författarnas fordringar visserligen hade sin yttersta grund i förlagsavtalet men att det var konkursboets – utanför författarnas rådighet liggande – åtgärd att sälja böckerna som var avgörande för fordringarnas uppkomst. Fordringarna måste därför anses ha uppkommit först efter konkursbeslutet.

NJA 1966 s 241 har varit föremål för en förhållandevis omfattande (och ofta kritisk) diskussion. Det har bland annat hävdats att utfallet i målet borde ha blivit den omvända, det vill säga att författarna borde ha fått en massafordran. Detta i enlighet med en generell regel om att massaansvar generellt sett bör anses uppkomma när boet utnyttjar en prestation som medkontrahenten hade kunnat stoppa eller ta tillbaka:

“Författarna hade emellertid inte före konkursen fullgjort allt som ålåg dem utan var enligt förlagsavtalet förpliktade att även fortsättningsvis tolerera förlagets ensamrätt till utgivningen. Denna plikt borde författarna enligt allmänna principer inte längre vara skyldiga att uppfylla, om boet inte svarade för vederlaget.”<sup>752</sup>

---

<sup>752</sup> Se Håstad 1996, s. 422 som dock samtidigt (se a.a., s. 419) framhåller att det råder viss osäkerhet kring de “allmänna principer” som han hänvisar till: “Antagligen ger det bättre ledning [än att försöka fastställa om den väsentliga grunden för fordringen har uppkommit före eller efter konkursbeslutet] om man utgår från att boet binds *enligt allmänna förmögenhetsregler* men samtidigt beaktar att *boet ej bör vara massaansvarigt för utnyttjanden av medkontrahentens prestation om medkontrahenten saknade sakrättsligt skydd vid konkursutbrottet*. Enligt praxis (se åtminstone HD:s domskäl nedan) gäller knappast det omvända, nämligen att boet är massaansvarigt när medkontrahenten hade sakrättsligt skydd för återtagande av den nyttjade prestationen (se dock NJA 1986 s 136), men förmodligen borde så vara fallet.[n]” (Se även Håstad 1997, s. 48 samt Håstads tillägg i NJA 2009 s 41.) Även Möller 1988, s. 623 vill lägga medkontrahentens sakrättsliga skydd till grund för boets massaansvar. Med tillämpning på NJA 1966 s 241 således: “*författarna borde ha fått en massafordran på sina royalty- resp skadeståndskrav, om de kunnat häva avtalet ifall konkursboet inte valde att inträda i avtalet.*” Lindskogs principiella uppfattning förefaller vara densamma som, eller i varje fall ligga mycket nära, Håstads och Möllers. Lindskog 1993, s. 163-167 förespråkar att gränsen mellan konkursfordran och massaansvar bör dras vid boets tillägnande av prestationer som medkontrahenten hade kunnat hindra boet från att tillgodogöra sig: “Vad härefter gäller *gränsdragningen mellan konkurs- och massafordring* (när åtminstone ett till grund för mf [det vill säga motfordran] liggande rättsfaktum är hänförligt till tiden för konkursutbrottet) är ett analogt argument att om B har satt sig i en sådan situation att han själv inte utan rättsförlust kan hindra att han får en mf hos A sitter han s.a.s. i hissen (*riskprincipen*). Och där bör han få sitta kvar. Han får alltså acceptera att det – om mf slutligt uppstår – blir strid med andra borgenärer [...]. [...] Endast när B äger separera, stoppa eller eljest innehålla eller återta sin egen prestation, dvs. när han har sakrättsligt skydd till denna, bör Akb [det vill säga A:s konkursbo] genom konsumtion av denna vara massaansvarigt. Om B efter konkursutbrottet frivilligt presterar enligt ett ömsesidigt förpliktande avtal och Akb tillgodogör sig hans prestation torde således mf vara en massafordran.[n] [...] Vad som kvalificerar A:s förpliktelse som en massafordran torde vara, inte

Uppfattningen att författarna i NJA 1966 s 241 borde ha fått en massafordran hänger också nära samman med synen på immaterialrättslicenser som en form av nyttjanderätt till lös egendom.<sup>753</sup>

I den diskussion som följde på NJA 1966 s 241 hävdades det vidare att en hävning av förlagsavtalet borde ha resulterat i att en efterföljande försäljning utgjorde ett upphovsrättsintrång.<sup>754</sup> Argumentet att en hävning av förlagsavtalet

---

att B kan tillgodogöra sig värdet utan att han kan hindra att Akb gör det.” Lindskog (a.a., s. 198) antar dock att hävningsrätt inte förelåg i NJA 1966 s 241 (i varje fall inte för B.S.) och framhåller följaktligen att majoritetens motivering förefaller stämma väl överens med hans egen uppfattning i frågan om konkursboets inträde, nämligen att boet inte inträder så länge som boet endast utövar sådana rättigheter som medkontrahenten inte hade kunnat förhindra gäldenären att utöva. (Se vidare Lindskogs skiljaktiga mening i NJA 2009 s 41.) Söderlund 2009, s. 565 framhåller att: ”Rättspraxis varken vederlägger eller entydigt bekräftar tesen att sakrättsligt skydd (vad som än avses därmed) och tillägnelse ger medkontrahenten massastatus i konkursboet.[n]” Söderlund (a.a., s. 541-542) framhåller dock (med utgångspunkt i den associationstanke som Söderlund förespråkar) att ett konkursbo för det första har samma behov av rättssäkerhetsskydd som alla andra subjekt och följaktligen *”inte skall kunna ådra sig förpliktelser på mindre rigorösa villkor än andra rättssubjekt”* och för det andra att *”ett konkursbo inte heller skall behandlas sämre än andra rättssubjekt vid bedömningen av ansvarets uppkomst”*. Konkursbon skall alltså inte *”förskonas från ansvar för normalt sett ansvarsgrundande beteenden”*. I likhet med Lindskog menar Söderlund (a.a., s. 564-565) dock att hävning från licensgivare som befinner sig i motsvarande situation som upphovsrättsinnehavarna i NJA 1966 s 241 (och NJA 2005 s 510, se nedan) knappast omfattar redan producerade exemplar och uttalar *”viss sympati för HDs bedömning i målet”* (a.a., s. 565). Tuula 2003, s. 100 menar att det torde *”stå klart att ett konkursbo blir skyldigt att ersätta ett faktiskt nyttjande av annans egendom. Ett konkursbo har egen rättskapacitet och torde utgöra ett eget rättssubjekt.”* Welamson 1977, s. 125 menar (vilket, som Welamson påpekar, innebär en ändring i förhållande till de uttalanden som gjordes i Welamson 1961, s. 443f.) att *”i princip gäldenärens medkontrahent icke kan tvingas att prestera under konkursen utan anspråk på full ersättning för sin prestation”*. Exakt hur NJA 1966 s 241 skall bedömas i ljuset av en sådan princip får vi inte veta, Welamson nöjer sig med att beteckna rättsfallet som *”intressant och svårbedömt”*, se Welamson 1977, s. 125. Adlercreutz 1969, s. 305-306 säger sig föredra JustR W:s lösning, det vill säga att författarna skall anses ha erhållit en massafordran eftersom den väsentliga grunden för fordringen måste anses ha uppkommit genom försäljningen och därmed efter konkursbeslutet. Detta i enlighet med en av Adlercreutz (a.a., s. 303ff.) förespråkad generell metod där fordringens uppkomst knyts till *”ett konkretiserat betalningsanspråk, som kan uppkomma vid olika stadier under ett avtalsförhållandes förlopp, när i avtalet angivna rekvisit är uppfyllda”*.

<sup>753</sup> Se Möller 1988, s. 623-624 som menar att förlagsrätten (bortsett från den ideella rätten enligt 3 § upphovsrättslagen) är *”fullt jämförbar med nyttjanderätter till materiella saker. Jämför att både Hessler och Rodhe i sina sakrättsböcker behandlar såväl traditionella nyttjanderätter, såsom hyra av fast och lös egendom, som immaterialrättigheter, såsom patentlicens- och förlagsrätt, under samlingsrubriken ‘bruksrätt’.[n] Ser man i enlighet med det sagda förlagsrätt som ett slags nyttjanderätt över en immaterialrätt, till vilken författaren/upplåtaren hela tiden har ett slags äganderätt, är det självklart att tillägga författaren separationsrätt till immaterialrätten i nyttjarens konkurs samt att låta honom göra denna rätt att separera gällande om inte nyttjarens konkursbo inträder och fullgör motprestationen avtalsenligt”*. Se även Håstad 1997, s. 47 som framhåller att *”det är fråga om ett nyttjanderättsavtal; någon har fått tillåtelse att nyttja en upphovsrätt”*.

<sup>754</sup> Se Möller 1988, s. 603-604 som utgick från att lagerexemplaren i NJA 1966 s 241 omfattades av licensgivarens spridningsrätt, enligt dåvarande 23 § 1 p. upphovsrättslagen, trots att exemplar av verken sannolikt sålts till bokhandel: *”Även om lagstiftaren förmodligen inte omedelbart tagit ställning just till frågan, om lagerliggande exemplar av ett utgivet verk efter hävning av ett förlagsavtal omfattas av 2 § eller 23 § 1 p URL, synes sammanfattningsvis ändå författarens ensamrätt till spridning kvarstå vad gäller lagerexemplar.”* Se även Håstad 1997, s. 47. (Numera äger konsumtion rum vid första lovliga försäljning av exemplar inom EES-området. Se 19 § upphovsrättslagen. Ändring har skett som en anpassning till artikel 9 i direktiv 92/100 EEG av

skall anses leda till att en efterföljande försäljning resulterar i ett upphovsrättsintrång med åtföljande massaansvar för boet blev avgörande i NJA 2005 s 510.

### **17.2.6 ...blev till prioritet 2005, förutsatt att licensavtalet hävts innan konkursboets försäljning av lagerexemplaren**

I NJA 2005 s 510 hade en tecknare (M.A.) ingått förlagsavtal med Officina Paper AB. Förlagsavtalet gav Officina rätt att utnyttja M.A:s motiv på bland annat gratulationskort och muggar. När Officina gick i konkurs fanns det ett antal exemplar kvar i Officinas lager. Konkursförvaltaren sålde av lagret. M.A. stämde konkursboet och yrkade i första hand på ersättning för utnyttjande av upphovsrättsligt skyddade verk samt skadestånd på grund av upphovsrättsintrång, i andra hand på ersättning för nyttjande av hennes prestation och i sista hand på ersättning i form av royalty enligt förlagsavtalet och viss del skadestånd på grund av att produkterna sålts till underpris. Konkursboet bestred M.A:s yrkanden. I enlighet med 42 kap. 17 a § rättegångsbalken hänskjöt tingsrätten ett antal frågor till Högsta domstolen:

“1. Fråga huruvida konkursboets överlåtelse av konkursbolagets i lager liggande exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk, till vilka spridningsrätten vid överlåtelse tidpunkten inte hade konsumerats, inneburit

i. upphovsrättsligt intrång medförande massaansvar för konkursboet

ii. nyttjande av M.A:s prestation medförande massaansvar för konkursboet, eller

iii. konkursboets konkludenta inträde i konkursgäldenärens förlagsavtal med M.A. medförande massaansvar för konkursboet.

2. Fråga huruvida konkursboets massaansvar i nu aktuella avseenden påverkats av det förhållandet att vissa av verken vid överlåtelse tidpunkten varken hade offentliggjorts eller utgivits.

---

den 19 november 1992 om uthyrnings- och utlåningsrättigheter och vissa upphovsrätten närstående rättigheter inom det immaterialrättsliga området. Se vidare Levin 2007, s. 141 samt Rosén 2006, s. 132-133.) Konsumtionstidpunkten i enlighet med den äldre regeln (23 § 1 p. upphovsrättslagen) – det vill säga exakt när utgivning skulle anses ha ägt rum – förefaller dock ha varit en omdiskuterad fråga. Rosén 1989, s. 517 menade att exemplar i konkursboets lager normalt fick betraktas som utgivna “om viss försäljning ur ineliggande upplaga skett, men troligen även om en upplagas exemplar blott hållits tillgängliga för allmänheten genom försäljning eller anorledes”, dock att “en just tryckt upplaga kan anses utgiven”. Se även Lindskog 1997, s. 53 som, angående ändringen av konsumtionstidpunkt, framhåller att “bara för att man har ändrat på vissa regler i det obligatoriska förhållandet följer inte därav att också den sakrättsliga situationen är förändrad”. Lindskog (a.a.) framhåller vidare att “det skulle vara ganska anmärkningsvärt om boet nu plötsligt genom att ge ut böcker som var tryckta vid konkursutbrottet, har inträtt i förlagsavtalet och fått ett fullt ansvar enligt detta”, samt att “det innebär en kapitalförstöring att låta de böcker som är tryckta vid konkurstillfället bli makulatur om man inte kan komma överens med författaren”.



3. Fråga huruvida konkursboets massaansvar enligt ovan påverkas av om M.A. kan anses ha hävt förlagsavtalet mellan henne och konkursgäldenären före den tidpunkt då konkursboet ingick avtal om överlåtelse av konkursbolagets i lager liggande exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk.”<sup>755</sup>

### **17.2.7 Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte utgöra upphovsrättsintrång så länge förlagsavtalet var gällande**

Högsta domstolens svar på tingsrättens delfråga 1. i. var helt kort att konkursboets försäljning av lagerexemplar inte utgjorde upphovsrättsintrång så länge som förlagsavtalet var gällande.

### **17.2.8 Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte utgöra ett massaansvarsgrundande utnyttjande av licensgivarens prestation.**

Även på delfråga 1. ii. gav Högsta domstolen ett nekande svar. Konkursboets försäljning av lagerexemplar kunde enligt Högsta domstolen inte betraktas som ett massaansvarsgrundande utnyttjande av licensgivarens prestation. Detta skulle nämligen ha utgjort en ändring “av rättsläget i vad avser upphovsrättsupplåtelser som även skulle kunna få konsekvenser inom andra oreglerade områden för ömsesidigt förpliktande nyttjanderättsavtal utan att dessa konsekvenser närmare analyserats”.<sup>756</sup> Visserligen, menade Högsta domstolen, gav NJA 1986 s 136 ett visst stöd för att massaansvar skall anses ha uppkommit i den här typen av situationer, NJA 1999 s 617 talade emellertid mot en sådan lösning.<sup>757</sup>

I NJA 1986 s 136 hade A (enligt parternas egen klassifikation av avtalet) sålt en rotpost till B som sedan vidareöverlätit denna till C. Betalning erlades av C till B, som emellertid underlät att uppfylla sin avtalsenliga skyldighet att avskilja beloppet för A. När B gick i konkurs tillgodojorde sig C prestationen trots A:s protester. Hovrätten, vars dom fastställdes av Högsta domstolen, klassificerade försäljningen som upplåtelse av nyttjanderätt enligt 7 kap. 3 § JB. Vid nyttjanderättshavarens konkurs ansågs A, i enlighet med allmänna kontraktsrättsliga grundsatser såsom de framträder i köplagen, ha haft rätt att stoppa sin prestation. När prestationen ändå tillgodojordes av C, som inte ansågs ha haft bättre rätt än B, ansågs massaansvar ha uppkommit för B.<sup>758</sup> I NJA 1999 s 617 hade ett konkursbo efter hyresvärdens anfordran i enlighet med 12 kap. 31 § jordabalken förklarat sig vara ovilligt att ställa säkerhet eller påta sig massaansvar för hyreskostnaderna. Boet fortsatte emellertid att driva verksamhet i lokalerna. Boets agerande ansågs inte ha gett upphov till massaansvar. Högsta domstolen ansåg det vara “mindre lämpligt att nu föregripa lagstiftarens överväganden [i form av förmånsrättsutredningen, SOU 1999:1] genom att ålägga konkursboet en betalningsskyldighet

<sup>755</sup> Se NJA 2005 s 510 (NJA 2005:55, s 511).

<sup>756</sup> Se NJA 2005 s 510 (NJA 2005:55, s 515).

<sup>757</sup> Högsta domstolen hänvisade här till den beskrivning av gällande rätt som gavs i SOU 2001:80, s. 230f.

<sup>758</sup> Se vidare Lindskog 1993, s. 166-167 som är kritisk mot utgången och menar att A:s fordran inte borde ha prioriterats eftersom boet aldrig tillgodojort sig A:s prestation.

för hyra eller däremot svarande skadestånd som endast med svårighet låter sig förena med gällande lag och lagförarbeten”.<sup>759</sup>

Högsta domstolen avisade här en uppfattning som har haft starkt stöd i den juridiska litteraturen. Uppfattningen att när konkursboet utnyttjar en prestation som medkontrahenten har rätt att stoppa eller ta tillbaka, medkontrahentens ersättningskrav skall utgöra en massafordran har ett starkt stöd i den juridiska

---

<sup>759</sup> Se NJA 1999 s 617 (NJA 1999:79, s 621). Det är intressant att jämföra NJA 1999 s 617 med NJA 1993 s 13 där hyresvärden tilldömdes skadestånd för konkursboets olovliga utnyttjande av en lokal. En betydelsefull skillnad mellan dessa två fall är att konkursboets utnyttjande i NJA 1999 s 617 skedde samtidigt som avtalet gällde mellan parterna. (Se NJA 2007 s 519, i vilket Högsta domstolen – med hänvisning inte bara till den förändring som införandet av 12 kap 31 § 5 st. jordabalken inneburit, utan även till att i NJA 1999 s 617 hyresavtalet var gällande mellan parterna, medan det i NJA 2007 s 519 var förverkat – slog fast att ett konkursbos utnyttjande av en lokal efter det att hyresavtalet förverkats ger upphov till massaansvar. Se vidare Lindskog i NJA 2009 s 41 (NJA 2009:4, s. 55); Schultz 2009, s. 953; Söderlund 2009, s. 542-543; Tuula 2003, s. 101.) NJA 1993 s 13 tas för övrigt ofta upp som exempel på hur Högsta domstolen har tillämpat principen om obehörig vinst. Värt att notera är att Högsta domstolen aldrig nämnde obehörig vinst i NJA 1993 s 13. Något som inte heller kan anses ha varit nödvändigt. Att det är socialt, moraliskt och praktiskt oacceptabelt att tillåta utnyttjande av annans egendom på det sätt som skedde i NJA 1993 s 13 måste anses vara en tillräcklig motivering. Enligt min mening ligger det fortfarande en hel del i följande uttalande av Hellner (från 1950): “Domstolarna ha otvivelaktigt möjlighet att i därför lämpade fall använda principen om obehörig vinst som stöd för avgöranden, men de äro då hänvisade att på vanligt sätt, med användande av samma juridiska metod som eljest, väga skäl för och emot olika lösningar. Grundsatsen om obehörig vinst giver icke, lika lite som andra allmänt formulerade principer, med en enkel formel en generell lösning av ett stort antal invecklade juridiska problem.” (Se Hellner 1950, s. 398.) Visserligen kan man givetvis tänka sig att en mer utvecklad obehörig vinst-konstruktion skulle kunna fungera som ett värdefullt verktyg även för svenska jurister (principen om obehörig vinst är som bekant flitigt utnyttjad i många andra rättssystem). Något sådant (mer utvecklat) verktyg har vi knappast tillgång till i nuläget. (Se till exempel Schultz 2009 som argumenterar för en utveckling av obehörig vinst-konstruktionen. Att Schultz menar att obehörig vinst potentiellt sett skulle kunna spela en mycket betydelsefull roll i den svenska rätten framgår inte minst av att han argumenterar inte bara för ett utökat användande av principen utan även för en autonom obehörig vinst-disciplin vid sidan om “de ‘stora’ disciplinerna i civilrätten[n] – avtalsrätten, sakrätten och skadeståndsrätten” (Se a.a., s. 958-959).) Inför den eventuella konstruktionen av ett obehörig vinst-verktyg finns det dock all anledning att påminna om ytterligare något av det Hellner hade att säga om obehörig vinst: “Förklaringen till att i svensk doktrin och rättspraxis vinstterminologin icke använts, är väl närmast att den svenska rätten i så hög grad varit frigjord från konstruktioner överhuvud taget och inställd på att finna praktiska lösningar. Att svenska domstolar icke i större utsträckning begagnat terminologien obehörig vinst måste ofta anses vara en ren fördel. Såsom den tidigare framställningen visat, tages vinstkonstruktionen i utländska rättssystem ofta till hjälp för att komma över de svårigheter, som den hävdvunna juridiska begreppsbildningen skapat. I dessa fall innebär vinstkonstruktionen ofta en terminologiskt olycklig lösning, vars godtagande leder till att mera väsentliga omständigheter vid ersättningskyldighetens uppkomst lämnas i dunkel och till att regelsystemet får ett abstrakt och verklighetsfrämmande drag. Dessa verkningar har den svenska rätten lyckligtvis undgått. Icke heller har man drivits till att sammanföra till funktion och karaktär vitt skilda regler, vilka blott haft det gemensamt att de till nöds kunnat konstrueras som vinstkrav.” (Se Hellner 1950, s. 393.) Hellners varningar framstår fortfarande som relevanta. Obehörig vinst-principen är enligt min mening fortfarande en konstruktion som riskerar att bli inte i stort sett mer än en etikett som klistras på ett antal egentligen ganska disparata situationer där vi av olika skäl anser att ersättning bör utgå. (Kanske skulle en mer rättvisande beteckning vara “principen om ersättning i särskilda fall”?) Och vad värre är, obehörig vinst-etiketten riskerar också att dölja att det är just dessa – ofta värderingsbaserade – skäl som är grunden till att vi anser att ersättning är på sin plats, och inte att “det finns” en obehörig-vinst princip som anger att ersättning skall utgå.

litteraturen.<sup>760</sup> Denna lösning har dels motiverats med hänvisning till att den systematiskt sett ger bäst ledning,<sup>761</sup> dels med att den kan antas öka medkontrahentens incitament att samarbeta i syfte att uppnå en effektiv avveckling av boet.<sup>762</sup> Högsta domstolens resonemang i NJA 2005 s 510 har också mycket riktigt kritiserats i den juridiska litteraturen.<sup>763</sup>

Det har till exempel framhållits att NJA 1999 s 617 och den beskrivning av gällande rätt som ges i SOU 2001:80 får anses ha varit överspelade vid den tidpunkt som var relevant i NJA 2005 s 510.<sup>764</sup> Numera följer uttryckligen av 12 kap. 31 § 3 st. jordabalken att boet efter anfordran från hyresvärden inom en månad måste ställa tillräcklig säkerhet för hyresfordringarna, förklara sig villigt att inträda, eller (i förekommande fall) överlåta avtalet. Om boet inte fullgör sina skyldigheter enligt 3 st. har hyresvärden rätt att säga upp avtalet. Om boet i denna situation efter anfordran inte lämnar lokalen svarar det enligt 5 st. för hyran från konkursbeslutet till dess lokalen ställs till hyresvärdens förfogande. Mot bakgrund av 12 kap. 31 § jordabalkens nya lydelse kan Högsta domstolens motivering till att inte tillämpa den i den juridiska litteraturen förespråkade och av Förmånsrättskommittén föreslagna lösningen framstå som mindre övertygande:

”Den princip som nu kommer till uttryck i JB 12 kap. 31 § 5 st. JB är just den som föreslagits av Förmånsrättskommittén,[n] nämligen att konkursboet blir tvunget att som massaskuld betala vederlaget för den tid boet faktiskt utnyttjat motpartens prestation.[n] Varför kunde då HD inte referera till denna princip eftersom rättsfallet NJA 1999 s. 617 får anses överspelat?”<sup>765</sup>

I NJA 2009 s 41 förefaller Högsta domstolen delvis ha resonerat i just dessa banor.

NJA 2009 s 41 handlade om konkursbos ansvar enligt 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken. Efter uppmaning av hyresvärden hade konkursboet i fråga förklarat att boet, om hyresvärden så insisterade, var berett att lämna lokalen på dagen en månad efter uppmaningen. Meddelandet ansågs ha utgjort ett i och för sig tillräckligt klart besked. Frågan var om lokalen kunde anses ha ställts till hyresvärdens förfogande trots att egendom tillhörande konkursgäldenären fanns kvar i lokalen, att delar av lokalen fortsatte att utnyttjas av en andrahandshyresgäst samt att lokalen varit föremål för miljösanering i boets regi. Inget av dessa förhållanden medförde enligt Högsta domstolen att boet inte skulle anses ha ställt lokalen till hyresvärdens förfogande. Skyldigheten att tömma lokalen hade enligt Högsta domstolen uppkommit i samband med hyresavtalet, det vill säga före konkursen, och var därmed, enligt 5 kap. 1 § konkurslagen, att betrakta som en konkursfordran. Inte heller kunde hyresvärden anses ha sakrättsligt skydd för sitt krav på att återfå lokalen i avtalat skick. Den kvarlämnade egendomen medförde alltså inte att lokalen inte

---

<sup>760</sup> Se avsnitt 17.2.5, not 752.

<sup>761</sup> Såvitt jag förstår Håstad 1996, s. 419 rätt.

<sup>762</sup> Se Lindskog 1993, s. 165.

<sup>763</sup> Jag är själv en av kritikerna, se Andreasson 2006, men i huvudsak utifrån andra utgångspunkter.

<sup>764</sup> Se Persson 2006-07, s. 181-182.

<sup>765</sup> Se Persson 2006-07, s. 181-182. Se även Persson 2008 där det intressanta efterspelet till NJA 2005 s 510 diskuteras. (Se dom från Växjö tingsrätt av den 10 maj 2006 (T-1830-02) och dom från Göta hovrätt av den 11 juni 2007 (T- 1589-06)).

hade ställts till hyresvärdens förfogande i enlighet med 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken. Inte heller den kvarvarande andrahandshyresgästen medförde att lokalen inte ansågs ha ställts till hyresvärdens förfogande. Detta eftersom konkursboet inte hade någon skyldighet att inträda i avtalet med andrahandshyresgästen, vilket var en förutsättning för att boet skulle ha kunnat agera i saken. Slutligen framhöll Högsta domstolen att ett på miljöbalken baserat ansvar på grund av att avfallet ingått i konkursboet inte bör få återverkningar på tillämpningen av 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken. Att konkursboet avlägsnat befintligt avfall från lokalen först efter fristens utgång ansågs inte medföra att lokalen inte ställts till hyresvärdens förfogande inom rätt tid.

I NJA 2009 s 41 beskrevs konkursboet massaansvar vid utnyttjande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation som den allmänna princip som låg till grund för det förslag från Förmånsrättskommittén som så småningom ledde fram till 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken:

”Bestämmelsen [det vill säga 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken] infördes år 2004. Bakgrunden var att Förmånsrättskommittén i betänkandet Nya förmånsrättsregler, SOU 1999:1, hade föreslagit att man skulle överge principen att ett konkursbo kunde utnyttja konkursgäldenärens anställdas arbete eller en av konkursgäldenären hyrd lokal utan massaansvar (frånsett en kort övergångstid), om konkursboet inte inträtt i avtalsförhållandet (se NJA 1979 s 253 och 1999 s 617; jfr även NJA 1966 s 241 och 2005 s 510 om utnyttjande av förlagsrätt). Kommittén motiverade sitt förslag med att ett konkursbo inte borde kunna bedriva en rörelse på förmånligare villkor än konkurrerande näringsidkare (a. bet. s. 298 och 363). Samtidigt gav kommitténs förslag uttryck för den allmänna principen att en medkontrahent till konkursgäldenären, som hade en mot konkursborgenärerna skyddad rätt att innehålla eller återta sin prestation om vederlag inte utgavs av konkursgäldenären eller konkursboet (men inte utnyttjat denna möjlighet), skall ha rätt till det med gäldenären avtalade vederlaget från konkursboet om detta tillgodogör sig prestationen. (Jfr 63 § fjärde och femte styckena köplagen, 1990:931, och NJA 1986 s. 136 samt kommitténs efterföljande betänkande Gäldenärens avtal vid insolvensförfaranden, SOU 2001:80 s. 151 ff., Lindskog, Kvittning, 2 uppl. 1993, s. 161 ff., och Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl. 1996, s. 418 ff. – Beträffande utnyttjande efter medkontrahentens hävning, se NJA 2007 s. 519.)”<sup>766</sup>

Värt att notera är hur Högsta domstolen för samman NJA 2005 s 510 och NJA 1966 s 241 med NJA 1979 s 253 och NJA 1999 s 617 i ett sammanhang där den nu, åtminstone delvis (massaansvar för utnyttjande av lokal kräver trots allt viss aktivitet – det vill säga en uppmaning – från hyresvärdens sida, och boet ges en månads frist), överspelade principen att ett konkursbo vid uteblivet inträde skall kunna utnyttja konkursgäldenärens anställdas arbete eller en av konkursgäldenären hyrd lokal utan massaansvar diskuteras. Det är lätt att få intrycket att NJA 2005 s 510 i de i detta avseende relevanta delarna bygger på numera till stora delar överspelade utgångspunkter.

---

<sup>766</sup> Se NJA 2009:4, s. 52 (NJÄ 2009 s 41).

Den avseende motiveringen i NJA 2009 s 41 skiljaktige ledamoten, Lindskog, betecknar uttryckligen NJA 2005 s 510 som en avvikelse från de styrande principerna på området. Räckvidden av NJA 2005 s 510 sägs följaktligen vara begränsad: "[A]ngående frågan om boets vederlagsansvar får [NJA 2005 s 510] anses ha en till immaterialrättsliga förhållanden begränsad räckvidd."<sup>767</sup> Enligt Lindskog är även bestämmelsen i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken att betrakta som ett undantag. (Man får anta att det är kravet på uppmaning från hyresvärden samt enmånadsfristen som enligt Lindskog kvalificerar bestämmelsen som undantag.) Bestämmelsen i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken bör därför enligt Lindskog inte tillmätas någon betydelse utanför hyresförhållanden.

Håstad framhåller i sitt tillägg att kravet på uppmaning i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken har medfört att den allmänna princip som förespråkats av bland annat Förmånsrättskommittén – det vill säga att konkursboet skall bli massaansvarigt vid utnyttjande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation – i nuläget inte kan anses generellt godtagen. Detta kan enligt Håstad antas ha bidragit till att vi har fått motstridiga ad hoc avgöranden – som NJA 2005 s 510 – och att det "råder fortsatt osäkerhet om den grundläggande principen".<sup>768</sup> Med detta synsätt blir det angeläget att verka för ett avskaffande av uppmaningskravet i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken. Endast då kan vi få "en heltäckande och klar princip för gränsen mellan massafordringar och konkursfordringar när konkursboet utnyttjar gäldenärens medkontrahents prestationer."<sup>769</sup>

#### **17.2.8.1 Konkursboets försäljning av lagerexemplar ansågs inte kunna tolkas som ett konkludent inträde i förlagsavtalet**

Även på delfråga 1. iii. gav Högsta domstolen ett nekande svar. Enbart konkursboets försäljning av lagerexemplar kunde inte tolkas som ett konkludent inträde i förlagsavtalet. För det första framhöll Högsta domstolen att författaren inte hade kunnat hindra konkursgäldenären från att sälja lagerexemplaren så länge förlagsavtalet var gällande. För det andra framhöll Högsta domstolen att

---

<sup>767</sup> Se NJA 2009, s. 41 (NJA 2009:4, s. 55). Jag har i Andreasson 2006 argumenterat för att avgörandet borde ha snävats in ännu mer, till just upphovsrättslicenser där det finns starka ideellrättsliga eller liknande faktorer med i bilden.

<sup>768</sup> Se NJA 2009 s 41 (NJA 2009:4, s. 62).

<sup>769</sup> Se NJA 2009 s 41 (NJA 2009:4, s. 62). Ambitionen att slå fast en *gräns* mellan massa- och konkursfordringar har för övrigt kritiserats. Söderlund 2009 menar, med utgångspunkt i att konkursboet skall ses som en association som kan ådra sig förpliktelser på samma sätt som andra rättssubjekt,(a.a., s. 541-542) att skillnaden mellan massa- och konkursfordringar är en artskillnad och inte gradskillnad. Söderlund 2009, s. 549 kritiserar följaktligen Högsta domstolen för att i NJA 2005 s 510 ha besvarat hissfråga 1. ii. med utgångspunkt i att frågan "gällde uppkomsten av en *massafordring*, inte om konkursboet hade ådragit sig en *förpliktelse*". Resultatet av denna problemformulering blir enligt Söderlund (a.a.) att Högsta domstolens argumentering inte skapar någon större klarhet: "HD anknöt inte till den obligationsrättsliga ansvarsregeln utan diskuterade massafordringens uppkomst fritt, närmast i ett rättsligt vakuum – som en fråga om *tidpunkten* för fordringens uppkomst." Massafordringar bör enligt Söderlund inte betraktas som något annat än "ett slags vanlig förpliktelse som har ett konkursbo som ansvarsbärare[n]". (Se a.a., s. 559.)

försäljningen avsåg ett ineliggande lager som producerats innan konkursutbrottet, för vilket konkursbolaget burit produktionskostnaderna, och att försäljningen därmed kan likställas med normal avveckling av ett konkursbos varulager.

### **17.2.8.2 Vad lagerexemplarsproblematiken säger om sak- och immaterialrätten och förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

NJA 2005 s 510 har som framgått ovan kritiserats ur ett antal olika perspektiv. Kritiken visar inte minst på hur olika uppfattningarna är om förutsättningarna för att hantera den inträdesrättsliga problematiken.

Enligt en uppfattning ger 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken uttryck för den allmänna principen att konkursboet blir massaansvarigt för tillägnande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation. Med detta synsätt får NJA 1999 s 617 anses vara överspelat och Högsta domstolen hade i NJA 2005 s 510 mycket väl kunnat slå fast att när boet utnyttjar medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation, till exempel en upphovsrättslig spridningsrätt, så ger det upphov till massaansvar för boet.<sup>770</sup>

Enligt en närliggande uppfattning är både NJA 2005 s 510 och 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken att betrakta som (beklagliga) undantag från den på området styrande huvudprincipen, det vill säga att konkursboet blir massaansvarigt vid utnyttjande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation. Med detta synsätt kan NJA 2005 s 510 endast anses ha en högst (till det immaterialrättsliga området) begränsad räckvidd avseende boets vederlagsansvar.<sup>771</sup>

Ytterligare en uppfattning är att det fortfarande råder osäkerhet kring hur den principiella utgångspunkten vid konkursboets utnyttjande av medkontrahentens prestation skall formuleras. Just på grund av samtyckeskravet i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken och högsta domstolens ställningstagande i NJA 2005 s 510 kan inte principen att boets tillägnande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation ger upphov till en massafordran anses ha erhållit allmän acceptans. Med detta synsätt blir det, i syfte att uppnå en heltäckande och klar princip, angeläget att få till en lagändring där samtyckeskravet i 12 kap. 31 § 5 st. jordabalken tas bort.<sup>772</sup>

En heltäckande princip med innebörden att boet blir massaansvarigt vid tillägnande av medkontrahentens sakrättsligt skyddade prestation kan visserligen antas öka förutsebarheten genom att skapa en förhållandevis klar och tydlig gräns mellan konkurs- och massafordringar. Att ge licensgivaren prioritet med hänvisning till att boets försäljning av lagerexemplar som har tillverkats i enlighet med licensen utgör ett tillägnande av licensgivarens prestation (det vill

---

<sup>770</sup> Se Persson ovan vid not 765 samt om majoritetens motivering i NJA 2009 s 41.

<sup>771</sup> Se Lindskog vid not 767.

<sup>772</sup> Se Håstad vid not 768.

säga licensgivarens sakrättsligt skyddade spridningsrätt) är enligt min mening också att föredra framför att knyta licensgivarens prioritet utslutande till hävning av licensavtalet innan försäljning. Hävningen som prioritetsgrundande moment riskerar att leda till en kapplöpning mellan licensgivare och konkursförvaltare. Licensgivaren vill häva innan försäljning medan förvaltaren vill det omvända. En alltför snabb försäljning riskerar att leda till värdeförstöring (boet riskerar att få för lite betalt och chansen att exemplaren förvärvas av den som har bäst förutsättningar att skapa värde med dem kan minska). En alltför snabb försäljning kan också antas vara särskilt olämplig när det är fråga om upphovsrättsligt skyddade konstnärliga alster.<sup>773</sup> Att knyta licensgivarens prioritet utslutande till hävning av licensavtalet leder också, som vi såg i efterspelet till NJA 2005 s 510, till tvister om exakt när försäljningsavtal skall anses ha ingåtts mellan boet och köparen av exemplaren.<sup>774</sup> Att utslutande knyta licensgivarens prioritet till hävning av licensavtalet innan försäljning av lagerexemplaren riskerar alltså att leda till oönskade konsekvenser. Men även prioritet baserad på en allmän och heltäckande princip om boets massaansvar för utnyttjande av motpartens sakrättsligt skyddade prestation kan få icke önskvärda konsekvenser i detta sammanhang.

En tänkbar negativ effekt är att en tillämpning av den allmänna principen om tillägnande på lagerexemplarsfallet kan leda till att det uppstår värdeförstörande låsningar.<sup>775</sup> Licensgivarens immaterialrättsliga anspråk kan kollidera med de äganderättsanspråk som kan göras gällande mot de fysiska exemplaren.<sup>776</sup> Det är försäljningen som ett utnyttjande av licensgivarens spridningsrätt som ger licensgivaren rätt till en massafordran i konkursen. Detta innebär att det finns en risk att det blir meningslöst för boet att sälja av konkurslager och att exemplaren istället makuleras eller på annat sätt kasseras. Särskilt stor kan risken för låsningar antas vara när lagret består av multitekniska produkter och licensgivarna är många och har olika intressen.

Inte heller är det helt givet att grundförutsättningen för tillämpning av "den enhetliga principen" ligger för handen i dessa fall. Immaterialrätten behöver inte nödvändigtvis ses som en prestation som boet tillägnar sig i samband med

---

<sup>773</sup> Se dock som sagt Möller 1988, s. 634 som menar att detta argument är svagt. Konkursförvaltaren är skyldig att realisera exemplar och alster i enlighet med licensavtalet. När det gäller böcker tillverkade i enlighet med förlagsavtal kan förvaltaren inte realisera dessa på ett icke-avtalsenligt sätt utan att boet drabbas av ett massafordringsgrundande skadeståndsansvar. Kanske bör dock kapplöpningsargumentet inte avfärdas helt och hållet. Det kan väl knappast i alla lägen vara optimalt (varken för boet eller författaren) att exemplar realiseras så snart som det är *möjligt* enligt licensavtalet. Sedan uppkommer även frågan exakt när realisation är tillåten enligt ett visst avtal. Särskilt för licensgivare i form av enskilda upphovsmän kan det kanske ofta framstå som avskräckande att behöva tvista med konkursboet om denna fråga.

<sup>774</sup> Se Persson 2008 samt dom från Växjö tingsrätt av den 10 maj 2006 (T-1830-02) och dom från Göta hovrätt av den 11 juni 2007 (T-1589-06).

<sup>775</sup> Se Lindskog vid not 754.

<sup>776</sup> Av konkursgäldenären genom boet eller av boet direkt, hur man nu vill se det. Se vidare Söderlund 2009 som ser konkursboets äganderätt till konkursmassan som en grundbult i den av Söderlund framförda konkursassociationsrättsliga grundsynen.

försäljning av lagerexemplar tillverkade i enlighet med licensen. Utgångspunkten i konkurs är vanligtvis att alltför stora anspråk riktas mot en alltför liten tillgångsmassa. Alla anspråk, som i och för sig alla kan vara legitima och beskrivas som rättighetsbaserade, kan inte tillgodoses. Vad är det egentligen som säger att immateriella rättigheter nödvändigtvis skall anses omfatta exemplar som har producerats med konkursgäldenärens, och därmed indirekt konkursborgenärernas, medel? Till skillnad från när ett konkursbo utnyttjar en materiell tillgång som konkursgäldenären har hyrt, så är det dessutom inte tillgången som sådan som utnyttjas i lagerexemplarsfallet. Det är inte fråga om att konkursboet förfogar över den immateriella rättigheten som sådan. Till skillnad från vid utnyttjande av en hyrd materiell tillgång innebär inte heller konkursboets tillägnande att medkontrahenten undandras tillgången. Den immateriella rättighetens icke-exklusiva karaktär medför att medkontrahenten vid uteblivet inträde i licensavtalet fritt kan utnyttja den immateriella rättigheten i andra sammanhang. Medkontrahenten kan till exempel teckna licensavtal med ny licenstagare.

Visst kan förekomsten av ett befintligt lager utanför immaterialrättshavarens kontroll i vissa fall antas sänka den immateriella rättighetens värde. Av detta skäl samt på grund av att författare samt andra utövande konstnärer har ett särskilt starkt ideellt intresse knutet till utnyttjandet av exemplar av deras verk kan det vara motiverat med en särskild prioritet för den här typen av licensgivare. Om det är kontrollintresset som är det centrala för den här typen av licensgivare, så är särskild förmånsrätt för royaltyfordringar knappast den mest väl anpassade lösningen.<sup>777</sup> Bättre vore att slå fast att författarnas upphovsrätt skall gälla fullt ut även i konkurs. Detta ger författarna helt andra förutsättningar att kontrollera exemplaren. Av central betydelse blir då att klart och tydligt ange att det är just de ideellrättsliga aspekterna som motiverar upphovsrättslicensgivarnas exceptionellt starka ställning. Det är inte säkert att det är motiverat att ge prioritet till licensgivare i de fall de ideellrättsliga motiven saknas.

Vilken betydelse har då de gängse föreställningarna om licensgivarens ställning vid licenstagarens konkurs för TDA och I-Capital? Sammanfattningsvis kan sägas att de är mycket betydelsefulla. Eftersom P-OLED teknologin realiserar genom licenser intar TDA i hög utsträckning rollen som licensgivare. I-Capital har därmed ett stort intresse av att kunna bedöma hur TDA som licensgivare kan antas påverkas av att någon av TDA:s licenstagare går i konkurs. Denna bedömning har inte minst bäring på riskbedömningen i stort och därmed på värderingen av TDA:s resurser.

Som licensgivare anses TDA:s eventuella hävning vid en licenstagares konkurs som utgångspunkt ha sakrättslig effekt. Licenstagarens konkursbo anses

---

<sup>777</sup> Särskild förmånsrätt för författares med fleras royaltyfordringar föreslogs i LU 1981/82:3 där det framhölls att författarna, en utpräglad låginkomstgrupp, på vilkas arbete förlagsverksamheten i grunden vilar, saknar förmånsrätt, och således jämföras med leverantörer. Statens kulturråd jämförde i sitt remissyttrande författarnas och de förlagsanställdas position: "De förlagsanställda omfattas av förmånsrätten och den statliga lönegarantin, medan upphovsmannens royaltyfordran uppfattas såsom oprioriterad. Detta innebär att denna utpräglade låginkomstgrupp på vilken förlagsverksamheten beror vid en konkurs i praktiken ej har del i boet." (Se LU 1981/82:3, s. 4.) Se vidare Lindskog 1993, s. 198, n. 134; Möller 1986, s. 598 samt Söderlund 2009, s. 521, n. 2119.



visserligen, när väsentliga investeringar lagts ned i utnyttjandet, som utgångspunkt kunna förhindra en hävning genom att inträda. Inträde medför dock massaansvar för förpliktelserna enligt licensavtalet. Inträdesrätt anses inte heller föreligga när licenstagarens person är särskilt viktig för licensgivaren. Boet måste dessutom sannolikt ta på sig fullt ansvar för förpliktelser både bakåt och framåt i tiden. Kan avtalet inte överlåtas kan inträde bli praktiskt omöjligt. Det råder olika uppfattningar i frågan hur eventuella konkursklausuler skall hanteras. Den dominerande uppfattningen bland konkursrättare är att sådana klausuler inte bör anses vara giltiga. De som har en mer kontraktsrättsligt färgad syn på frågan intar dock vanligtvis motsatt utgångspunkt. Möjligtvis skall konkursklausulers giltighet prövas kasuistiskt. I det fall licenstagaren är ett tillverkande bolag (vilket i TDA:s fall vanligtvis är fallet), så är frågan om hur eventuella lagerexemplar skall behandlas av stort intresse. NJA 2005 s 510 talar visserligen emot att en massafordran skall anses uppkomma till följd av konkursboets utnyttjande av licensgivarens sakrättsligt skyddade prestation (det vill säga spridningsrätten). Som licensgivare anses TDA dock som utgångspunkt ha rätt att vid en licenstagares konkurs häva avtalet och hindra licenstagarens konkursbo från att fortsätta utnyttja licensen. Även om konkursboet i sådant fall kan ha rätt att inträda, så anses detta förutsätta inträde med massaansvar – antagligen i avtalet i dess helhet. För övrigt visar diskussionen om licensgivarens ställning vid licenstagarens konkurs på det allmänna sak- och immaterialrättsliga tankemönster som är av så stort intresse för TDA och I-Capital. Inte minst visar likställandet av immaterialrättslicenser och nyttjanderätt till lös egendom i allmänhet tydligt på hur de immateriella rättigheterna återigen behandlas som objekt inom ramen för traditionella sak- och konkursrättsliga konstruktioner.

### ***17.3 Konkurrens mellan två oförenliga anspråk på licensrätt samt konkurrens mellan anspråk på licensrätt och förvärv av grundrättigheten***

I diskussionen om dubbelförfogande över immaterialrättslicenser skiljer man vanligtvis på dubbelförfogande där licensgivaren upplåter två oförenliga licenser och dubbelförfogande där licensgivaren först upplåter licens och sedan överlåter rättigheten utan förbehåll för licensen. Diskussionen om hur eventuella konflikter mellan konkurrerande licensanspråk skall lösas är av intresse för TDA och I-Capital eftersom TDA är licenstagare och TDA:s licenser i flera fall ingår som betydelsefulla beståndsdelar i P-OLED resurspaketet.

#### **17.3.1 Licensgivaren upplåter två oförenliga licenser**

I det fall rättighetshavaren upplåter två eller flera licensrätter till samma grundrättighet finns det anledning att betona att licensanspråken verkligen

måste vara just oförenliga för att en dubbelförfogandekonflikt skall föreligga.<sup>778</sup> Immateriella rättigheter är icke-exklusiva resurser. Möjligheterna till delat utnyttjande är därför i princip oändliga. I det fall två licensanspråk verkligen är oförenliga är den dominerande uppfattningen i detta fall densamma som vid dubbelöverlåtelse av immateriell rättighet. På grund av att det inte finns något legitimerande moment anses konflikten lösas i enlighet med en prioritetsprincip.<sup>779</sup> Även i detta fall kan alternativa lösningar baserade på samutnyttjande diskuteras.<sup>780</sup> Sådana förslag kommer att mötas av argumentet att exklusiviteten även i detta fall vanligtvis är alltför betydelsefull för licenstagarna för att samutnyttjande skall anses vara en lämplig lösning.<sup>781</sup>

### **17.3.2 Licensgivaren upplåter först licens och överlåter sedan rättigheten utan förbehåll**

En särskild variant av dubbelförfogande uppkommer när licensgivaren överlåter grundrättigheten utan att förbehålla licensrätten. Som nämnts ovan har immaterialrättslicenser i allmänhet betraktats som en form av nyttjanderätt till lös egendom. Utgångspunkt för diskussionen har därför varit föreställningen om nyttjanderättsanspråket som endast ett obligatoriskt anspråk utan sakrättsligt skydd.<sup>782</sup> Konflikten mellan en licenstagare och en förvärvare av rättigheten skulle mot bakgrund av detta synsätt lösas genom att förvärvaren prioriteras, "köp bryter legostämman".<sup>783</sup> Numera framhålls emellertid allt oftare att även denna konflikt bör lösas enligt prioritetsprincipen.<sup>784</sup> Licenstagaren skulle alltså ges rätt att återropa licensen även mot en köpare av grundrättigheten. Denna lösning sägs motverka värdeförstöring. En lösning där förvärvaren av en immateriell rättighet alltid prioriteras framför en licenstagare kan leda till att nedlagda investeringar i utnyttjandet av licensen blir värdelösa. Avsaknad av ett sakrättsligt skydd för licenstagaren i den här typen av situationer kan också leda till att viljan att investera i sådant utnyttjande minskar och att licensmarknaden

---

<sup>778</sup> Jfr NJA 2009 s 695.

<sup>779</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 295; Domeij 2003, s. 217; Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Levin 2007, s. 472; Persson 2002, s. 78; Prop. 1977/78:1 A, s. 243; Prop. 1987/88:4, s. 19; SOU 1985:10, s. 38-39; Walin 1998, s. 220-221.

<sup>780</sup> Se till exempel Levin 2007, s. 472 som framhåller att: "Som huvudregel är det således tidsprioritet som räknas, men den kanske inte kan upprätthållas som en oavvislig dogm när det gäller partiella överlåtelser och effekterna framstår som orimliga [...]" Se vidare Blomqvist 1987, s. 186f. samt Godenhielm 1986, s. 15ff. SOU 1985:10, s. 39.

<sup>781</sup> Se Domeij 2003, s. 217 samt Rosén 2006, s. 84-85.

<sup>782</sup> Se avsnitt 17.1.1.

<sup>783</sup> Se till exempel Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980, s. 279; Prop. 1977/78:1 A, s. 243-244; Sandgren 1974, s. 128 som dock lägger vikt vid förvärvarens goda tro. Sentensen "köp bryter legostämman" är för övrigt hämtad från 16 kap 15 § jordabalken i 1734 års lag och brukar användas som sammanfattande beskrivning av hur nyttjanderätt till lös egendom i de flesta fall inte åtnjuter sakrättsligt skydd. Se vidare Millqvist 2009, s. 20.

<sup>784</sup> Se Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009, s. 295; Domeij 2003, s. 219-220; Håstad 2004, s. 38 (tillägg till s. 434); Levin 2007, s. 472; Persson 2002, s. 79; SOU 1985:10, s. 93-99; SOU 1958:10, s. 323; SOU 1994:120, s. 189; Prop. 1987/88:4, s. 19; Prop. 1995/96:26, s. 28.

därmed blir mindre dynamisk och effektiv. Vilket i sin tur kan antas påverka kunskaps- och teknikspridningen negativt, med åtföljande negativa effekter på ekonomisk tillväxt, och så vidare.

För TDA och I-Capital innebär en avtalsbaserad prioritetsprincip vid konkurrens mellan licensanspråk onekligen en viss risk. Om TDA frångår rätten till en licens på grund av att licensgivaren tidigare har upplåtit licens till någon annan riskerar resurspaketets värde att minska. Med ett effektivt registreringsystem för immaterialrättstransaktioner hade denna risk kunnat undvikas. Även en eventuell lösning baserad på föreställningen om licensen som en nyttjanderätt och nyttjanderätten som en svag sakrätt som förlorar i konkurrens med ett förvärv av grundrättigheten innebär en risk för TDA och I-Capital. Den risk som denna föreställning utgör skall dock inte överdrivas. Den numera dominerande uppfattningen är, som nämnts ovan, att även konflikten mellan ett licensanspråk och ett anspråk grundat på förvärv av grundrättigheten bör lösas enligt en prioritetsprincip. En sådan lösning är visserligen att föredra ur TDA:s och I-Capitals perspektiv, men den lämnar oss fortfarande med behovet av ett registreringsystem för att undvika obehagliga överraskningar.

#### ***17.4 Licensgivaren saknar ett giltigt anspråk – obehörigt förfogande***

Synen på godtrosvärv av licensrätt är densamma som synen på godtrosvärv av den immateriella grundrättigheten.<sup>785</sup> Godtrosvärv anses inte vara möjligt.<sup>786</sup> Licensstagaren anses alltså inte kunna erhålla prioritet framför den som kan göra gällande en äldre och bättre rätt till grundrättigheten än licensgivaren.

I det fall licensgivaren frångår ett patent med hänvisning till patentlagens regler om bättre rätt har dock licensstagaren enligt 53 § 2 st. in fine patentlagen rätt att fortsätta att utnyttja licensen, under förutsättning att licensen har antecknats i patentregistret. Om man så vill kan detta ses som en form av godtrosvärv.<sup>787</sup>

Även i detta fall saknas det en legitimerande omständighet som kan utgöra grund för – och framförallt avgränsa möjligheterna till – ett godtrosvärv. De potentiella nackdelarna med en total frånvaro av godtrosvärvsmöjligheter är vidare desamma som vid överlåtelse.<sup>788</sup> Och även i detta fall skulle dessa risker kunna minskas med ett effektivt registreringsystem med sakrättslig verkan för immateriella rättigheter.

---

<sup>785</sup> Se avsnitt 16.4 om denna syn.

<sup>786</sup> Se Domeij 2003, s. 217; Levin 2007, s. 472; Rosén 2006, s. 84; SOU 1985:10, s. 38.

<sup>787</sup> Jfr avsnitt 16.4.1 om "godtrosvärv" av företagshemlighet.

<sup>788</sup> Se avsnitt 16.4.2.



## 18 Avslutningsvis om de sak- och immaterialrättsliga lösningarnas funktion för TDA och I-Capital

I detta kapitel har de i det traditionella rättskällematerialet för TDA och I-Capital relevanta sak- och immaterialrättsliga lösningarna analyserats. Med andra ord skulle detta kapitel kunna beskrivas som ett försök att besvara frågan hur de sak- och immaterialrättsliga lösningarna i allmänhet och de etablerade säkerhetskonstruktionerna i synnerhet fungerar för TDA och I-Capital.

Vad gäller säkerhetskonstruktionernas uppbyggnad, så har ett antal faktorer som kan antas försvåra utnyttjandet av TDA:s resurser som kreditsäkerhet identifierats. För det första har I-Capital ingen möjlighet att uppnå prioritet i förhållande till den som kan göra gällande bättre rätt än TDA till de pantsatta patenten och varumärkena. I-Capital har inte heller möjlighet att göra gällande bättre rätt än tidigare förvärvare eller patent- och varumärkeslicenstagare. Det är också mycket möjligt att I-Capital endast kommer att ha högst begränsade möjligheter att ingripa mot intrång i de pantsatta rättigheterna. För det andra anses det vara osäkert huruvida upphovsrätter överhuvudtaget skall kunna pantsättas. För I-Capital innebär detta sannolikt att det upplevs som säkrast att genomföra en säkerhetsöverlåtelse av TDA:s upphovsrätter. Bland annat eftersom upphovsrätterna därmed måste licensieras tillbaka till TDA kan detta antas öka transaktionskostnaderna något.

Mot bakgrund av att I-Capital har intresse av att kunna gå in och ta över kontrollen över TDA:s resurser i det fall TDA förlorar förmågan att utnyttja och vårda dessa, så framstår säkerhetsöverlåtelsealternativet möjligtvis som lockande för samtliga rättigheter. I det fall en säkerhetsöverlåtelse medför att I-Capital anses erhålla fulla ägarbefogenheter, så skulle I-Capital exempelvis anses ha erhållit rätten att föra talan vid intrång i rättigheterna. Efter registrering av I-Capital som ägare i patent- respektive varumärkesregistret föreligger det inte heller någon risk att TDA begär att rättigheterna skall upphöra. I-Capital kommer heller inte att ha några problem med att sköta den administrativa vården av rättigheterna. Frågan är givetvis vad TDA anser om säkerhetsöverlåtelsealternativet. Säkerhetsöverlåtelse av rättigheterna kan försätta TDA i en position där I-Capital möjligtvis kommer att kunna begära att patent och varumärken skall upphöra och så vidare.

Vad gäller det övergripande sak- och immaterialrättsliga tänkandet, så kan detta beskrivas som i huvudsak en applicering av traditionella sakrättsliga modeller på immateriella rättigheter. Även om det finns antydningar till alternativa synsätt är den övergripande tendensen klar. De immateriella rättigheterna behandlas i stort sett som motsvarigheter till fysiska objekt. De specifika sak- och immaterialrättsliga lösningar som detta övergripande synsätt resulterar i medför ett antal potentiella risker för TDA och I-Capital. Tillämpningen av en prioritetsprincip vid dubbelförfoganden över immateriella rättigheter och immaterialrättslicenser utsätter TDA och I-Capital för risken att det dyker upp en tidigare okänd köpare eller licenstagare vars anspråk kommer att prioriteras. I frågan av en godtrosvärvmöjlighet för såväl immaterialrättsförvärv som

immaterialrättslicenser kan TDA och I-Capital inte heller skydda sig mot ett anspråk från den som kan göra gällande bättre rätt till en grundrättighet.

Ingen av de ovan nämnda faktorerna utgör emellertid något oöverstigligt hinder för TDA och I-Capital. Som en på utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet specialiserad aktör har I-Capital förmågan att hantera dessa hinder. Det huvudsakliga (rättsliga) hindret för utnyttjande av TDA:s resurspaket i sin helhet som kreditsäkerhet är istället de begränsade möjligheterna att uppnå kontroll över icke immaterialrättsligt skyddade delar av resurserna. Vid TDA:s eventuella konkurs kan I-Capital antas få svårigheter att förhindra TDA:s konkursbo från att utnyttja och förfoga över de kodifierade kunskapsresurser som inte omfattas av immateriella rättigheter. En specialiserad kreditgivare som I-Capital kan (till skillnad från de flesta icke-specialiserade kreditgivare) visserligen antas ha möjlighet att anpassa sig även till de risker som detta förhållande medför. I-Capital har kapacitet att avgöra om exempelvis ett patent eller en patentportfölj är självständigt värdegenererande eller inte. Det skulle alltså vara fullt möjligt för I-Capital att överge alla försök att utnyttja inbördes beroende resurser av det slag som TDA innehar som kreditsäkerhet och istället inrikta sig helt på självständigt värdegenererande immateriella rättigheter. Om kreditgivare som I-Capital måste begränsa sig till den här typen av rättigheter, så minskar emellertid möjligheterna till lånefinansiering baserad på intellektuella resurser i teknologitunga branscher.

Det skall i avhandlingens följande och fjärde del undersökas i vilken mån det är möjligt att hantera både detta kontextuella problem och övriga riskfaktorer inom ramen för en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

# Del 4

En konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet





## **19 Introduktion till del 4 (kap 20): En konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

Den konstruktiva modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet som presenteras i del 4 bygger på de resultat som har genererats under de tidigare delarna. Mot bakgrund av dessa resultat bör en konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet för det första bygga på insikten att förmågan att hantera de intellektuella resurserna i praktiken är avgörande för att det skall vara möjligt att utnyttja dessa resurser som kreditsäkerhet. I det fall förmågan att övervinna kontextberoendet och komplexiteten saknas är det inte möjligt att kontrollera och överföra resurserna. En konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör därmed innefatta ett krav på effektiv paketering. Endast effektivt paketerade resurser skall kunna komma i fråga för det sakrättsliga skydd som ges inom ramen för modellen. Mot bakgrund av balansintresset bör det skydd det här är fråga om vara skiktat. Det vill säga att olika resurselement kan bli föremål för olika typer av skydd. Ett krav för skydd bör vara att en viss grad av publicitet har uppnåtts. Möjligheterna att uppnå publicitet kan med fördel ordnas inom ramen för ett nätbaserat transaktionsregister av "notice-filing"-slag. Ett register av detta slag skulle också i princip kunna kopplas samman med befintliga immaterialrättsregister, vilket skulle skapa förutsättningar för ett registreringsbaserat och mer omfattande sakrättsligt skydd för registrerade immateriella rättigheter.



## **20 En konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

Syftet med detta kapitel är att presentera en konstruktiv modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhetsobjekt. Modellen kommer att konstrueras mot bakgrund av analysen i föregående kapitel. Utgångspunkterna är i korthet de följande.

### ***20.1 De intellektuella resursernas ökade betydelse och behovet av balanserad kontroll***

En grundläggande utgångspunkt är de intellektuella resursernas ökade betydelse och antagandet att utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan medföra ökade möjligheter att skapa värde. Därmed inte sagt att en sådan utveckling är oproblematisk eller okontroversiell. I samband med konstruktionen av en ny modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är det nödvändigt att ta hänsyn till en mängd intressen. Ett centralt intresse är det balansintresse som påvisats i första avdelningen. Den grundläggande balansfrågan är hur ett system för kontroll över intellektuella resurser skall konstrueras för att generera ekonomiskt och socialt optimala resultat. Det finns inget givet svar på denna fråga. I en marknadsekonomi kan man knappast klara sig helt utan instrument – i form av till exempel immateriella rättigheter – som möjliggör för dem som investerar i produktionen av intellektuella resurser att kontrollera användandet och därmed inkomstströmmarna från dessa resurser. Frånvaron av sådana instrument kan antas leda till en underproduktion av intellektuella resurser. Det står samtidigt klart att en alltför vidsträckt exklusiv kontroll över intellektuella resurser medför en mängd risker. Inte minst kan forskning, utveckling och innovationsverksamhet – och därmed även i förlängningen teknisk och ekonomisk utveckling i stort – påverkas negativt av en alltför omfattande exklusivitet. En alltför omfattande exklusivitet till intellektuella resurser riskerar också att inskränka möjligheterna att yttra sig fritt, att hämma människors kreativitet, att öka klyftorna mellan dem som har tillgång till den skyddade kunskapen och dem som inte har det, och så vidare. Om ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet endast kan ske till priset av dramatiskt utvidgade exklusiva positioner, det vill säga en omfattande utökning av det immaterialrättsliga skyddet, så är priset sannolikt alltför högt att betala. Det går emellertid inte att komma ifrån att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kräver att resurserna kan kontrolleras och överföras.

## ***20.2 Identifiering, strukturering och kodifiering samt kollektiva förtroendeskapande institutioner***

Det står alltså klart att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet inte kan fungera om de som hanterar resurserna saknar förmågan att skapa kontroll och överförbarhet. Att skapa en tillräckligt hög grad av praktisk kontroll och överförbarhet är en stor utmaning. De intellektuella resurserna är av naturliga skäl vanligtvis efemära och svårdefinierbara. De intellektuella resurserna är dessutom ofta inbördes beroende och skapar därför ofta värde först och främst i ett visst sammanhang. För att uppnå en tillräckligt hög grad av kontroll krävs därmed medvetna och ofta omfattande insatser. Analysen ovan i avdelning två visar på hur omfattande dessa insatser sannolikt måste vara och att insatserna måste genomföras på såväl individuell som kollektiv nivå. På den individuella nivån krävs det insatser som syftar till att skapa den grad av kontroll och som krävs för att resurserna skall bli överförbara. I grunden handlar detta om åtgärder som går ut på identifiering, strukturering och kodifiering. På en begränsad kollektiv nivå kan detta i många fall antas kräva hantering av de nätverk av relationer inom vilka de intellektuella resurserna ofta fungerar. På en mer övergripande kollektiv nivå handlar det om att det krävs förtroendeskapande åtgärder av mer allmän karaktär. För att intellektuella resurser skall accepteras som kreditsäkerhet i någon större omfattning krävs det sannolikt att dessa resurser inkluderas i de institutioner och den intellektuella infrastruktur som idag stödjer utnyttjandet av materiella och finansiella resurser som kreditsäkerhet. Det handlar här om övergripande frågor som möjligheten att värdera intellektuella resurser, att skapa rapporteringsverktyg för intellektuella resurser, att möjliggöra handel med intellektuella resurser på mer eller mindre transparenta marknader, att i så fall möjligtvis också skapa särskilda institutioner med kontrollerande och övervakande funktion, att öka den mediala bevakningen av detta område och så vidare. Allt detta visar på att förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser i nuläget knappast kan beskrivas som särskilt goda. Snarare förefaller vi befinna oss långt ifrån en situation där det är rimligt att förvänta sig ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Förmågan att hantera intellektuella resurser på det sätt som krävs för att utökat utnyttjande som kreditsäkerhet skall bli möjlig är sällsynt bland de aktörer som i praktiken hanterar resurserna. På den mer övergripande kollektiva nivån saknas i stort sett byggstenarna för den övergripande intellektuella infrastruktur som krävs. Kreditsäkerhetsproblematiken är alltså i allra högsta grad en framtidsinriktad fråga. Om ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet någonsin skall bli verklighet i någon större omfattning är det emellertid sannolikt på följande sätt det måste ske.

### ***20.3 Aktörer specialiserade på finansiering baserad på intellektuella resurser***

Eftersom hanteringen av resurserna som sådana, det vill säga paketeringsprocessen, är en komplicerad utmaning med bäring på såväl tekniska, juridiska som ekonomiska frågor krävs det sannolikt att processen drivs av på intellektuella resurser särskilt specialiserade aktörer. I avdelning två exemplifieras detta med det tänkta finansbolaget I-Capital. Tanken är att den här typen av aktörer skulle kunna fungera både som förmedlare av krediter och som stöd i paketeringsprocessen. Vid tiden strax före finanskrisen såg det också ut som om en utveckling av detta slag inte var helt otänkbar. Viljan att experimentera med olika finansieringstekniker var stor och det föreföll som om det faktiskt började växa fram ett särskilt segment på finansmarknaden där specialiteten var (eller i varje fall sades vara) just lånefinansiering baserad på intellektuella resurser. I och med finanskrisen, och det massiva missbruk av det finansiella systemet som var en viktig orsak bakom denna kris, har viljan att investera i experimentella finansieringstekniker i det närmaste helt försvunnit. Det kommer sannolikt att dröja många år innan experimentlustan återkommer. Förhoppningsvis sker detta i så fall i fullt medvetande om alla de lärdomar som kan dras av finanskrisen.

### ***20.4 Lärdomarna från finanskrisen***

Inför en eventuell utveckling där allt fler intellektuella resurser utnyttjas som kreditsäkerhet finns det ett antal betydelsefulla lärdomar att dra av finanskrisen. På ett mer övergripande plan handlar det bland annat om att en finansieringsform för intellektuella resurser som eventuellt får en större spridning måste omfattas av åtgärder som syftar till att hålla aktörernas risktagande på en rimlig nivå. Av betydelse för en ny rättskonstruktion är insikten att en alltför hög grad av komplexitet bör motverkas. En modell för utnyttjande av intellektuella resurser kreditsäkerhet måste alltså vara enkel, lätthanterlig och transparent. Finanskrisen har visat att om det inte är möjligt att åstadkomma en finansiell transaktion på ett relativt enkelt och lättförståeligt sätt, så är det sannolikt bäst att låta bli. Ett sätt att motverka en alltför hög grad av komplexitet är att ställa upp ett relativt högt paketeringskrav.

### ***20.5 Ett "notice filing" system för kreditsäkerhet i intellektuella resurser***

Den modell som presenteras i denna avdelning bygger alltså på att någon eller några aktörer som befinner sig i en särskilt gynnsam position går före och trots alla svårigheter faktiskt genomför en eller flera transaktioner. Som analysen i tredje avdelningen visar behöver dessa aktörer sannolikt stöd av ett

registreringssystem anpassat för immateriella rättigheter och paketerade intellektuella resurser. Aktörerna behöver ett registreringssystem både för att kunna hantera den höga komplexitetsgraden – det som också kan kallas för strukturell oordning – och för att minska de risker som i nuläget föreligger i samband även med transaktioner baserade endast eller huvudsakligen på immateriella rättigheter (bland annat att det i nuläget är omöjligt att eliminera risken för rättsförluster till följd av att en immateriell rättighet tidigare har förvärvats av någon annan, att det finns okända licensrätter, att en överlåtare egentligen saknar giltigt anspråk och så vidare). Ett sådant registreringssystem kan sannolikt konstrueras på ett relativt enkelt och billigt sätt. Vid konstruktionen av ett sådant system kan inspiration hämtas från det Nya Zeeländska "notice filing" system som har visat sig fungera väl och vara billigt i drift. Ett transaktionsregister skulle för övrigt antagligen vara motiverat även om ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet i vid mening aldrig någonsin blir verklighet. Ett registreringssystem skulle kunna vara till stor nytta även för dem som ägnar sig åt transaktioner baserade huvudsakligen på immateriella rättigheter som sådana.

Utformningen av det skydd som registreringen i ett sådant system skall medföra är givetvis en central fråga. Mot bakgrund av balansintresset och att det sannolikt är högst olämpligt skapa ett skydd som utvidgar den immateriella exklusiviteten i stort framstår det som nödvändigt att konstruera alternativa kontrollmekanismer. En huvudtes i denna avhandling är att detta underlättas av en sakrättsfunktionell utgångspunkt. Den sakrättsfunktionella utgångspunkten kan ses som ett verktyg som gör det möjligt att skapa det nyanserade tredjemansskydd som är nödvändigt för att uppnå ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

En modell konstruerad mot bakgrund av de ovan angivna förutsättningarna skulle i korthet kunna bygga på:

- (i) Att effektiv paketering av intellektuella resurser skall stödjas, men samtidigt krävas.
- (ii) Att ett nätbaserat "notice-filing" system skapar trygghet och säkerhet samtidigt som registreringssystemet bli säkert, billigt och lätthanterligt. "Notice-filing"-systemet kan med fördel synkroniseras med de olika immaterialrättsliga registren.
- (iii) Att registreringen ger kreditgivaren borgenärsskydd till samtliga paketerade resurselement.
- (iv) Att registreringen bör kunna ge ett mer omfattande sakrättsligt skydd för de "hårdare" delarna av ett resurspaket, det vill säga de immateriella rättigheterna. I det fall "notice-filing"-registret synkroniseras med befintliga immaterialrättsregister finns det en möjlighet att följa de registrerade immateriella rättigheternas "gång" i

registret. Alltifrån "födelse" till "död". Därmed skulle registrering också kunna fungera som ett legitimerande moment av det slag som kan läggas till grund för exstinktiva förvärv.

- (v) Att vissa resurselement även fortsättningsvis kommer att omfattas av ett samtyckeskrav för överföring. Detta gäller framförallt ömsesidiga kontraktuella relationer som även inom ramen för en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör kräva motpartens samtycke för överföring.

Med en modell av detta slag är det möjligt att uppnå ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Modellen kräver ingen utökning av det immaterialrättsliga skyddet som sådant. Modellen bygger istället på att det är fullt möjligt att ge anspråk på välpaketerade resurser en mer begränsad och situationsanpassad prioritet. I detta fall handlar det i första hand om prioritet framför pantsättarens borgenärer. Inledningsvis skall grundförutsättningen för sådan prioritet analyseras mer ingående. Närmast följer alltså en analys av paketeringskravet.

## **20.6 Paketeringskravet**

Paketering är i grunden ett sätt att reducera och hantera den komplexitet som utgör det kanske största hindret i vägen för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser. Den grundläggande anledningen till att komplexitetsgraden riskerar att bli alltför hög i dessa sammanhang är att de intellektuella resurserna som sagt ofta är svårdefinierbara och inbördes beroende. Den komplexitet som de intellektuella resursernas undflyende och kontextuella karaktär resulterar i riskerar att leda till att utnyttjande som kreditsäkerhet omöjliggörs. Ansvaret för att de intellektuella resurser som är avsedda att utnyttjas som kreditsäkerhetsobjekt är tillräckligt väl paketerade kan bara ligga på de aktörer som önskar utnyttja resurserna i fråga som kreditsäkerhet. Aktörerna måste alltså se till att hantera sina resurser på ett sådant sätt att resultatet blir ett väl definierat och avgränsat resurspank. I korthet kan den här typen av hantering som sagt beskrivas som identifiering, strukturering och kodifiering av intellektuella resurser.

Kravet på effektiv paketering bör vara högt ställt. För det första är effektiv paketering som sagt en nödvändig grundförutsättning för att resurserna skall kunna kontrolleras och överföras. Ett högt ställt krav på paketering motsvarar alltså för det första det krav som ställs för att intellektuella resurser skall vara överförbara i praktiken. Ett högt ställt paketeringskrav kan för det andra antas försvåra för oseriösa aktörer och motverka såväl ett allmänt missbruk av lånefinansiering baserad på intellektuella resurser som mer avgränsade borgenärsbedrägerier. Slutligen kan ett högt ställt paketeringskrav även ses som ett specialitetskrav.

Samtidigt som paketeringskravet bör vara högt ställt får det givetvis inte bli ouppnåeligt. Ett alltför högt ställt paketeringskrav skulle kunna omöjliggöra utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Oavsett hur väl intellektuella resurser paketeras kommer resurser av detta slag sannolikt aldrig att kunna presenteras som helt och fullt definierade och avgränsade objekt. De intellektuella resurserna är i allmänhet alldeles för kontextuellt beroende och föränderliga för att uppnå en fullkomlig individualisering. En perfekt paketering av intellektuella resurser kommer alltså sannolikt aldrig att uppnås. Trots detta finns det som sagt all anledning att kräva förhållandevis mycket av parterna i paketeringshänseende.

### **20.6.1 Ett högt ställt krav på paketering motsvarar det krav som ställs för att intellektuella resurser skall vara överförbara i praktiken**

Om en intellektuell resurs inte har paketerats tillräckligt väl omöjliggörs, eller i varje fall försvåras, den reella överföringen av resursen i fråga. Detta förhållande visar egentligen ensamt att det inte är motiverat att stödja utnyttjande av otillräckligt paketerade resurser som kreditsäkerhet. Varför stödja något som inte går att genomföra i praktiken? Det förefaller meningslöst. Ett skydd för anspråk på otillräckligt paketerade resurser skulle även kunna medföra direkt skadliga effekter. Resultatet av ett lågt ställt paketeringskrav skulle kunna bli en osäkerhet och oklarhet som leder till att resurser låses in i gäldenärens konkursbo till ingen nytta. Av rädsla för skadeståndsansvar skulle konkursboet kunna anse sig förhindrat att förfoga över konkursgäldenärens intellektuella resurser i samband med exempelvis en verksamhetsöverlåtelse samtidigt som den bristfälliga paketeringen leder till att panthavaren saknar förmågan att på ett effektivt sätt kunna överföra resurserna till någon som kan använda dem produktivt. Konsekvensen av ett alltför lågt ställt krav på paketering riskerar alltså att bli värdeförstöring.

### **20.6.2 Ett högt ställt paketeringskrav kan antas försvåra för oseriösa aktörer och motverka såväl ett allmänt missbruk av intellektuella resurser som kreditsäkerhet som mer avgränsade borgenärsbedrägerier**

Paketeringskravet motiveras inte bara av att det måste vara parternas ansvar att skapa den kontroll och överförbarhet som är nödvändig för att ett utökat utnyttjande som kreditsäkerhet överhuvudtaget skall bli möjlig. Paketeringskravet motiveras även av att ett sådant krav kan antas försvåra för oseriösa aktörer inom det segment på finansmarknaden där intellektuella resurser hanteras. Den främsta anledningen till att ett högt ställt paketeringskrav kan antas skrämja bort oseriösa aktörer är att en verkligt effektiv paketering är resurskrävande. Ett alltför lågt ställt paketeringskrav riskerar alltså att leda till att lånefinansiering baserad på intellektuella resurser riskerar att bli (ännu) en beteckning på en finansieringspraktik vars upphaussade yttre döljer en inre torftighet.



Ett högt ställt paketeringskrav kan för övrigt även antas medföra att risken för borgenärsbedrägerier reduceras. En effektiv paketering är i allmänhet resurskrävande. Det kan därför antas vara osannolikt att en sådan paketering genomförs endast för att vid en eventuell senare konkurs kunna bedra "pantsättarens" borgenärer. Kostnaden för att uppfylla paketeringskravet kan alltså antas motverka försök att begå borgenärsbedrägerier genom att upprätta skenavtal om pantsättning av intellektuella resurspanket. Att genomföra en paketering av det slag som bör krävas för att kvalificera för borgenärsskydd är knappast heller praktiskt möjligt att genomföra i efterhand. Det rent praktiska krav som ställs för att en effektiv paketering skall kunna uppnås kan alltså antas motverka skenöverlåtelse och efterhandskonstruktioner.<sup>789</sup>

### 20.6.3 Ett högt ställt paketeringskrav som ett specialitetskrav

Ett krav på specialitet, det vill säga individualisering och identifierbarhet, är gängse i sakrättsliga sammanhang.<sup>790</sup> Som utgångspunkt anses endast individualiserade, identifierbara objekt kunna vara föremål för sakrättsanspråk.<sup>791</sup> På andra sidan specialitetskravets gräns återfinns de icke tredjemansskyddade fordringsanspråken.<sup>792</sup> Kravet på specialitet är därmed av central betydelse, inte minst i panträttsliga sammanhang. Vid pantsättning anses specialitetskravet omfatta såväl den säkerställda fordringen som det objekt som är föremål för panträtt.<sup>793</sup> Frågan om pantobjektets specialisering kan i sin tur handla dels om pantobjektets precisering i förhållande till pantsättarens

---

<sup>789</sup> Att kostnaden för paketering av intellektuella resurser också innebär att lånefinansiering baserad på intellektuella resurser knappast kan antas utvecklas till en mer omfattande finansieringsmetod om inte den typ av praktisk hantering av resurserna som krävs utvecklas till något som genomförs också för att det anses vara värdefullt av andra anledningar har diskuterats ovan i avsnitt 9.6.

<sup>790</sup> Ett krav på specialitet förekommer också i vissa obligationsrättsliga förhållanden, som till exempel i samband med att det skall avgöras vem som skall stå risken för en såld vara. Enligt 14 § köplagen övergår inte risken från säljare till köpare innan varan har individualiserats.

<sup>791</sup> Detta skall inte förstås som att endast fysiska föremål anses kunna vara föremål för sakrättsanspråk. Även resurser som saknar materiell form – till exempel fordringar och immateriella rättigheter – anses kunna vara specialiserade och därmed föremål för tredjemansskyddade anspråk. Med sakrättsanspråk förstås här alltså inte ett anspråk på en viss sak utan ett anspråk som är skyddat mot konkurrerande anspråk från tredje man på motpartens sida. (För vidare diskussion om sakrättsbegreppets innebörd och historia, se till exempel Helander 1984, s. 16 med utförliga hänvisningar; Hessler 1973, s. 1-6 som ställer denna användning av sakrättsbegreppet – härlett från romerskrättslig tradition – mot det äldre germanska sakrättsbegrepp som "hade saker som objekt, oberoende av om rätten kunde göras gällande endast mot viss person eller envar"; Håstad 1996, s. 15-16.)

<sup>792</sup> Se till exempel Hessler 1973, s. 153-156; Håstad 1996, s. 152; Undén 1995, s. 198 samt s. 60-61.

<sup>793</sup> Se till exempel Håstad 1996, s. 322; Rodhe 1986, s. 432; Undén 1995, s. 198. Specialitetsfrågor avseende den säkerställda fordringen kommer inte att behandlas närmare i detta avsnitt. Se Håstad 1996, s. 322-323 som anger den gängse utgångspunkten i denna fråga: "För att de övriga borgenärernas intresse ej skall äventyras, kan en pantavare endast tillgodogöra sig panten *för den eller de skulder pantsättningen avser*". Samtidigt framhålls att generella pantsättningar som utgångspunkt anses vara både obligationsrättsligt och sakrättsligt giltiga. (Se a.a., s. 324.)

förmögenhet och dels om pantobjektets precisering i förhållande till panthavarens förmögenhet.<sup>794</sup> Vi skall här endast diskutera objektets specialisering i det förra avseendet. Det är nämligen i första hand denna problematik som är relevant ur paketeringssynpunkt.

För att förstå specialitetskravet i relation till lånefinansiering baserad på intellektuella resurser underlättar det att jämföra denna situation med hur specialitetskravet typiskt sett fungerar i relation till pantsättning av andra typer av resurser. Specialitetsproblematiken ter sig nämligen olika beroende på vilka omständigheter vi har att göra med. Man skulle kunna säga att specialitetsproblematiken sällan blir relevant i samband med pantsättning av fast egendom, att problematiken oftare aktualiseras i samband med pantsättning av lös egendom och att den på grund av paketeringskravet är av helt central betydelse i samband med utnyttjande av intellektuella resurspaket som kreditsäkerhet.

### **20.6.3.1 Specialitetsproblematiken blir sällan relevant i samband med pantsättning av fast egendom**

Vid pantsättning av fast egendom utgör specialitetsfrågan sällan något större problem.<sup>795</sup> All fast egendom ges vissa grundläggande och tydliga avgränsningar i fastighetsregistret. Det finns därutöver detaljerade bestämmelser, i form av reglering om tillbehör, som syftar till att definiera objektet mer i detalj. Enligt 22 kapitlet 2 § jordabalken skall ansökan om in-teckning i enlighet med 6 kap. 1 § jordabalken innehålla uppgift om vilken eller vilka fastigheter som avses. Det anges vidare att in-teckning inte får göras i del av fastighet. In-teckning får alltså endast göras i en eller flera bestämda fastigheter. Detta väl definierade pantobjekt representeras sedan av det pantbrev som överlämnas till panthavaren.<sup>796</sup> Det föreligger därför knappast någon risk att en pantsättning av fast egendom underkänns på grund av bristande specialitet.

### **20.6.3.2 Specialitetsproblematiken aktualiseras oftare vid pantsättning av lös egendom**

Specialitetsfrågor är av större intresse när det gäller pantsättning av lös egendom. Visserligen sägs traditionsprincipen medföra att specialitetsproblematiken vanligtvis är av mindre betydelse vid pantsättning av lösa saker.<sup>797</sup> För att pantsättarens rådighet över det pantsatta objektet skall kunna skäras av måste objektet oftast specificeras. När ett objekt till exempel överlämnas till panthavaren kommer specificeringen på köpet, så att säga.

---

<sup>794</sup> Se Håstad 1996, s. 322.

<sup>795</sup> Hessler 1973, s. 154 påpekar till exempel att "generiskt bestämda anspråk på fast egendom är knappast någon praktisk företeelse".

<sup>796</sup> Eller, om det är fråga om ett datapantbrev, registreras på panthavaren.

<sup>797</sup> Se Helander 1984, s. 526; Hessler 1973, s. 434; Håstad 1996, s. 333; Undén 1995, s. 198-199.

I andra fall, där det i och för sig skulle kunna tänkas vara möjligt att ifrågasätta om specialitetskravet skall anses vara uppfyllt, accepteras en vag individualisering av pantobjektet.<sup>798</sup> Ett exempel på ett sådant fall sägs vara då pantsättaren har pantsatt "alla mina varor hos speditören A".<sup>799</sup> Med en sådan pantförskrivning sägs kravet på specialitet vara uppfyllt för de varor som läggs in i A:s lager. Någon individuell förteckning anses inte krävas. Däremot sägs traditionsprincipen kräva (utöver en "ren" denuntiation till A) att pantsättaren inte har någon dispositionsrätt över varorna i lagret. I varje fall inte utan panthavarens samtycke.<sup>800</sup> Specialitetsproblematiken aktualiseras även i det fall pantsatt egendom av någon anledning byts ut mot annan egendom. Enligt den gängse uppfattningen är utgångspunkten i den här typen av fall visserligen att specialiteten har upphört och att panthavaren inte längre har ett giltigt sakrättsanspråk.<sup>801</sup> Från denna huvudregel anses det dock finnas många undantag. Inte minst accepteras i ganska hög utsträckning så kallad surrogation i egendom som tillkommit istället för den ursprungligen pantsatta.<sup>802</sup> I vissa fall accepteras även pantsättning av en kategori av egendom.

Den säkerhetskonstruktion som för övrigt är avsedd att fånga in en föränderlig kategori av föremål är företagsinteckningskonstruktionen som faktiskt möjliggör pantsättning av hela gäldenärens egendomsmassa. Ytterligare ett exempel på att en viss kategori föremål kan accepteras som ett tillräckligt specialiserat objekt ges i 9 kap. 35 § jordabalken som handlar om jordägarens rätt till redskap och kreatur som lämnats på arrendestället. Arrendator är skyldig att hålla sådan egendom av motsvarande värde på arrendestället och jordägaren har "utan förbehåll" rätt till det som eventuellt sätts i det ursprungligen lämnades ställe. Frågan i vilken utsträckning den här typen av avsteg från specialitetsprincipen skall anses vara möjliga har kommenterats på följande sätt: "Huruvida även utanför området av det nyss anförda stadgandet en kollektivitet av föremål kan utgöra objekt för äganderätt i den mening, varom här är fråga har varit omtvistat. [...] Det är väl icke uteslutet att en kollektivitet skulle kunna erkännas såsom äganderättsobjekt i andra liknande fall trots avsaknaden av uttrycklig lag. Förutsättningarna måste givetvis vara, dels att det är fråga om en kollektivitet som på grund av sammansättning och ändamål betraktas som en enhet, dels att avtalet innehåller en noggrann specialisering, i analogi med vad som gäller enligt ifrågavarande stadgande. Ett alldeles analogt spørsmål uppkommer för övrigt inom panträttsläran. Att man endast med stor försiktighet får tillämpa grundsatsen om en kollektivitet såsom äganderättsobjekt, framgår av det ovan anförda."<sup>803</sup>

---

<sup>798</sup> Det har i den juridiska litteraturen framhållits att specialitetskravet inte bör tillämpas alltför strängt. Se Walin 1998, s. 38 som om specialitetsprincipen framhåller att: "Objektet måste förr eller senare bli bestämt på något sätt som möjliggör dess identifiering. Uttryckssättet får inte föranleda för stränga krav". Håstad 1996, s. 152 som, mot bakgrund av praktiska överväganden, framhåller specialitetsprincipens betydelse som en "tekniskt skarp gräns mot det område där äganderätt eller panträtt inte längre kan föreligga" påpekar samtidigt att "skälighetssynpunkter och praktiska behov har emellertid genombrutit specialitetsprincipen i flera fall".

<sup>799</sup> Se Håstad 1996, s. 333.

<sup>800</sup> Se Håstad 1996, s. 334.

<sup>801</sup> Se till exempel Hessler 1973, s. 40-41; Håstad 1996, s. 152.

<sup>802</sup> Se Håstad 1996, s. 164ff. samt 347.

<sup>803</sup> Se Undén 1995, s. 63-64.

### **20.6.3.3 Specialitetskravet i förhållande till det intellektuella resurspaketet**

Hur fungerar då paketeringskravet som ett specialitetskrav för intellektuella resurser? Om vi vill möjliggöra ett ökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet måste vi som sagt ställa ett högt, men dock inte orimligt högt, paketerings- och specialitetskrav.<sup>804</sup> Ett alltför strikt paketerings- och specialitetskrav kan omöjliggöra utnyttjandet av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Vi måste till exempel acceptera att resurspaketet förändras under den tid som pantsättningen varar. I traditionella krediträttsliga termer skulle man kunna säga att vi måste acceptera surrogation och till viss del även att panträtten häftar vid en viss kategori av föremål (i detta fall vissa typer av intellektuella fenomen). Det är knappast möjligt att ge ett generellt svar på exakt hur ett balanserat paketerings- och specialitetskrav, anpassat för pantsättning av intellektuella resurser bör vara utformat. En generell utgångspunkt bör dock som sagt vara att resurspaketet måste ha paketerats tillräckligt väl för att det skall vara praktiskt möjligt att överföra. Kravet på paketering och därmed även på specialitet skulle alltså kunna beskrivas som att paketeringen måste vara tillräckligt effektiv för att möjliggöra överföring av de paketerade resurserna.<sup>805</sup> En sådan effektiv paketering skall som sagt kunna avslutas med en registrering i ett för intellektuella resurser specialanpassat transaktionsregister av "notice filing"-slag.

## ***20.7 Ett transaktionsregister för intellektuella resurser***

Innan frågan om hur ett register bör utformas och vilken typ av sakrättsligt skydd som en registrering skall anses medföra behandlas kan man givetvis fråga sig varför det överhuvudtaget bör krävas registrering för att den som fått säkerhet i intellektuella resurser skall få prioritet framför konkurrerande anspråk från tredje man på pantsättarens sida? Varför kan man inte nöja sig med ett giltigt pantavtal?

### **20.7.1 Varför ett registreringskrav för pantsättning av intellektuella resurser?**

Vi har redan sett att den traditionella uppfattningen är att pantsättning ger upphov till särskilda risker.<sup>806</sup> Som en konsekvens av denna uppfattning har det hävdats att sakrättsligt skydd för panthavaren överhuvudtaget inte skall kunna uppkomma utan att ett sakrättsligt moment som medför att det skapas en viss

---

<sup>804</sup> Se avsnitt 20.1.

<sup>805</sup> För ett exempel på hur en tillräckligt effektiv paketering i stora drag kan vara beskaffad, se beskrivningen av I-Capitals paketering av TDA:s intellektuella resurser i avsnitt 9.6.

<sup>806</sup> Se avsnitt 14.1.2.

grad av publicitet kring transaktionen uppfylls. De vanligaste motiveringarna till publicitetskravet vid pantsättning är att detta krav kan antas motverka borgenärsbedrägerier i form av skenöverlåtelse och efterhandskonstruktioner samt i viss mån även konflikter till följd av dubbelförfoganden.<sup>807</sup> Överhuvudtaget har bristande transparens avseende de transaktioner som vidtas traditionellt sett antagits allvarligt kunna störa kreditmarknadens funktion.<sup>808</sup> Att bristande transparens i kombination med en hög grad av komplexitet verkligen kan utgöra reella problem och bidra till allvarliga kriser på kreditmarknaden framgår för övrigt tydligt av den roll som den här typen av faktorer kan antas ha spelat i samband med finanskrisen. Risken för borgenärsbedrägerier har dock som sagt ifrågasatts. Det saknas pålitliga uppgifter om hur stor denna risk faktiskt är. Dessutom kan som sagt paketeringskravet antas medföra att borgenärsbedrägerier försvåras.<sup>809</sup> Enligt min mening är det intuitiva argumentet för att det rent allmänt faktiskt föreligger en viss risk för bedrägerier riktade mot borgenärerna emellertid ganska starkt.<sup>810</sup> Det skulle därmed kunna hävdas att det kan antas vara motiverat med ett sakrättsligt moment som ytterligare försvårar borgenärsbedrägerier. Mot bakgrund av paketeringskravet och de därmed kanske särskilt små riskerna för borgenärsbedrägerier vid pantsättning av intellektuella resurser kan dock risken för borgenärsbedrägerier möjligtvis ses som en svag motivering av ett särskilt registreringssystem. Registreringssystemet bör alltså även kunna antas ha andra värdefulla funktioner än att motverka en sannolikt redan liten risk för borgenärsbedrägerier.

En sådan funktion skulle som sagt kunna vara att minska riskerna för konflikter till följd av dubbelförfoganden. Senare potentiella panthavare har ett intresse av att på ett enkelt och tillförlitligt sätt kunna kontrollera om resurserna tidigare har pantsatts. Ett registreringskrav kan av motsvarande anledning vara motiverat i den mån panthavaren skall ha möjlighet att uppnå prioritet framför senare förvärvare. I korthet kan ett registreringskrav antas medverka till att skapa ordning och reda och motverka tvister.

---

<sup>807</sup> Se avsnitt 14.1.2.

<sup>808</sup> Detta har som sagt varit ett huvudtema i den svenska diskussionen om publicitetskravet. Temat har varit framträdande även utomlands. Lipson 2004, s. 1-2 framhåller att den anglosaxiska diskussionen om risken för borgenärsbedrägerier går mycket långt tillbaka i tiden: "Overburdened debtors in the fourteenth and fifteenth centuries frequently transferred all their lands and goods to their friends in trust for use of the grantor through fictitious sales, fled to one of the numerous sanctuaries where the king's courts' power did not govern, lived luxuriously from the income of the property transferred until the creditor accepted payment of a small portion of the debt and released the remainder, then returned, and had back their property". (Se Lipson 2004, s. 19 med hänvisningar.)

<sup>809</sup> Se avsnitt 20.1.2.

<sup>810</sup> Paketeringskravets funktion som tröskel för potentiella borgenärsbedrägare kan dessutom endast bibehållas så länge som paketering av detta slag *inte* är något som företag i allmänhet ägnar sig åt. Att paketering (i syfte att stärka företagets allmänna konkurrenskraft) utvecklas till just en sådan vanligt förekommande aktivitet är dock som sagt sannolikt en förutsättning för att lånefinansiering baserad på intellektuella resurser skall kunna utvecklas till en mer allmänt förekommande finansieringsform.

Frågan blir då (se ovan om borgenärsskydd vid överlåtelse av immateriell rättighet) varför en pantavare skulle nekas borgenärsskydd för att hon utsatt sig för risken för dubbelförfogande? Är det inte tillräckligt att kräva registrering för omsättningskydd och att därmed låta borgenärsskyddet uppkomma redan genom avtalet? Att det i förekommande fall ställs samma krav på sakrättsligt moment för både borgenärsskydd och omsättningskydd kan motiveras med att det gör systemet enklare och motverkar komplexitet. Signalen att registrering är viktig blir dessutom tydligare. Pantsättare och pantavare som egentligen har ett sekretessintresse får exempelvis maximala incitament att trots detta intresse registrera transaktionen. Även i detta fall kan det dessutom hävdas att det finns anledning att kräva sakrättsligt moment även för borgenärsskydd eftersom det finns anledning att skydda *gäldenären* (och därmed indirekt borgenärerna) mot gäldenärens eget dubbelförfogande över resurserna. I samband med ekonomisk kris kan det antas föreligga en särskilt stor risk för detta till följd av riskpreferens.

Riskpreferensargumentet kan onekligen betecknas som ett rättsekoniskt argument. Ett annat argument av detta slag som har förts fram för att motivera att även borgenärsskydd bör kräva sakrättsligt moment vid pantsättning är att en pantsättning minskar pantavarens risk på övriga borgenärs bekostnad. Pantsättningen kan därmed ge upphov till negativa externa effekter.<sup>811</sup> Ett krav på publicitetsskapande sakrättsligt moment antas kunna bidra till att pantavaren internaliserar i (varje fall en del av) dessa sociala kostnader.<sup>812</sup> Dessutom sägs ett registreringskrav i viss mån kunna antas motverka mindre seriösa pantsättningar.<sup>813</sup> I den svenska rättsekoniska diskussionen förefaller alltså kravet på sakrättsligt moment vid pantsättning egentligen inte ha ifrågasatts på allvar. På andra håll i världen har däremot kravet på publicitetsskapande sakrättsligt moment vid pantsättning utsatts för skarp kritik från företrädare för den rättsekoniska rörelsen.

Den rättsekoniska kritiken har framförallt gällt registreringskravet enligt Uniform Commercial Code artikel 9. Det har för det första hävdats att registreringskravet är verkningslöst i förhållande till de osäkrade kreditgivare (till exempel leverantörer) som är de som i första hand har behov av den publicitet som registret medför. I praktiken sägs de existerande registren nästan uteslutande utnyttjas av potentiella och befintliga säkerställda kreditgivare.<sup>814</sup> En vanlig slutsats av detta är att systemen bör anpassas till sin reella funktion. Publicitetskravet bör alltså endast gälla för skydd mot potentiella och befintliga säkerställda kreditgivare. I förhållande till de kreditgivare som typiskt sett inte

---

<sup>811</sup> Om olikhetens potentiellt negativa effekter, se vidare avsnitt 5.1.1.

<sup>812</sup> Se Henriksson 2009, s. 394-395.

<sup>813</sup> Se a.a.

<sup>814</sup> Se Lipson 2004, s. 48.

bryr sig om registren bör en säkerställd kreditgivare alltid prioriteras, oavsett om registrering skett eller inte.<sup>815</sup>

För det andra har kravet på publicitet kritiserats mot bakgrund av den ovannämnda irrelevansteorin.<sup>816</sup> Eftersom kapitalstrukturen är irrelevant för företagets värde sägs det kunna antas att rationella marknadsaktörer föredrar rigida kapitalstrukturer där kreditgivare ges prioritet i enlighet med en "äldst rätt vinner"-regel.<sup>817</sup> Det anses också framgå av aktörernas beteende (inte minst av att negativklausuler är så vanligt förekommande) att detta även gäller i praktiken. I ett system som bygger på en renodlad "äldst rätt vinner"-regel kommer rationella långivare alltid att utgå från att gäldenärer är belastade av tidigare lån. Som utgångspunkt kommer långivarna också att ta betalt för detta, det vill säga ta ut en högre ränta. Rationella låntagare kommer därför att ge full information av rent egenintresse. Full information kan nämligen antas leda till lägre lånekostnad. Något offentligt system som skapar publicitet behövs därför inte. Aktörerna skapar själva, till en lägre kostnad, den publicitet som krävs. Antagandet att marknadsaktörerna själva har förmågan och viljan att skapa ett effektivt informationssystem leder till slutsatsen att offentliga "notice filing" system inte är annat än en skatt på transaktioner.<sup>818</sup>

Argumenten ovan är knappast övertygande. Framförallt lider de av den tidiga rättsekonomis främsta kännetecken.<sup>819</sup> Det handlar om argument utan nämnvärd empirisk förankring som delvis också utläggs på en teoretisk grund som är mycket verklighetsfrämmande. Det är för det första oklart i hur hög utsträckning som aktörerna på kreditmarknaden faktiskt förlitar sig på befintliga register. Det har hävdats att det anekdotiska material som finns tillgängligt snarast talar för att registren spelar en mycket betydelsefull roll för att motverka de negativa effekterna av den informationsasymmetri som råder på kreditmarknaden.<sup>820</sup> Inte minst sägs registren utnyttjas indirekt. Kreditvärderingsinstitut använder sig av registren och leverantörer med flera använder sig ofta av kreditvärderingsinstitut.<sup>821</sup>

För det andra är den teoretiska slutsatsen att kreditmarknadens aktörer, drivna av upplyst egenintresse, själva förmår motverka informationsasymmetrin av tveksamt praktiskt värde. Liksom irrelevansteorin bygger denna slutsats på förutsättningar som inte avspeglar verkliga förhållanden. I verkligheten agerar aktörerna knappast som teorin förutspår. Människor är helt enkelt inte långsiktigt egenintressemaximerande på det sätt som ortodox ekonomisk teori

---

<sup>815</sup> Se Lipson 2004, s. 49. Denna lösning lär tillämpas i Nya Zeeland. Se Law Commission 2005, s. 51, n. 15.

<sup>816</sup> Se avsnitt 5.1.1.

<sup>817</sup> Se Lipson 2004, s. 55-56 med hänvisning till Schwartz 1989, s. 209-261.

<sup>818</sup> Se Lipson 2004, s. 46.

<sup>819</sup> Härmed inte sagt att de antaganden som görs i den juridiska argumentationen är överlägsna.

<sup>820</sup> Se Lipson 2004, s. 50-51.

<sup>821</sup> Se Helander 1984, s. 167 med hänvisningar. Lipson 2004, s. 51. Se även Law Commission 2005, s. 51, n. 115 som avvisar den nya zeeländska lösningen med hänvisning just till att osäkrade kreditgivare ofta utnyttjar register av detta slag indirekt.

utgår från. Det har visat sig att många marknadsaktörer mer än gärna utnyttjar den komplexitet som föreligger för att vilseleda andra om det rätta värdet på såväl hela företag (Enron, World Com, Skandia) som specifika tillgångar (värdepapperiserade bolån).<sup>822</sup> Självreglerande publicitet är därmed enligt min mening sannolikt en mycket dålig idé. Särskilt som det handlar om en global, komplex och opersonlig marknad som kreditmarknaden. Teorin om självreglerande publicitet skall nog ses som ett barn av sin idéhistoriska tid: Det sena 1900-talets övertro på att marknadsaktörernas upplysta egenintresse skall leda till optimala lösningar till följd av självreglering.

Sammanfattningsvis menar jag att ett registreringskrav kan motiveras med följande argument. För det första kan man enligt min mening trots allt inte bortse från det intuitivt starka argumentet att det i allmänhet föreligger en risk för borgenärsbedrägerier. Det finns alltför många exempel på hur borgenärer drabbas av ett alltför stort risktagande. För det andra kan registreringen antas motverka konflikter mellan konkurrerande anspråk på de pantsatta intellektuella resurserna. För det tredje kan registreringskravet antas motverka riskpreferensdrivet dubbelförfogande och därmed skydda inte bara den förste panthavaren utan även gäldenären. Lösningen på borgenärsskyddskonflikten respektive dubbelförfogandekonflikten kan i detta avseende antas höra ihop och ha en inbördes påverkan på det reella beteende som utgör grunden för respektive konflikttyp. Att kräva registrering även för borgenärsskydd kan för det fjärde motiveras med att pantsättnings funktion är att minska panthavarens risk på övriga borgenärers bekostnad. De övriga borgenärerna har därmed ett legitimt intresse av att pantsättningar blir publika. Ett krav på registrering för såväl borgenärsskydd som ett eventuellt omsättningskydd kan slutligen motiveras med att det gör systemet enklare och mindre komplext.

Hur skall då ett transaktionsregister för intellektuella resurser utformas?

### **20.7.2 Transaktionsregistrets utformning**

Ett transaktionsregister bör vara "enkelt, säkert och billigt".<sup>823</sup> Registreringen som sådan behöver knappast innehålla all information som finns tillgänglig om transaktionen. Ett sådant krav skulle fördyra transaktionerna och strida mot det sekretessintresse som kan antas vara förhållandevis vanligt i detta sammanhang. För att skapa en tillräckligt hög grad av publicitet är det sannolikt tillräckligt att registreringen identifierar pantsättare och panthavare samt ger en översiktlig bild av de pantsatta resurserna. Registreringssystemet bör för övrigt vara lättillgängligt, tillförlitligt och säkert. Dessa krav kan antagligen bäst uppfyllas inom ramen för ett digitalt och nätbaserat system. Med ett nätbaserat system är det mycket lätt att uppnå en hög grad av tillgänglighet. För att systemet skall bli tillförlitligt och säkert krävs det särskilda åtgärder och arrangemang. Obehöriga

---

<sup>822</sup> Se kapitel 5.

<sup>823</sup> Se Helander 1984, s. 169.



registreringar kan motverkas med hjälp av olika rutiner. En sådan rutin skulle till exempel kunna vara att alltid informera pantsättare och panthavare om de registreringar som görs i deras namn. Obehöriga registreringar kan säkerligen också försvåras med hjälp av olika tekniska lösningar. En sådan teknisk lösning är att förse pantsättare med lösenord som ger tillgång till registret och möjlighet att i enlighet med en viss rutin begära ändring av felaktiga registreringar.

Den typ av register som föreslås här liknar de "notice-filing" system som har sitt ursprung i USA:s Uniform Commercial Code (UCC).<sup>824</sup>

Det saknas givetvis inte svenska registersystem för olika egendomsslag. Störst betydelse av alla de register som finns har utan tvekan de register som har konstruerats för fast egendom: fastighetsregistret och pantbrevsregistret. Dessa register spelar en helt avgörande roll vid fastighetstransaktioner. Vid förvärv av fast egendom anses borgenärsskyddet visserligen uppkomma redan genom avtalet. Registrering krävs dock för att förvärvaren skall uppnå skydd mot andra konkurrerande anspråk. Pantsättning av fast egendom sker visserligen fortfarande ofta genom inteckning i fastigheten och överlämnande av pantbrev. Möjligheten att istället "ta ut" datapantbrev har dock medfört att vi har fått ett parallellt system där registreringen är helt styrande för panthavarens sakrättsliga skydd.<sup>825</sup> Fastighetsregistret bygger dock på helt andra förutsättningar än dem som föreligger i samband med intellektuella resurser. Fastigheter är det kanske mest väldefinierade och kontrollerade av alla egendomsslag. Eftersom fastighetsregistret innehåller detaljerad information om alla fastigheter är det inte bara möjligt att tillmäta registreringen långtgående sakrättsliga effekter. Det är också möjligt att ålägga staten ett skadeståndsansvar för förluster till följd av felaktigheter i registret. Hur effektiv paketeringen av intellektuella resurser än kan tänkas bli i framtiden, så är det knappast troligt att det någonsin kommer att vara meningsfullt att införa en motsvarighet till fastighetsregistret för intellektuella resurser. De intellektuella resurserna är – paketerade eller ej – alltför föränderliga och kontextuella. Även för olika slag av lös egendom har vi särskilda register som har tillmätts sakrättslig betydelse. Luftfartyg kan pantsättas genom inteckning i inskrivningsregistret för luftfartyg.<sup>826</sup> Registrerade skepp och skeppsbyggen kan intecknas och panträtt upplåtas genom överlämnande av det pantbrev som utfärdas till skeppets ägare.<sup>827</sup> För lösa saker som "köparen låter i säljarens vård kvarbliva" finns som sagt lösöreköpsregistret som hanteras av Kronofogdemyndigheten. Inget av dessa register är fullständigt nätbaserat och direkt tillgängligt för användarna. Inte heller bygger något av dem på en notice filing-princip. Samtliga registersystem kräver dessutom detaljerad information om det registrerade objektet. Detsamma kan sägas om vissa betydelsefulla register i våra nordiska grannländer. Varken den danska personbogen eller det norska løsreregistret är fullständigt nätbaserade och direkt tillgängliga för användarna.<sup>828</sup> Båda registren kräver också detaljerad information om objektet för registrering. Slutligen skall det framhållas att vi i Sverige som sagt har särskilda register för patent, varumärken, mönster, växtförädlarrätter. Patent-, varumärkes- och mönsterskyddsregistren är alla redan i dag sökbara via nätet.<sup>829</sup> Det skulle därmed i princip vara

---

<sup>824</sup> UCC är resultatet av det försök att skapa en enhetlig handelsrätt i USA som inleddes under 1940-talet. Första versionen av UCC gavs ut 1952. Det var emellertid först under 1960-talet som UCC, efter ett flertal revideringar, fick sitt stora genombrott och antogs av samtliga amerikanska delstater. Se vidare Helander 1984, s. 81ff.

<sup>825</sup> Enligt Lantmäteriet uppgår för närvarande (090509) antalet datapantbrev till drygt 9,5 miljoner, summa inteckningsbelopp drygt 2910 miljarder kronor, och antalet skriftliga inteckningshandlingar till drygt 1,3 miljoner, summa inteckningsbelopp 300 miljarder kronor. ([http://www.lantmateriet.se/templates/LMV\\_Page.aspx?id=2012](http://www.lantmateriet.se/templates/LMV_Page.aspx?id=2012).)

<sup>826</sup> Se 14 § 1 st. lag (1955:227) om inskrivning av rätt till luftfartyg. Se även <http://www.transportstyrelsen.se/sv/Luftfart/Luftfartyg/Inskrivningar/> om det praktiska tillvägagångssättet.

<sup>827</sup> Se 3 kap. 2 § sjölagen (1994:1009).

<sup>828</sup> Se <http://www.brreg.no/saksbehandlingstider/> om løsreregistret.

<sup>829</sup> Särskilt avtal med PRV krävs för att få tillgång till tjänsten som också är avgiftsbelagd, se <http://www.prv.se/E-tjanster/Konsulttjanster/Om-PRVLink/>.

möjligt att, som ovan antytts, koppla samman befintliga immaterialrättsregister med ett "notice filing" register för intellektuella resurser av det slag som diskuteras här.

I UCC artikel 9 regleras så kallade "secured transactions" – det vill säga transaktioner som syftar till att skapa säkerhetsrättsanspråk.<sup>830</sup> Samtliga delstater i USA har infört, i varje fall någon variant av, artikel 9.<sup>831</sup> Lagar som direkt bygger på artikel 9 har också införts i bland annat vissa av Kanadas provinser (de common law baserade) samt i Nya Zeeland.<sup>832</sup> I England har införandet av en samlad UCC-inspirerad kreditsäkerhetsreglering diskuterats sedan 1970-talet.<sup>833</sup> Senast, i en rapport från Law Commission 2005, föreslogs ett nytt UCC-inspirerat registreringssystem för "company security interests".<sup>834</sup> Rapporten har än så länge inte lett till någon lagstiftning. Grundprinciperna i artikel 9 har för övrigt spridits över världen till följd av att ett flertal modellagar som tagits fram av internationella organisationer som EBRD och UNCITRAL till stor del baseras på dessa principer.<sup>835</sup>

Artikel 9 kännetecknas av en radikal funktionalism. Till skillnad från tidigare common law reglering på området tar artikel nio avstånd från all formalism. Enligt artikel 9 är det den enskilda transaktionens syfte och funktion som skall vara avgörande för klassificeringen som en säkerhetstransaktion:

"In Article 9 in a sense substance emerges triumphant over form with the UCC abandoning the old distinctions, still prevalent in English law, between the different ways of securing a claim and also the use of absolute title as security. Article 9 adopts the universal, generic concept of a security interest. All the old terminology of the law and the favourites beloved of lawyers such as pledge, mortgage, conditional sale, trust receipt etc. have been consigned to the corridors of legal history and replaced by the unitary concept of a security interest."<sup>836</sup>

---

<sup>830</sup> Enligt artikel 9-109 omfattar UCC huvudsakligen säkerhetsrättsanspråk i "personal property or fixtures". UCC omfattar alltså i första hand sådant som vi skulle beteckna som lös egendom respektive tillbehör till fast egendom.

<sup>831</sup> Se [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_factsheets/uniformacts-fs-ucca9.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucca9.asp).

<sup>832</sup> Se McCormack 2004, s. 71. Information om den nya zeeländska "Personal Property Security Act" finns på [www.ppsr.govt.nz](http://www.ppsr.govt.nz).

<sup>833</sup> Se Law Commission 2005, s. 2.

<sup>834</sup> Se Law Commission 2005, s. 3. Denna rapport föregicks av två så kallade Consultation Papers (Law Commission 2002 och Law Commission 2004) där en mer heltäckande UCC-inspirerad krediträttslig lagstiftning föreslogs. Det mer begränsade slutgiltiga förslaget skall ses mot bakgrund av den kritik som riktades mot det ursprungliga förslaget.

<sup>835</sup> EBRD 2004, tillgänglig på <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/model-modellaw.pdf>, samt UNCITRAL 2007 tillgänglig på <http://www.uncitral.org/pdf/english-texts/security-lg/e/final-final-e.pdf>.

<sup>836</sup> Se McCormack 2004, s. 71. Den funktionella utgångspunkten framgår av artikel 9-109 UCC. Enligt denna artikel skall kapitel nio tillämpas på alla transaktioner som skapar ett "security interest". Definitionen av security interest finner vi i artikel 1-201(37) UCC: Alla anspråk som syftar till att säkra betalning eller annan prestation skall anses utgöra ett "security interest".

Det primära sättet att uppnå skydd för ett säkerhetsrättsanspråk är enligt artikel 9 registrering.<sup>837</sup> Det är i detta specifika sammanhang som uttrycket "notice-filing" blir relevant. Med notice-filing avses att registreringen inte behöver innehålla all information som finns tillgänglig om transaktionen. Det är tillräckligt med just "notice", det vill säga en mer begränsad upplysning. Formellt sett behöver "the financing statement" endast innehålla information om pantsättares och panthavares (eller panthavares representants) identitet samt en översiktlig beskrivning av säkerheten.<sup>838</sup> Den som vill ha mer detaljerad information om transaktionen får kontakta gäldenären eller den säkrade borgenären:

"Under the notice filing system what is filed is not the security agreement itself but only a simple record – a financing statement – that provides a limited amount of information. The financing statement may be filed either before or after the security interest attaches. The filed notice merely indicates that a person may have a security interest in the collateral concerned but to ascertain the complete state of affairs it would be necessary to make further inquiry from the parties".<sup>839</sup>

I det fall säkerhetsrättsanspråket enligt "the financing statement" skall gälla i egendom av ett visst slag, så anses även sådan egendom som gäldenären förvärvat efter registreringen omfattas av registreringen.<sup>840</sup> Vid konkurrens mellan flera säkerhetsrättsanspråk vinner den som gör gällande det äldsta anspråket.<sup>841</sup> Tidsprioriteten framgår av registret. Något ansvar för att registreringen i övrigt är korrekt och för kreditavtalets existens med mera har registreringsmyndigheten inte.<sup>842</sup>

Hur registreringssystemen är utformade i praktiken växlar mellan olika delstater. Det förefaller dock vara ganska vanligt med åtminstone en viss grad av tillgänglighet via nätet. Ett helt och hållet nätbaserat och direkt tillgängligt notice filing system finns emellertid sedan 1999 i Nya Zeeland.<sup>843</sup> Ett sådant system har även föreslagits av den engelska Law Commission.

---

<sup>837</sup> Se i huvudsak artikel 9-308. För vissa egendomslag finns det alternativa sätt att uppnå sakrättsligt skydd (se artikel 9-310). I vissa fall uppnås sakrättsligt skydd redan genom avtalet. Detta gäller bland annat vissa typer av fordringar. (Se McCormack 2004, s. 78-79.) Se vidare till exempel Helander 1984, s. 164ff. samt McCormack 2004, s. 73.

<sup>838</sup> Se UCC § 9-502(a); UCC 9-504; UCC § 9-108.

<sup>839</sup> Se McCormack 2004, s. 76. Se vidare artikel 9-502 UCC. Enligt artikel 9-210 UCC har gäldenären möjlighet att tvinga den säkrade borgenären att lämna viss information. Bland annat information om vilken egendom som säkerhetsrättsanspråket avser och om hur stor den obetalda säkrade fordringen är.

<sup>840</sup> Se McCormack 2004, s. 77.

<sup>841</sup> Se McCormack 2004, s. 80. Artikel 9-322 UCC.

<sup>842</sup> [http://www.nccusl.org/Update/uniformact\\_summaries/uniformacts-s-uccra9st1999.asp](http://www.nccusl.org/Update/uniformact_summaries/uniformacts-s-uccra9st1999.asp).

<sup>843</sup> Se Personal Property Securities Act från 1999 samt, som sagt <http://www.ppsr.govt.nz/cms>. Det nya zeeländska registret omfattar alltså säkerhetsrättsanspråk i lös egendom.

Det nya zeeländska registret är tillgängligt för var och en via nätet.<sup>844</sup> Sökningar kan göras mot en avgift på 1 NZ \$. För att söka krävs det att man registrerar sig och loggar in med användarnamn och lösenord. I samband med registrering av ett "financing statement" erhåller borgenären ett lösenord som ger tillgång till det konto där transaktionen registrerats. Även gäldenären får ett lösenord. Detta kan användas för att begära eventuell ändring av de registrerade uppgifterna. Gäldenärens lösenord inkluderas i det "verification statement" – det vill säga den beskrivning av transaktionen – som borgenären är skyldig att sända till gäldenären efter registreringen. En begäran om ändring kan gälla till exempel en helt grundlös registrering eller en alltför omfattande beskrivning av säkerhetsobjektet. En begäran om ändring måste inledas med en skriftlig begäran till den säkrade borgenären. I det fall borgenären inte reagerar inom 15 arbetsdagar kan gäldenären anmäla en begäran om ändring i registret. Borgenären har sedan ytterligare 15 arbetsdagar på sig att antingen acceptera eller väcka talan om att registreringen skall behållas oförändrad. I annat fall skall ändringen beviljas. Kostnaderna för införandet av det nya zeeländska systemet lär ha varit förhållandevis små.<sup>845</sup> Dessa kostnader uppges dessutom ha hämtats in på sju månader med hjälp av de avgifter som tas ut av användarna.<sup>846</sup> Systemet sägs också finansiera sig självt tack vare avgifterna.<sup>847</sup>

Det system som har föreslagits av Law Commission är som sagt ett "notice filing" baserat system för registrering av "company security interests" i "personal property and land".<sup>848</sup> Syftet är att ersätta det nuvarande registreringsystem som förs av den engelska motsvarigheten till Bolagsverket, "the Companies House". Det nuvarande systemet anses vara alltför tungrott, ineffektivt och kostsamt. Enligt förslaget skall Companies House även i fortsättningen föra registret. Till skillnad från det nuvarande skall det nya systemet dock vara helt elektroniskt och konstrueras på i stort sett samma sätt som det nya zeeländska registret. En skillnad är att Law Commission's förslag innehåller en skyldighet för registreringsmyndigheten att informera gäldenären om alla registreringar.<sup>849</sup> Enligt Law Commission måste risken att borgenären av olika anledningar underlåter att informera gäldenären (i värsta fall på grund av att det är fråga om en obehörig registrering) tas på allvar.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det finns exempel på den typ av registreringsystem som här föreslås för intellektuella resurser. Grundprincipen att det är tillräckligt med en begränsad publicitet kring transaktionen härrör från UCC artikel 9. Ett exempel på ett lättillgängligt nätbaserat system som också förefaller fungera väl till en låg kostnad är det nya zeeländska systemet. Det förefaller alltså vara fullt möjligt att konstruera ett väl anpassat registreringsystem för intellektuella resurser. Mot bakgrund av att flera av de specifika immaterialrättsliga registren numera är digitala och sökbara via nätet förefaller det också vara möjligt att koppla samman de olika registren. Det är då

---

<sup>844</sup> Beskrivningen av det nya zeeländska systemet baseras på den information som finns tillgänglig på Personal Property Security Register's hemsida, <http://www.ppsr.govt.nz/cms>.

<sup>845</sup> Se Law Commission 2005, s. 25-26.

<sup>846</sup> Se a.a.

<sup>847</sup> Se a.a.

<sup>848</sup> Se sammanfattning av förslaget i Law Commission 2005, s. 1-22.

<sup>849</sup> Se Law Commission 2005, s. 61.

möjligt att en säkerställd kreditgivare skall kunna ges ett mer långtgående sakrättsligt skydd än endast skydd mot pantsättarens borgenärer. Det är också möjligt att låta ett sådant register omfatta fler typer av transaktioner än endast kredittransaktioner. I följande avsnitt skall registreringens sakrättsliga effekter analyseras närmare.

### 20.7.3 Registreringens sakrättsliga effekter

I detta avsnitt kommer registreringens sakrättsliga effekter att analyseras mot bakgrund av den beskrivning som ovan givits av TDA:s resurspaket. Det handlar alltså om hur de olika resurselement som tillsammans utgör resurspaketet skall hanteras inom ramen för ett transaktionsregister av det slag som föreslås här. Hur skall de registreringsbara immateriella rättigheterna, de icke-registreringsbara immateriella rättigheterna, den strukturerade och kodifierade informationen och kunskapen och de olika relationerna hanteras? Rent allmänt kan sägas att det hade varit önskvärt att i sakrättsligt hänseende behandla resurspaketet som en verklig enhet. Inom ramen för en finansieringsform för intellektuella resurser av det slag som här föreslås är det dock inte möjligt att tillgodose detta önskemål fullt ut. Förutsättningarna varierar alltför mycket mellan olika resurselement. En transaktionsregisterbaserad modell av det slag som föreslås här resulterar i ett skiktat sakrättsligt skydd. Panthavarens skydd varierar alltså mellan olika situationer och olika resurselement.<sup>850</sup> I *borgenärsskyddsfallet* kan dock TDA:s resurser med fördel behandlas som en enhet. För samtliga resurselement bör det krävas registrering för att I-Capital skall erhålla prioritet framför TDA:s konkursborgenärer.

#### 20.7.3.1 Borgenärsskydd

TDA:s resurser kan delas in i fyra olika kategorier: (i) registreringsbaserade immateriella rättigheter, (ii) icke registreringsbaserade immateriella rättigheter, (iii) kodifierad know-how, annan kunskap, information med mera och (iv) relationer. För samtliga av dessa resurselement framstår registrering som ett lämpligt krav för borgenärsskydd. Viss tveksamhet angående om registrering är ett lämpligt sakrättsligt moment kan kanske uppkomma framförallt avseende icke-registreringsbaserade immateriella rättigheter (i TDA:s fall upphovsrätter) och relationer. Med ett mer generellt transaktionsregister som omfattar även den här typen av resurselement skulle registrering av just säkerhetsrättsanspråk inte utgöra ett specialfall. Även andra typer av transaktioner skulle kunna

---

<sup>850</sup> Den teoretiska grunden för ett sådant situationsanpassat skydd finner vi i den sakrättsfunktionella tradition som har varit framträdande i Norden och Sverige under snart 100 år. Med en sakrättsfunktionell utgångspunkt är det fullkomligt oproblematiskt att laborera med olika typer av sakrättsligt skydd i olika situationer och för olika delar av ett resurspaket. Se vidare om sakrättsfunktionalismen, avsnitt 21.5.

registreras i systemet. I båda fallen talar dessutom behovet av att hålla samman resurspaketet för att ett registreringskrav är lämpligt för borgenärsskydd. Resultatet skulle annars kunna bli uppsplittring av resurspaketet.

Rent allmänt kan sägas att lånefinansiering baserad på intellektuella resurser ofta kan antas kräva att även framtida resurselement omfattas av pantsättningen. I dessa sammanhang sker ju vanligtvis en kontinuerlig och snabb utveckling av resurserna. För TDA och I-Capital betyder detta att pantsättningen kommer att omfatta "TDA:s samtliga nuvarande och framtida P-OLED relaterade intellektuella resurser". Risken att avtal om framtida immateriella rättigheter leder till oskäliga resultat är sannolikt störst vid överlåtelse av rättigheterna. I samband med en säkerhetsransaktion av det slag som analyseras här, så handlar det, till skillnad från vid överlåtelse av samtliga framtida immateriella rättigheter, inte om att pantsättaren med automatik förlorar möjligheten att utnyttja de framtida immateriella rättigheterna. Det är endast i det fall säkerheten realiserar som pantsättaren kommer att förlora denna möjlighet. Till skillnad från pantsättning av framtida fordringar, där det kan finnas anledning att vara extra försiktig i dessa sammanhang, handlar det som utgångspunkt inte heller om att TDA pantsätter sina framtida inkomstströmmar.<sup>851</sup> En annan sak är att en pantsättning av framtida immateriella rättigheter mycket väl kan kombineras med en pantsättning av framtida licensinkomster från dessa immateriella rättigheter. Det är sannolikt först och främst i detta senare fall som ett kreditsäkerhetsavtal omfattande även framtida immateriella rättigheter riskerar att leda till oskäliga resultat.

I praktiken innebär borgenärsskyddet att pantsättarens konkursbo inte får förfoga över pantsatta intellektuella resurser. Boet får till exempel inte förfoga över datorer eller servrar där information som ingår i resurspaketet är lagrad. Det skulle innebära ett förfogande över de intellektuella resurserna. Den säkerställda kreditgivaren måste först ges möjlighet att ta hand om och säkra informationen. Det är en fördel för panthavaren om hon även har sett till att ta de fysiska objekt där pantsättaren lagrar information om resurserna som säkerhet.<sup>852</sup>

Vid konkurrens mellan panthavare och företagshypotekshavare bör panthavaren vinna. Detta framstår som mer eller mindre självklart i de fall som det är tack vare panthavaren som de intellektuella resurserna har kodifierats och tillgängliggjorts som kreditunderlag. Företagshypotekshavare i allmänhet kan knappast antas vara lämpade att bidra till ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Företagshypoteket som säkerhetsform kan inte heller antas vara lämpat som verktyg för att kapitalisera intellektuella resurser. Den kontroll som företagshypoteket ger är alltför svag. Lånefinansiering baserad på intellektuella resurser kan därmed möjligtvis bli "de små- och medelstora kunskapsföretagens företagshypotek". Förföljelserätten och sexmånadersregeln vid verksamhetsöverlåtelse (3 § FHL) bör inte tillämpas vid paketering och utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet, även om en realisation av ett resurspaket kan komma mycket nära en verksamhetsöverlåtelse. Motsatt lösning skulle medföra att företagshypotekshavaren så att säga skulle åka snålskjuts på de paketeringsinsatser som har möjliggjorts av andra aktörer. Detta skulle givetvis motverka utnyttjande av intellektuella resurser i samband med lånefinansiering.

---

<sup>851</sup> Den vanligaste uppfattningen är annars, med hänvisning till NJA 1973 s 635, att pantsättning av framtida fordringar som utgångspunkt skall vara möjligt. Med andra ord skall denuntiation alltså kunna göras innan fordringen har uppkommit. (Se till exempel Håstad 1996, s. 320, 338ff., 341-344; Walin 1998, s. 195, 207-210.) Risken är att pantsättaren genom att pantsätta sina framtida fordringar – det vill säga sina framtida inkomster – försätter sig själv i en likviditetsmässigt ohållbar situation och därigenom påskyndar sin egen konkurs, till skada för sig själv och sina fordringsägare.

<sup>852</sup> Med nuvarande krediträttsliga utgångspunkter skulle detta fordra säkerhetsöverlåtelse med registrering i enlighet med lösöreköpslagen.

Det finns visserligen å ena sidan en hel del som talar för att panthavarens sakrättsliga skydd bör begränsas till just skydd mot pantsättarens övriga borgenärer. Ett mer omfattande sakrättsligt skydd riskerar att leda till en alltför omfattande utökning av den immateriella exklusiviteten och att spridningen av teknologi och annan kunskap och information därmed hämmas i alltför hög utsträckning. Å andra sidan kan det mycket väl vara möjligt att konstruera ett system som ger panthavaren ett mer omfattande sakrättsligt skydd utan att kunskapsspridningen i alltför hög grad påverkas negativt. Möjligtvis bör panthavaren alltså ges ett visst *omsättningskydd*. I likhet med hur omsättningskyddsproblematiken har behandlats ovan delas omsättningskyddet upp i dubbelförfogande och obehörigt förfogande.

### 20.7.3.2 Dubbelförfogande

I detta sammanhang finns det anledning att behandla olika resurselement på olika sätt. För både registreringsbaserade och icke-registreringsbaserade immateriella rättigheter framstår det som förhållandevis oproblemiskt att knyta det sakrättsliga skyddet mot konkurrerande förvärvare till registreringen i transaktionsregistret. Den juridisk-tekniska konstruktionen bör bygga på att en senare förvärvare eller panthavare som i god tro registrerar sitt anspråk skall ha möjlighet att prioriteras framför en tidigare oregistrerad panthavare eller förvärvare. Någon koppling till befintliga immaterialrättsliga register krävs egentligen inte i detta fall. För att avgöra vilken av två konkurrerande panthavare eller förvärvare som skall prioriteras behöver vi egentligen inte kunna följa rättigheten i flera led. Det är tillräckligt att kunna avgöra vilken av de båda förvärvarna som först förvärvade rättigheten från pantsättaren eller överlåtaren.

En särskild typ av dubbelförfogande skulle i princip kunna uppkomma i det (mycket vanliga) fall när samma underliggande resurs omfattas av flera immateriella rättigheter. Detta är dock i första hand en paketeringsfråga. Parterna måste se till att inkludera samtliga immateriella rättigheter i resurspaketet. Samtidigt bör det knappast krävas särskilt mycket informationsinnehåll i själva registreringen. En registrering av panträtt i "TDA:s samtliga nuvarande och framtida P-OLED relaterade intellektuella resurser" bör vara tillräckligt för att inkludera samtliga immateriella rättigheter som kan omfatta P-OLED resurserna.

För kodifierad know-how med mera är det som sagt mycket som talar emot ett sakrättsligt skydd som går utöver borgenärsskydd. Risker är att ett sådant mer omfattande skydd skulle föra för långt i riktning mot ett immaterialrättsliknande skydd för information och kunskap i allmänhet. Möjligtvis skulle dock ett begränsat skydd mot konkurrerande förvärvare kunna övervägas. De grundläggande principerna från företagshemlighetslagen skulle kunna bibehållas. Endast hemlighållen information och kunskap skyddas och det måste vara fråga om ett obehörigt angrepp.<sup>853</sup> Med en sådan lösning skulle den som

---

<sup>853</sup> Jfr 2 § lag (1990:409) om företagshemligheter.

efter registreringen förvärvar redan pantsatt information eller kunskap från pantsättaren anses begå ett obehörigt angrepp. Panthavaren skulle därmed ha möjlighet att vid hot om vite stoppa förvärvaren från att utnyttja eller sprida informationen. Eftersom panthavaren skulle behöva visa att resurserna i fråga har förvärvats efter registreringen kan ett omsättningsskydd av detta slag antas bli svårt att hävda i de fall det är svårt att visa när förvärvet ägt rum. Ännu svårare att hävda omsättningsskydd blir det givetvis i det fall det är svårt att visa att ett förvärv överhuvudtaget har ägt rum. Ett mer långtgående skydd än så här, det vill säga att pantsättaren och panthavaren genom paketering av resurser skulle kunna skapa en immaterialrättsliknande position för panthavaren, är som sagt mycket tveksamt.

Även för de relationer som är så betydelsefulla för utnyttjandet av TDA:s teknologi är det lämpligt att tillmäta registreringen betydelse i detta sammanhang. Licensavtalen och de övriga kontraktuella relationer som det handlar om är ju element i resurspaketet. Av samma skäl som i borgenärsskyddsfallet finns det anledning att i detta sammanhang kräva registrering i syfte att undvika uppsplittring.

### **20.7.3.3 Obehörigt förfogande**

Generellt sett anses det som sagt saknas möjligheter att godtrosförvärva immateriella rättigheter. Enligt 98 § patentlagen och 34 e § varumärkeslagen saknas det även möjlighet att godtrosförvärva panträtt i patent och varumärken. Avsaknaden av godtrosförvärvsmöjligheter kan antas utgöra en risk som motverkar ett utökat utnyttjande av immateriella rättigheter som kreditsäkerhet. Inom ramen för en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör godtrosförvärv vara möjligt, i varje fall av registreringsbaserade immateriella rättigheter. Med ett generellt transaktionsregister kopplat till de befintliga immaterialrättsregistren finns det inte längre grund för huvudinvändningen mot godtrosförvärv av immateriella rättigheter. I varje fall inte om registrering blir ett generellt krav för sakrättsligt skydd vid förvärv av registrerade immateriella rättigheter. Det skulle med en lösning av detta slag vara möjligt att följa enskilda patent, registrerade varumärken och mönsterrätter i registret från det att de först registreras. Därmed skulle det inte längre saknas en lämplig legitimationsgrund att knyta godtrosförvärvet till. Den som i god tro förvärvar en rättighet från en registrerad rättighetshavare skulle därmed kunna ges prioritet i förhållande till den som i och för sig skulle kunna göra gällande en bättre rätt än den senare.

För övriga resurselement är det knappast lämpligt att laborera med godtrosförvärvslösningar. Icke registreringsbaserade immateriella rättigheter skulle bli alltför lätta att undandra de rätta innehavarna. Godtrosförvärv av kodifierad know-how med mera strider mot kunskapsspridningsintresset. Relationer är i de flesta fall knappast meningsfulla att diskutera i



godtrosvärdstermer. I TDA:s fall är det i varje fall uppenbart att relationerna inte är sådana att de kan hanteras som självständiga objekt i detta sammanhang. För att en överföring skall fungera krävs motparternas samtycke.

Sammanfattningsvis skulle ett transaktionsregister av det slag som föreslås här medföra att det blir möjligt för den säkerställda kreditgivaren att uppnå en förhållandevis säker position. En registrering medför att samtliga resurselement omfattas av borgenärsskydd. För de delar av resurspaketet som utgörs av immateriella rättigheter medför registrering i god tro också skydd mot konkurrerande parthavare och förvärvare. Möjligtvis bör parthavaren även kunna uppnå ett visst skydd mot konkurrerande anspråk på de övriga resurselement som ingår i resurspaketet. För de resurselement som utgörs av relationer kommer det dock även inom ramen för en modell av detta slag krävas samtycke för pantsättning.

## **20.8 Ett fortsatt krav på samtycke för pantsättning och överföring av vissa resurselement**

För ömsesidiga kontraktuella relationer där motpartens person har stor betydelse anses det som sagt finnas ett krav på samtycke för överföring av kontraktet.<sup>854</sup> I TDA:s fall aktualiseras samtyckeskrauet i de delar som TDA:s resurser utgörs av licensavtal med ömsesidigt förpliktande innehåll. Frågan är om det inom ramen för en konstruktiv modell av detta slag finns anledning att införa undantag från kravet på samtycke för överföring av den här typen av relationer? Svaret är enligt min mening nej.

### **20.8.1 Överföring av kontraktuella relationer i samband med pantsättning av intellektuella resurser**

Den gängse utgångspunkten är som sagt att en position som part i ett ömsesidigt avtal inte skall kunna överföras utan motpartens samtycke. I varje fall inte i de delar som avtalet inte innebär rena förpliktelser för motparten. Många avtal (inte minst licensavtal) innehåller dessutom ett uttryckligt förbud mot såväl överföring i allmänhet som pantsättning av avtalet.<sup>855</sup>

---

<sup>854</sup> Se avsnitt 16.4. Även för överföring av upphovsrätter krävs som sagt upphovsmannens samtycke. För industriella och kommersiella upphovsrätter kan det framstå som omotiverat med ett samtyckeskrav. I många fall kan det säkert också finnas anledning att tolka in ett medgivande till vidareöverlåtelse. (Se avsnitt 15.3.) I TDA:s fall uppkommer som sagt inte detta problem eftersom samtycke till vidareöverlåtelse i förekommande fall har erhållits.

<sup>855</sup> Se Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007, s. 15; "...many license agreements contain a provision prohibiting or restricting the ability of the licensor to grant security rights in its interest under the license...". En intressant avtalstolkningsfråga kan vara huruvida en klausul som förbjuder pantsättning av "licensen" eller "licensintresset" skall anses innebära att även pantsättning av de fordringar på royalty och liknande som kan hänföras till licensen skall anses omfattas av pantsättningsförbudet. Enligt Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007, s. 16 anses royaltyfordringar på många håll omfattas av ett dylikt förbud, vilket ses som ett problem ur ett finansieringsperspektiv.

Mot bakgrund av att föreställningen om ett krav på samtycke för överföring av "gäldenärpositioner" i hög grad kan försvåra pantsättning av intellektuella resurspaket, finns det anledning att analysera om det, inom ramen för en ny säkerhetskonstruktion för intellektuella resurser, vore lämpligt att pantsättarens motparter på något sätt skall anses vara skyldiga att acceptera en ny motpart. Det finns också anledning att överväga i vilken mån det kan vara lämpligt att begränsa möjligheterna att genomdriva klausuler som förbjuder pantsättning av kontrakt.<sup>856</sup> Som vi kommer att se i de följande analyserna av TDA:s relationer är detta emellertid knappast en lämplig lösning. Det är därmed nödvändigt för TDA och I-Capital att förhandla fram ett samtycke till överföring med TDA:s motparter.

### 20.8.1.1 Licensavtal där TDA är licensgivare

Frågan är alltså om det kan finnas anledning att inom ramen för en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet införa en möjlighet för panthavaren att överföra den här typen av relationer utan samtycke från pantsättarens motparter. Detta är som sagt knappast fallet.

För det första kan licenstagarnas behov av den licensierade tekniken antas medföra att risken för uppsägningar till följd av överföringen överhuvudtaget är liten. Detta förutsatt att förvärvaren av resurspaketet uppfattas som kompetent och konkurrensmässigt acceptabel.

För det andra är det dessutom antagligen ofta mycket svårt att avgöra om pantsättarens motparter i förekommande fall inte har fog för en bedömning att en viss förvärvare inte är kompetent att uppfylla licensgivarförpliktelse. I värsta fall skulle därmed en utvidgad överföringsmöjlighet i första hand bli ett stöd för möjligheten att sälja resurspaket till köpare som kanske inte förmår att hantera resurserna på ett tillräckligt kompetent sätt och därmed kanske inte heller förmår vara lojala med konstruktionen av det resurspaket som licenstagarna är en del av.

För det tredje kan det även finnas andra, mer allmänna konkurrens- och affärsmässiga skäl till att pantsättarens motparter inte vill hamna i en licenstagarrelation med en förvärvare. Det kan vara minst lika svårt att bedöma om det finns skäl för sådana invändningar som det kan vara att bedöma huruvida det finns skäl för kompetensinvändningar.

För det fjärde är den här typen av relationer ofta beroende av att de inblandade parterna vill vara en del av relationen. I praktiken kan det vara mycket svårt att tvinga fram den typ av nära och lojalt samarbete som ofta krävs.

---

<sup>856</sup> Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007, s. 16 framhåller att "There is a growing view that, because of their inhibiting effect on secured credit, these clauses should be rendered unenforceable by the secured transactions regime, not only in the context of intellectual property licenses, but also in other contexts in which such clauses arise" (i synnerhet, enligt Kohn, Alcantara, Cooper & Morse, i samband med pantsättning av fakturafordringar).

Även om det skulle införas en formell möjlighet att överföra den här typen av resurser utan samtycke, så kan risken antas vara ganska stor att överföringen kommer att bli mindre lyckad när den görs emot vissa berörda subjekts vilja.

Slutligen skulle, särskilt i kombination med en uppluckring av förbudet mot överföring av en gäldenärposition utan samtycke, en begränsning av möjligheten att avtalsvägen förbjuda en överföring av en relationsposition även kunna leda till en motsatt effekt än den åsyftade. Det har hävdats att värdet av säkerheten faktiskt skulle kunna reduceras till följd av en sådan inskränkning.<sup>857</sup> Utgångspunkten för detta synsätt är att parternas möjlighet att kunna förhandla om och styra formerna för utnyttjandet av immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser i allmänhet är en central förutsättning för ett effektivt utnyttjande av dessa resurser.<sup>858</sup> Även om inskränkningen av möjligheterna att förbjuda överföring skulle begränsas till de fall när ett intellektuellt resurspaket utnyttjas som kreditsäkerhet riskerar inskränkningen att få långtgående följder. Parterna skulle inte längre kunna vara säkra på att ha kontroll över vem deras motpart kommer att vara i framtiden.

Det är också svårt att se varför en inskränkning av möjligheterna att förbjuda överföring av den här typen av relationspositioner skulle begränsas till pantsättning av intellektuella resurspaket. Skälen för att utöka möjligheterna att kunna pantsätta enskilda intellektuella resurser, som till exempel enstaka licensavtal, är i stort sett desamma som för resurspaketet. Det skulle därför kunna hävdas att även enskilda licenser (huvud- såväl som underlicenser) bör omfattas av en eventuell inskränkning av möjligheterna att förbjuda överföring. Den förlust av kontrollmöjligheter som detta leder till medför vissa risker för såväl licensgivare som deras eventuella kreditgivare/panthavare.

De risker som en avsaknad av möjlighet att kontrollera utnyttjandet av rättigheterna kan medföra har att göra med att immateriella rättigheter och kompletterande intellektuella resurser ofta utnyttjas inom ramen för en omfattande licensstruktur. Rättighetshavaren ingår licensavtal med en licenstagare som i sin tur ingår ett underlicensavtal med en underlicenstagare, och så vidare. Förutom att rättighetshavaren av redan nämnda skäl (bland annat kompetens- och konkurrensskäl) har ett allmänt intresse av att kontrollera det vidare utnyttjandet av licensen kan kontrollintresset också grundas på att licensgivaren, och dennes kreditgivare, är beroende av de inkomstströmmar som genereras inom ramen för licensstrukturen. En begränsning av möjligheterna att förbjuda pantsättning av licensen och licensinkomsterna kan öka risken för att royaltyflödet till rättighetshavaren och dennes panthavare minskar. Dels eftersom det finns en risk för att den som förvärvar licensen utan

---

<sup>857</sup> Se The Ad Hoc Working Group On Intellectual Property Financing 2007, s. 6ff.

<sup>858</sup> The Ad Hoc Working Group On Intellectual Property Financing 2007, s. 6 framhåller: "...the ability to bargain with respect to these matters facilitates effective commerce and gives value to intellectual property assets. [...] In intellectual property commerce, controlling the parties who use the intellectual property is an essential means of realizing value. An effective secured regime should respect these practices".

rättighetshavarens samtycke kanske inte är kapabel att bedriva verksamhet på ett sätt som genererar royalty i tillräckligt hög utsträckning (det vill säga i samma utsträckning som en licens eller underlicenstagare som rättighetshavaren skulle ha godkänt). Dels eftersom licenstagare och underlicenstagare, i synnerhet i samband med en eventuell ekonomisk kris med åtföljande riskpreferens, kan komma att pantsätta en större andel av sina royaltyinkomster, från sina underlicenstagare, än vad som är ekonomiskt hållbart.<sup>859</sup>

I en sådan situation befinner sig licensgivaren i en förhållandevis svag position. Antag att licenstagaren B får in 500 tkr i royalty från underlicenstagaren C. Enligt licensavtalet skall B betala 50 procent av sina royaltyinkomster till licensgivaren A. På grund av riskpreferens till följd av ekonomisk kris pantsätter emellertid B hela beloppet till kreditgivaren PH. Eftersom A endast har en fordran gentemot B och inte mot C, så kan A knappast rikta ett anspråk mot C avseende de 250 tkr som B egentligen skulle ha betalat till A. A är hänvisad till att häva licensavtalet och hitta en annan licenstagare som förhoppningsvis sköter betalningarna bättre.

I förhållande till PH kan det kanske finnas anledning att betrakta denna situation ur ett helhetsperspektiv. I det fall A:s anspråk på 50 procent av den royalty som B har rätt till betraktas som en integrerad del av B:s fordran på C kan det hävdas att PH inte skall komma undan den belastning som A:s anspråk utgör. Det "går" ju inte att godtrosförvärva enkla fordringar, och det var ju en belastad fordran som togs i pant. (Ett synsätt av detta slag kräver dock att man tillåter sig att tolka 27 § skuldebrevslagen, enligt vilken förvärvaren av en enkel fordran inte kan få bättre rätt än vad överlåtare hade *mot gäldenären*, förhållandevis extensivt. *Mot gäldenären* C hade ju B onekligen rätt att kräva 500 och C kanske inte ens har haft vetskap om att B var skyldig att betala royalty till A...) Ett argument för att prioritera A i detta sammanhang är att hävda att detta är nödvändigt för att utnyttjandet av den här typen av resurser som säkerhet skall fungera.<sup>860</sup> Argumentet går, återigen, ut på att utnyttjande av intellektuella resurser framförallt sker inom ramen för ofta ganska omfattande licensstrukturer där royalty flödar uppåt, mot den ursprungliga rättighetsinnehavaren, och rätten att utnyttja flödar nedåt, mot slutanvändaren. Ofta betalar varje licens- och underlicenstagare en viss procent av sin inkomst i royalty. Licensgivare i varje led är alltså beroende av royaltyinkomster från "sina" licenstagare. Detsamma gäller för licensgivarnas eventuella kreditgivare med pant i licensen och royaltyinkomsterna. En lösning där varje licenstagare med sakrättslig verkan kan pantsätta hela royaltyinkomsten riskerar alltså att leda till osäkerhet avseende royaltyinkomsterna och till att licensiering och pantsättning av licensinkomster uppfattas som mer riskfyllt.

Det kan dock samtidigt antas att en lösning enligt vilken panthavarens anspråk på hela det pantsatta beloppet får vika sig för licensgivarens anspråk på royalty kan verka avhållande på viljan att låna ut pengar mot säkerhet i royaltyfordringar. I varje fall skulle transaktionskostnaderna bli högre eftersom panthavarna skulle bli tvingade att vidta mer omfattande undersökningar.

Sammanfattningsvis finns det ingen anledning att begränsa rättighetshavarnas kontrollmöjligheter. I frånvaron av en möjlighet att tvinga TDA:s licenstagare att acceptera en ny licensgivare har I-Capital därför inte några andra alternativ än att faktiskt hitta en kompetent köpare som licenstagarna kan acceptera. Visst skulle I-Capital kanske kunna förhandla fram ett samtycke till överföring på förhand. Ett sådant samtycke skulle emellertid knappast bli generellt och kravlöst. En kompetent köpare skulle alltså krävas i vilket fall som helst. Och

---

<sup>859</sup> Se ovan om riskpreferens och risken för överskuldssättning.

<sup>860</sup> Se The Ad Hoc Working Group On Intellectual Property Financing 2007, s. 17-18.

även om I-Capital skulle lyckas förhandla fram ett medgivande som gav dem fria händer i överföringshänseende, så skulle ett sådant medgivande antagligen ändå i realiteten ha ett tveksamt värde. En licenstagare har väl knappast i längden anledning eller möjlighet (och bör väl kanske inte heller, oavsett vad avtalet med panthavaren säger, i alla lägen anses ha en skyldighet) att acceptera en licensgivare som inte kan antas ha förmågan att uppfylla för teknologins utnyttjande nödvändiga biförpliktelser. En lösning där panthavaren är tvingad att hitta en kompetent köpare är inte heller någon dålig lösning ur ett mer övergripande perspektiv. En sådan lösning kan snarare antas öka chanserna att det intellektuella resurspaketets värdeskapande potential kan tas tillvara även efter det att pantsättaren hamnat i ekonomiska svårigheter och kanske till och med gått i konkurs.

### **20.8.1.2 Licensavtal där TDA är licenstagare**

Även i detta fall bör frågan om TDA:s motparter skall anses vara tvungna att i vissa fall acceptera en ny motpart ges ett negativt svar. Även i detta fall är det skäl som har att göra med kompetens, konkurrens, behovet av samarbete och inkomstflöden som talar mot en uppluckring av kontrollmöjligheterna.

Precis som en licenstagare vill en licensgivare i allmänhet se att motparten har en tillräckligt hög kompetens. En inkompetent licenstagare kan orsaka stora kostnader och mycket besvär för en licensgivare. Inte minst kan licensgivarens anseende ta skada om en licensgivare utnyttjar licensen för att till exempel tillverka undermåliga produkter. Även i detta fall kan det vara svårt att avgöra om en licensgivare har fog för en kompetensinvändning eller inte.

Även licensgivare vill i allmänhet av strategiska skäl ha kontroll över motpartens identitet. Vem eller vilka som har möjlighet att utnyttja den licensierade tekniken har stor betydelse för licensgivaren. Ofta finns det konkurrenter som man inte vill skall få möjlighet till ett utnyttjande. I varje fall inte på samma villkor som man kan tänka sig att ge andra aktörer, som inte upplevs som konkurrenter. Det kan tilläggas att möjligheten för licensgivare att kontrollera utnyttjandet av den licensierade teknologin därmed även kan antas ha betydelse för viljan att överhuvudtaget licensiera ut teknologi. I förlängningen skulle därför minskade kontrollmöjligheter kunna leda till en mindre aktiv och inte lika dynamisk licensmarknad.

Även i detta fall finns det också ofta ett behov av samarbete mellan licensgivare och licenstagare. Att mot ena partens vilja tvinga in denne i en ny relation kan knappast antas medverka till ett gott samarbetsklimat.

Risken för att begränsade kontrollmöjligheter i förlängningen leder till en störning av inkomstflödena inom licensstrukturen i stort föreligger även i detta fall.

Sammanfattningsvis finns det alltså inte heller i detta fall någon anledning att begränsa kontrollmöjligheterna.

Ur ett mer generellt licensperspektiv har det dock framhållits att licenstagarens situation ibland är sådan att det kan framstå som orimligt att inte medge en rätt till underlicensiering. När licenstagaren har en icke tidsbegränsad, exklusiv licens är licenstagarens position snarast att likna vid en förvärvares. Liksom en förvärvare kan den här typen av licenstagare ha ett behov av att kunna styra utnyttjande genom att till exempel ge ut underlicenser. Den här typen av situationer bör kunna hanteras med hjälp av de generella jämningsinstrument (framförallt 36 §) som avtalslagen tillhandahåller.

Även i detta fall har I-Capital alltså knappast något annat val än att hitta en för Technology Display AB:s motparter acceptabel köpare av resurspaketet.

För övrigt är det möjligt att relationerna med vissa anställda som innehar särskild P-OLED relaterad kompetens är av minst lika stor betydelse för TDA som relationerna med licensgivare och licenstagare. Det är inte rimligt att inom ramen för en konstruktiv modell laborera med en högre grad av tvång i arbetsgivar-arbetstagarrelationen än vad som följer av de arbetsrättsliga reglerna i övrigt. Förutom de allmänmänniska, etiska aspekterna av en sådan reglering, så kan det hävdas att en sådan ordning skulle leda till ineffektivitet. Liksom övriga relationer i detta sammanhang där kreativitet och samarbete är avgörande för framgång, så är en lyckosam relation mellan arbetsgivare och arbetstagar beroende av en hög grad av frivillighet, kanske i synnerhet i avancerade kunskapsföretag. För en panthavare som I-Capital blir det därmed viktigt att identifiera nyckelanställda, undersöka deras inställning till att följa med till en förvärvare av resurspaketet och i ett skarpt läge, det vill säga vid en faktisk realisation och överföring av resurspaketet, också försöka få med sig dessa anställda till förvärvaren. För många anställda kan detta antas vara en uppskattad möjlighet att kunna få fortsätta sitta arbete ungefär som innan TDA:s konkurs. Liksom för de övriga relationerna återstår det därför i princip för I-Capital att hitta en köpare av resurspaketet som de nyckelanställda kan tänka sig att samarbeta med.

## **20.9 Realisation av resurspaketet**

Ett huvudsyfte med paketeringen av intellektuella resurser är att resurserna skall bli möjliga att kontrollera och överföra. Välpaketerade intellektuella resurser är alltså i hög grad frikopplade från sitt sammanhang. Detta innebär att panthavaren i de flesta fall bör ha goda möjligheter att realisera resurserna även i det fall hon har hamnat på kollisionskurs med gäldenären. En väl genomförd paketering minskar gäldenärens möjligheter att sabotera realisationen. Panthavaren har en självständig tillgång till resurserna. Gäldenären kan därmed inte sabotera realisationen genom att exempelvis undanhålla centrala delar av resurspaketet. Visserligen har i de flesta fall även gäldenären tillgång till samtliga resurselement. Det kommer därmed alltid att finnas en risk att gäldenären på något sätt förfogar över eller på annat sätt sprider kunskap och information som ingår i det pantsatta resurspaketet. Att helt eliminera denna risk är som sagt knappast möjligt. Risken kan endast minskas med hjälp av rättsliga medel och publicitetsskapande rutiner. Inom ramen för den modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet som föreslås här ger som sagt registrering i ett nätbaserat transaktionsregister panthavaren ett begränsat sakrättsligt skydd. Gäldenären och dennes konkursbo hanterar därefter

resurserna under skadeståndsansvar. En effektiv paketering inkluderar även kontrollskapande åtgärder i förhållande till gäldenärens anställda. Sekretess- och konkurrensklausuler i anställningsavtal upprätthålls i rimlig utsträckning. Och så vidare.

### ***20.10 Sammanfattningsvis om den konstruktiva modellen***

Mot bakgrund av analysen av de samhälleliga och ideologiska förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som genomförts i första avdelningen, analysen av de intellektuella resursernas praktik i andra avdelningen och analysen av det relevanta traditionella rättskällematerialet i avdelningen tre framhölls det i inledningen till detta kapitel att en konstruktiv modell för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör uppfylla vissa specifika krav. Framförallt måste en sådan modell bygga på att de som hanterar de intellektuella resurserna i praktiken har en förmåga att skapa kontroll och överförbarhet. I nuläget är den här typen av förmåga sällsynt. Lånefinansiering baserad på intellektuella resurser är i nuläget sannolikt något som måste drivas fram av en på denna finansieringsform specialiserade finansmarknadsaktörer. Den här typen av aktörer skulle kunna bidra inte bara med att förmedla krediter utan också med sådant som värdering av resurserna samt den hantering som krävs för att resurserna i fråga skall bli möjliga att kontrollera och överföra. En konstruktiv modell bör vidare motverka en alltför hög grad av komplexitet. Modellen bör alltså möjliggöra en hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhetsobjekt som är så enkel, lätthanterlig och transparent som möjligt.

Det högt ställda paketeringskrav som utgör en grundbult i den modell som presenteras i detta kapitel syftar till att möta de ovannämnda förutsättningarna och kraven. För att paketeringskravet skall anses vara uppfyllt krävs det att den säkerställda kreditgivaren kan visa att resurserna i fråga verkligen kan kontrolleras och överföras. Om detta inte är fallet finns det givetvis ingen anledning att ge kreditgivaren ett sakrättsligt skydd. Ett skydd för undermåligt paketerade intellektuella resurser skulle i bästa fall vara meningslöst och i värsta fall kunna leda till värdeförstöring. I det senare fallet handlar det om att det är möjligt att sakrättsligt skydd vid otillräcklig paketering skulle kunna leda till en inlåsnings effekt vid kredittagarens konkurs. Samtidigt som den säkerställda kreditgivaren inte har någon reell möjlighet att överföra resurserna, så kan konkursboet tveka inför att under skadeståndsansvar vidta åtgärder som möjligtvis skulle kunna betraktas som ett förfogande över pantsatta resurser eller resurselement.

Paketeringskravet utgör alltså ett verktyg för att tydliggöra att utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet knappast är möjligt i frånvaron av förmågan att hantera resurserna på ett sätt som möjliggör kontroll och överförbarhet, att en alltför hög grad av komplexitet måste motverkas och att

intellektuella resurser därmed bör kunna hanteras som kreditsäkerhetsobjekt på ett så enkelt, lätthanterligt och transparent sätt som möjligt. En konstruktiv modell bör emellertid uppfylla fler krav än de nyss nämnda.

För att minska riskerna i samband med lånefinansiering baserad på intellektuella resurser bör kreditgivarna ha möjlighet att uppnå publicitet för sina säkerhetsanspråk. Lämpligtvis genom registrering i ett lättillgängligt register. Effekterna av registrering bör vara ett sakrättsligt skydd som är så omfattande som de i sammanhanget relevanta övervägandena, bland annat balansintresset, tillåter.

Inom ramen för den föreslagna modellen skall det vara möjligt att registrera säkerhetsanspråk på intellektuella resurser i ett nätbaserat transaktionsregister av "notice filing" slag. Det vill säga ett register där endast den mängd information om transaktionen som är absolut nödvändig för att skapa publicitet måste publiceras. Att ett sådant register kan fungera effektivt till en låg kostnad framgår visas av det nya zeeländska nätbaserade transaktionsregistret, "Personal Property Security Register". Registreringen i transaktionsregistret medför enligt den modell som presenteras i detta kapitel ett skiktat sakrättsligt skydd. Den säkerställda kreditgivaren får borgenärsskydd för samtliga element som ingår i resurspaketet. För immateriella rättigheter ger registreringen även upphov till skydd mot konkurrerande förvärvare. I den mån transaktionsregistret kopplas ihop med existerande immaterialrättsregister, så är det även möjligt att laborera med en möjlighet att godtrosförvärva registrerade immateriella rättigheter.

Paketeringskravet bör slutligen även medföra att resurspaketet i de flesta fall kan realiseras även om kreditgivaren kommit på kollisionskurs med kredittagaren. Paketeringen syftar just till att frikoppla de intellektuella resurserna från sammanhanget och möjliggöra kontroll och överföring även utan kredittagarens hjälp.

Sammanfattningsvis kan den modell som presenteras i detta kapitel beskrivas som en konstruktiv modell som möjliggör utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet samtidigt som de ovannämnda kraven uppfylls. Paketeringskravet och transaktionsregistret i kombination motverkar en alltför hög grad av komplexitet, möjliggör en förhållandevis enkel och transparent hantering av resurserna och skapar förutsättningar för ett sakrättsligt skydd som går ganska långt utöver det som anses vara möjligt att åstadkomma idag. Detta bör vara tillräckligt för att skapa det förtroende och den känsla av trygghet som krävs för att kreditgivare skall vara beredda att ge kredit i utbyte mot säkerhet i intellektuella resurser. De kontroll och överföringsmöjligheter och det skydd som ges inom ramen för modellen inkräktar dessutom inte på det balansintresse, det vill säga det behov av balans mellan exklusivitet och icke-exklusivitet, som är det kanske allra mest centrala intresset i kreditsäkerhetssammanhang.





# Del 5

Om undersökningens genomförande



## 21 Om undersökningens genomförande – ett funktionellt och konstruktivt angreppssätt

I detta kapitel skall de teoretiska och metodologiska utgångspunkterna för denna undersökning utvecklas. Allt läsaren har behövt veta i teoretiskt och metodologiskt hänseende för att kunna ta del av undersökningen så här långt återfinns visserligen i avsnitt 1.1 till 1.1.4 i inledningen. Syftet med denna avslutande teori och metoddel är att utveckla hur de olika delarna av undersökningen hänger ihop – just teoretiskt och metodologiskt. Läsaren torde ha betydligt enklare att värdera dessa teoretiska och metodologiska utsagor mot bakgrund av den tidigare framställningen.

Som den läsare som har följt framställningen så här långt säkert har uppmärksammat har jag inte tillämpat traditionell rättsdogmatisk metod.<sup>861</sup>

---

<sup>861</sup> Jag utgår här från den traditionella rättsdogmatiken som en juridisk verksamhet vars huvudsyfte är att fastställa gällande rätt genom i första hand systematisering och tolkning av traditionellt rättskällematerial. Detta är en mycket vanlig syn på rättsdogmatikens huvuduppgift. Se till exempel Jareborg 2004, s. 4 som beskriver den traditionella rättsdogmatiken som en verksamhet som "förknippas primärt med rekonstruktion av gällande rätt" och vars "metod innebär att man tar sin utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och rättsdogmatisk litteratur" (a.a., s. 8); Peczenik 1995, s. 312 som beskriver hur de olika rättsvetenskapliga disciplinerna huvudsakligen består av "rättsdogmatik vars huvuduppgift är att tolka och systematisera gällande rätt". Den traditionella rättsdogmatiken har också en nära koppling till föreställningen om rättens enhetliga karaktär. Peczenik 1995, s. 314 menar att rättsdogmatikens (liksom den juridiska praktikens) huvudsyfte är att "tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt". Peczenik går till och med så långt att han menar att "om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem". Exakt vad den traditionella rättsdogmatiken är för någonting (eller kanske snarare, hur den faktiska rättsdogmatiska verksamheten bäst skall beskrivas) kan dock givetvis (som allting annat i dessa sammanhang...) ifrågasättas. Schultz konstaterande i frågan huruvida hans avhandling *Kausalitet* är en rättsdogmatisk avhandling eller inte säger möjligtvis en hel del om rättsdogmatikens faktiska roll inom rättsvetenskapen idag: "Det här är inte – tror jag – en rättsdogmatisk undersökning. Jag säger 'tror jag' eftersom jag fortfarande inte har riktigt klart för mig vad en rättsdogmatisk undersökning är.[n]" (Se Schultz 2007, s. 56.) Schultz är knappast den ende som har svårt att nagla fast begreppet rättsdogmatik. Sandgren framhåller att, trots att de flesta rättsvetenskapliga undersökningar fortfarande anges vara just rättsdogmatiska, så är det "ytterst sällan som författaren klargör vari det dogmatiska består. [Not utelämnad.]". (Se Sandgren 2005, s. 648.) Enligt Sandgren finns det heller ingen konsensus om vad rättsdogmatiken skall anses vara. Eftersom beteckningen dogmatisk, på grund av de konnotationer till strikt exeges av ett visst auktoritativt material som beteckningen skapar, dessutom är en dålig beskrivning av dagens rättsvetenskap som bland annat i hög utsträckning kännetecknas av förhållandevis fri argumentation med inriktning på avvägningar och effekter, så anser Sandgren för övrigt att beteckningen rättsdogmatik bör utmönstras. (Se a.a., s. 655-656.) Se på detta tema även avsnitt 1.3.1.1 ovan om den kritik som framförs av Agell och Hellner, som båda framhåller hur begreppet rättsdogmatik riskerar att skapa konnotationer till strikt exeges och menar att en rättsvetenskap som uppställer fastställandet av gällande rätt genom systematisering och uttolkning av ett på förhand definierat rättskällematerial som huvuduppgift riskerar att ta på sig något av en tvångströja. Hellner menar som sagt att fastställandet av gällande rätt som rättsvetenskaplig målsättning riskerar att leda till negativa effekter framförallt om *begreppet tas på allvar*: "Jag undviker att som rättsvetenskapens uppgift dekretera att den

Istället för att försöka fastställa gällande rätt genom i första hand tolkning och systematisering av traditionellt rättskällematerial har jag strävat efter att analysera hur rätten fungerar, och framförallt hur den skulle kunna fungera, i ett visst samhälleligt, ideologiskt och praktiskt sammanhang. Det finns givetvis skäl till att jag har valt att inte tillämpa en traditionell rättsdogmatisk metod. Framförallt handlar det om att det undersökta områdets karaktär är av ett sådant slag att en traditionell rättsdogmatisk metod kan antas generera alltför begränsade resultat.

### **21.1 *Det undersökta områdets karaktär innebär att en traditionell rättsdogmatisk metod kan antas generera alltför begränsade resultat***

På det område som denna undersökning behandlar kan man endast nå begränsade resultat med en traditionell rättsdogmatisk metod. Det finns endast ett fåtal grundläggande lagregler om pantsättning av patent och registrerade varumärken. Antalet överrättsdomar som behandlar den här typen av problematik, och sak- och immaterialrättsliga frågor överhuvudtaget, kan räknas på ena handens fingrar. På motsvarande sätt har dessa frågor fått endast begränsad uppmärksamhet i den juridiska litteraturen. Diskussionens omfattning är begränsad och har i huvudsak gått ut på att tillämpa traditionella sakrättsliga modeller på immateriella rättigheter.<sup>862</sup> Med en traditionell rättsdogmatisk utgångspunkt kan faktiskt redan frågan om *immateriella rättigheter* som kreditsäkerhet framstå som en praktiskt sett ointressant fråga som det knappast kan vara värt att slösa forskningstid på. Trots att det finns över 100 000 giltiga patent i Sverige sker endast ett fåtal pantsättningar per år.

Det är först när frågan om immateriella rättigheter som kreditsäkerhet kontextualiseras som det blir uppenbart att frågan är högintressant och att den dessutom inte bara bör handla om immateriella rättigheter, utan om intellektuella resurser i vidare mening: Trots att det är allmänt accepterat att vi lever i en kunskapsekonomi och att immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser utgör en huvuddel av våra samlade och mest värdefulla resurser, så är möjligheterna att utnyttja dessa resurser som kreditsäkerhet uppenbarligen mycket små. Den verkligt relevanta rättsvetenskapliga uppgiften i detta sammanhang är därmed att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser som kreditsäkerhet.

---

skall skildra och analysera 'gällande rätt', trots att säkerligen många skulle säga att det är just vad jag gör. Det är enligt min mening onödigt, och om *begreppet tas på allvar* ägnat att lägga ovidkommande band på den vetenskapliga verksamheten, att som metodisk ledstjärna välja en begreppsbestämning av detta slag." (Se Hellner 1997, s. 362. Min kurs.) Att det onekligen finns risker förknippade med att ta begreppet gällande rätt "på allvar" utvecklas nedan.

<sup>862</sup> Se analysen i del 3.

Detta är inte en uppgift som är möjlig att lösa på ett tillfredsställande sätt endast genom att med tillämpning av traditionell rättsdogmatisk metod försöka fastställa gällande rätt på området. För att uppgiften skall kunna fullgöras på ett meningsfullt sätt måste den rättsliga problematiken kontextualiseras, det vill säga analyseras i ett vidare samhälleligt, ideologiskt och praktiskt sammanhang. Att i första hand fråga "vad som gäller?" på detta område skulle till och med kunna betraktas som direkt olämpligt. En sådan utgångspunkt riskerar att leda till att vi även i fortsättningen kommer att vara fast i ett alltför snävt rättighetsperspektiv och en sak- och immaterialrättslig rationalitet som i stort sett går ut på att tillämpa traditionella sakrättsliga modeller på "immaterialrättsliga objekt". Detta kan som sagt antas försvåra konstruktionen av verkligt effektiva modeller och verktyg för hantering och värdeskapande med hjälp av immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser.<sup>863</sup> Att i första hand fråga "vad som gäller?" på detta område riskerar dessutom inte bara att verka hämmande på varje konstruktiv ambition på området. En utgångspunkt av detta slag riskerar också att dölja de reella oklarheterna på området samt därmed även att valet mellan olika lösningar på de problem som har att göra med hantering av intellektuella resurser i grunden ofta bäst kan beskrivas som prioriteringar mellan olika intressen, värden, reella konsekvenser med mera. Eftersom hanteringen av intellektuella resurser är av fundamental betydelse för såväl ekonomisk, teknologisk som kulturell utveckling och så vidare är detta knappast en risk att ta lätt på. Det, mot bakgrund av denna undersökning, mest uppenbara exemplet på hur ett snävt "gällande-rättsbaserat" rättighetsperspektiv av det slag som hittills har varit dominerande på området kan antas försvåra utvecklingen av rättsliga verktyg för ett utökat och balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet är hur det med ett sådant perspektiv mycket väl kan framstå som alltför långsökt att laborera med sakrättsligt skydd till något mer än immateriella rättigheter som sådana.<sup>864</sup> Det är ju de

---

<sup>863</sup> Att det rättighetsbaserade och inomsystematiska angreppssättet är dominerande inom den sak- och immaterialrättsliga diskussionen är som sagt inte på något sätt förvånande. Intresset för praktisk hantering av intellektuella resurser och dessa resursers funktion i den värdeskapande processen är ett relativt nytt fenomen. Vår samlade kunskap om dessa frågor är också, än så länge, relativt begränsad. Jag talar alltså här om *risken* att ett angreppssätt som går ut på att fastställa gällande rätt *även fortsättningsvis* leder till ett alltför snävt fokus på det traditionella rättskällematerialet och att detta i sin tur riskerar att motverka konstruktiva ambitioner på området. Med ett brett, pragmatiskt gällande-rättsbegrepp, öppet för samhälleliga och praktiska överväganden och argument, behöver detta givetvis inte vara fallet. Min uppfattning är dock att risken att gällanderättsbegreppet verkar i konserverande, och på detta område också hämmande, snarare än i konstruktiv riktning är förhållandevis stor.

<sup>864</sup> Här finns det kanske anledning att påpeka att jag använder sakrättsbegreppet på ett numera gängse sätt, där detta begrepp inte är kopplat till saker eller vissa specifika typer av rättigheter utan till frågan om tredjemansskydd som sådan. Se Håstad 1996, s. 16 som framhåller att från Hesslers *Allmän sakrätt* (1973) har det blivit "vanligt att inom sakrätten behandla *alla slags rättigheter* – även nyttjanderätter och fordringsrätter – och att därvid undersöka *i vad mån rättigheten har skydd mot konkurrerande anspråk från tredje man på motpartens sida*.[n.] Den juridiska disciplinen sakrätt refererar då inte till vissa rättigheter utan till ett *problem* som finns vid alla rättigheter. Detta angreppssätt är ägnat att belysa att indelningen i sakrätter och

immateriella rättigheterna som "är" egendom. Övriga resurselement i sammansatta intellektuella resurser – till exempel know-how och olika typer av information – är "något annat". Exakt vad är oklart, men detta "något annat" kan i varje fall knappast vara föremål för sakrättsliga anspråk. Detta trots att tillämpningen av ett bredare resursperspektiv, som inte låter på ett på förhand definierat egendomsbegrepp styra de konkreta lösningarna i tredjemanskonfliktsituationer, egentligen knappast ligger utanför det rättsligt möjligas ram. I varje fall inte om man beaktar det sakrättsfunktionella tänkande som har varit framträdande inom svensk och nordisk sakrätt i snart 100 år.

Det finns fler exempel på hur ett snävt "gällande-rätts-baserat" rättighetsperspektiv tenderar att leda till sak- och immaterialrättsliga lösningar som i stort sett endast bygger på tillämpning av gamla sakrättsliga modeller på nya omständigheter. De immateriella rättigheterna kläms helt enkelt in som objekt i de traditionella konflikttyperna utan att någon vidare analys av huruvida detta egentligen kan motiveras av de reella omständigheter som vanligtvis kännetecknar utnyttjandet av den här typen av resurser. När de generella sakrättsliga lösningsmodeller som i huvudsak har utvecklats för materiella resurser (som kännetecknas av att den enes utnyttjande utesluter den andres, det vill säga av en inneboende exklusivitet) tillämpas på intellektuella resurser (som kännetecknas av icke-exklusivitet) riskerar resultatet att bli både i viss mening slumpmässigt och onödig värdeförstöring. I synnerhet gäller detta när det är fråga om patentbaserade teknologiresurser, som utöver icke-exklusiviteten också ofta kännetecknas av en hög grad av komplexitet och kontextberoende.<sup>865</sup> Alternativet är ett kontextuellt – resursbaserat – angreppssätt som strävar efter lösningar som tar hänsyn till både de intellektuella resursernas särskilda karaktär och de särskilda förutsättningar som ofta råder för utnyttjandet av dessa resurser. Det är till exempel långtifrån nödvändigt att tillämpa binära lösningar på "dubbelförfogandekonflikter" i detta sammanhang.<sup>866</sup> Det är möjligt att laborera med lösningar som går ut på att den som i god tro har satt en resurs i produktivt arbete skall prioriteras, i varje fall i form av något slags delat utnyttjande av resursen. På motsvarande sätt skulle det vara möjligt att i dessa sammanhang tillämpa någon typ av godtrosförvärvslösning baserat på produktivt utnyttjande och möjligheterna till delat utnyttjande. I borgenärsskyddsfallen skulle det vara möjligt att med ett resursperspektiv ge en förvärvare eller licenstagare prioritet till mer än enbart den immateriella rättigheten som sådan. Med en sakrättsfunktionell

---

obligationsrätter inte är låst för all framtid[not utelämnad] utan att också rättigheter som traditionellt ansetts inte utgöra sakrätter kan vara eller bör bli utrustade med visst tredjemansskydd[not utelämnad]". Anledningen till att jag gör detta påpekande är dels att det enligt min mening fortfarande är förhållandevis vanligt att *sakrätts*begreppet kopplas till just *sak*begreppet och dels att Håstads påpekande även visar på den funktionella tendens som finns i den svenska sakrättsliga traditionen. (Se vidare om den sakrättsfunktionella traditionen, avsnitt 21.5.)

<sup>865</sup> Se analysen i del 3.

<sup>866</sup> Se analysen i del 3.

utgångspunkt behöver egendomsbegreppet överhuvudtaget inte blandas in i diskussionen. Borgenärsskyddsfallet och de intellektuella resurser som det är fråga om i det enskilda fallet kan behandlas på sina egna meriter.

Att på detta sätt lösa "sak- och immaterialrättsliga konflikter" på ett sätt som medför att värdeförstöring undviks och att resultaten blir bättre anpassade till de reella omständigheterna (och därmed i viss mening mindre slumpmässiga) är dock som sagt på inget sätt enkelt eller oproblematiskt. Vår kunskap om de intellektuella resursernas funktion i värdeskapandeprocessen är ofta dålig och vår förmåga att förutsäga de långsiktiga konsekvenserna (ekonomiska och andra) av olika lösningar är ofta begränsad. Det är alltså nödvändigt att vara ödmjuk i sin konstruktiva ambition på detta område. Poängen i detta sammanhang är dock att ett gällanderättsperspektiv kan medföra att den konstruktiva analysen, och de konstruktiva möjligheterna, överhuvudtaget aldrig uppmärksammas, och än mindre realiseras.

Att jag har valt att inte tillämpa traditionell rättsdogmatisk metod har alltså i första hand att göra med det undersökta områdets särskilda karaktär. Det handlar inte bara om att det traditionella rättskällematerialet är tunnsått utan också om att det för att nå verkligt meningsfulla resultat är nödvändigt att kontextualisera den rättsliga problematiken, det vill säga analysera den i ett vidare samhällligt, ideologiskt och praktiskt sammanhang. Med andra ord skulle man kunna hävda att det på detta område är särskilt betydelsefullt att sträva efter att analysera rätten (eller kanske snarare de relevanta rättsliga fenomenen) som resultat av en dynamisk social process och inte som delar i ett mer eller mindre enhetligt, sammanhängande och slutet system.

## ***21.2 Det undersökta områdets karaktär innebär också att det är särskilt viktigt att analysera rätten som en dynamisk social process***

Det finns vid det här laget många mer generella beskrivningar av hur rätten varken är, eller nödvändigtvis behöver hanteras som, ett slutet, enhetligt och sammanhängande system.

### **21.2.1 Generella beskrivningar av hur rätten varken är, eller nödvändigtvis behöver hanteras som, ett slutet, enhetligt och sammanhängande system**

Idag kan vi till exempel tala om en etablerad rättspluralistisk eller polycentrisk teoribildning.<sup>867</sup> Ett flertal (i de flesta fall väl kända) faktorer – "polycentriske symtomter" – har sagts ligga bakom pluralismen.<sup>868</sup> En av dessa faktorer är

---

<sup>867</sup> Se till exempel Zahle 2005; Gustafsson 2002.

<sup>868</sup> Se Zahle 2005, s. 332ff.



rättens karaktär av ständigt pågående process: "Retten skabes gennem praksis, idet det er ved den retlige afgørelse i den aktuelle situation, at retstilstanden fastlægges. Ofte må den beslutningstagende træffe valg, dommeren må f.eks. vælge side i en gammel fortolkningsdiskussion, der afsluttes ved, at domstolen træffer den rette afgørelse. I sådanne situationer er det, som er *ret*, ikke noget, der *findes*, det er noget der skabes. Retten skabes gennem praksis, og ved at anerkende dette skabende aspekt i den retlige afgørelse og dermed i den retlige praksis må også anerkendes, at f.eks. 'dansk ret' eller 'EU-ret' ikke er noget, der eksisterer som en given og entydig størrelse, mer er noget der fastlægges dag for dag og skridt for skridt."<sup>869</sup>

Kritiken mot enhetsföreställningarna är dock ingen nyhet. Det har framhållits hur den så kallade frirättsskolan redan under 1800-talet kritiserade "synet på retten som et lukket system af retsregler og tanken om at man kan træffe retsafgørelser, der kan siges at vare objektivt rigtige, fordi de entydigt følger af en korrekt anvendelse af gældende ret".<sup>870</sup> Det har också framhållits att rättspluralismen har påverkats av det tidiga 1900-talets rättsantropologi.<sup>871</sup>

Även den tidiga pragmatismen och den amerikanska realismen var delvis motreaktioner till en äldre begreppsjurisprudensliknande juridik som "så på retten som ett lukket system af regler og begreber og mente, at man gennem indsigt i dette systems logiske karaktär kunne løse alle de konkrete retsspørgsmål på en korrekt måde".<sup>872</sup> Av stor betydelse för de tidiga amerikanska pragmatikernas och realisternas förståelse för rättens icke-enhetliga natur var uppmärksammandet av den så kallade "context of discovery"- "context of justification" processens betydelse för juridiskt beslutsfattande.<sup>873</sup> Realisternas domarsociologiska undersökningar visade att

---

<sup>869</sup> Se a.a., s. 332-333. Ytterligare "polycentriske symptom" är enligt Zahle bland annat förekomsten av olika typer av rättslig rationalitet och förekomsten av kontinurliga konflikter avseende hur rättsliga problem skall hanteras. Enligt Gustafsson, som vill föra vidare polycentrin till en teori om polyvalens, det vill säga en teori som tar sin utgångspunkt i rättens värdebemängdhet, är det just polyvalensen som är den grundläggande orsaken till polycentrin. (Se Gustafsson 2002, s. 162.)

<sup>870</sup> Se Dalberg-Larsen 1998, s. 26.

<sup>871</sup> Se Gustafsson 2002, s. 125-126.

<sup>872</sup> Se Dalberg-Larsen 2001, s. 28.

<sup>873</sup> Se till exempel Anderson 1996 som beskriver hur uppmärksammandet av "context of discovery" "context of justification" processen var en betydelsefull komponent i den amerikanska realismen: "Many legal realists criticized theorists who described the judging process as deductive or quasi-deductive. Such formal descriptions[not utelämnad] of legal reasoning were thought not only to misrepresent the judging process and the promote the illusion and myth of legal certainty, but also to mask judges' biases and prejudices that can affect their work. Holmes, for example, describes the major factors in the judging process which are not examined by legal formalists and asserts that the logical form has had a limited function in the decision-making. For Holmes, experience – the needs of the time, moral and political theories, public policy, and the prejudices judges share with others – has had more influence on the determination of rules of law than logic.[Not utelämnad.] Holmes also sums up the the legal realists' criticisms of the use of the logical form to present legal decisions insofar as the logical form masks other elements in the decision-making process. In his opinion, 'behind the logical form lies a judgement as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgement, it is true, and the very root and the nerve of the whole proceeding'.[Not

den formella motiveringen av ett juridiskt beslut sällan till fullo motsvarar de reella skäl som ligger bakom beslutet. De reella skälen kan dessutom mycket väl ha en allt annat än formellt rättslig karaktär. Numera kan detta helt enkelt beskrivas som "ett rättssociologiskt perspektiv på rätten" som tar sin utgångspunkt i att ett rättsligt beslut är resultatet av "en rad olika faktorer, såsom sociala förhållanden, de organisatoriska förhållanden under vilket beslutet fattas, ekonomiska och politiska krafter i samhället, den allmänna opinionen, massmedias tryck etc. Rätten är i detta perspektiv således bara en av flera faktorer som bestämmer utfallet i beslutsfattandet".<sup>874</sup>

Att rättsliga fenomen ofta är resultatet av en betydligt mer komplex social konstruktionsprocess än vad traditionella föreställningar om enhet och rättskällor kan ge intryck av framhålls också av de rättskonstruktivister eller "nyrealister" som bygger vidare på de äldre skandinaviska rättsrealisternas insikter om rätten som ett socialt system.<sup>875</sup> Rättskonstruktionerna ses som i grunden "individuella och mer eller mindre kollektiva tankekapelser – 'illusioner' – utan självständig existens. Att rättskonstruktioner saknar självständig existens betyder att de inte kan separeras från individuella föreställningar, läroprocesser, kommunikation, maktutövning och andra ageranden m.m".<sup>876</sup>

I Norden har "rättens konfliktfyllda natur" även utgjort en väsentlig utgångspunkt för den så kallade kritiska (eller alternativa) civilrättsdogmatiken, vars målsättning är att – i syfte att skapa ökade förutsättningar för behovsrationella, "sociala", rättsliga lösningar – visa på det rättsligt möjliga genom alternativa systematiseringar av rätten.<sup>877</sup> Det framhålls i detta sammanhang att det inte är juridisk-tekniska konflikter som avses: "När man talar om motsättningar inom rätten är det inte eventuella juridiskt-tekniska konflikter mellan konkreta normer som står i centrum för intresset. Vad som i

---

utelämnad.] The point is that different logical justifications can be used to justify conflicting outcomes. Hence, the indeterminacy of formal decision-making leaves open the question of substantive elements being the real determinants of the decision." (Se Anderson 1996, s. 3-4.)

<sup>874</sup> Se Hydén 2002, s. 78.

<sup>875</sup> Se Glavå & Petrusson 2002. De äldre realisternas syn på rättens ontologi beskrivs av nyrealisterna ofta med utgångspunkt i Hägerströms uttalande att rättsordningen i det hela inte är "annat än ett socialt maskineri, i vilket kuggarna utgörs av människor". (Se Hägerström 1939, s. 214.)

<sup>876</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 2.

<sup>877</sup> Se Wilhelmsson 1987, s. 24-27. Wilhelmsson menar att det kan hävdas att just synen på rätten som fragmenterad och konfliktfylld är den faktor som tydligast skiljer de olika varianterna av alternativ dogmatik från traditionella uppfattningar: "In traditional juridical doctrine one often understands the legal system as an, at least in theory, conflict free whole built upon a relatively uniform foundation of values.[Not utelämnad.] The consistency of the law is stressed as the central legal value. [...] In many parts of the world legal science has begun to question this view of the legal system as something basically harmonious – which view is naturally grounded in a feeling that society is an organic whole without (deep) inner contradictions – and, instead, asserted the conflict-filled character of the law. This aspect has in fact been strongly stressed by the representatives of an alternative legal dogmatics. It may also be claimed that *this very emphasis on the internal contradictions of the law is the feature that most clearly differentiates various forms of alternative dogmatics from traditional dogmatics.* (Se Wilhelmsson 1992, s. 30.)

högre grad är av intresse här är insikten att olika element av det konkreta rättsmaterialet (enskilda lagparagrafer, rättsfall o.s.v.) kan ge uttryck för etiska, samhällsfilosofiska och samhällspolitiska utgångspunkter som står i strid med varandra. Detta står i samband med rättens samhälleliga natur: då rätten utvecklas som en resultant av vid varje tidpunkt rådande (motstridiga) sociala intressen och intressekombinationer, är det naturligt att den avbalansering av intressena som vid en tidpunkt petrifierats i ett konkret rättsmaterial inte nödvändigtvis är densamma som kommer till uttryck i material från en annan tidpunkt.”<sup>878</sup>

Föreställningen om rättens enhet har även ifrågasatts ur olika postmodernistiska perspektiv.<sup>879</sup> Dels kan det hävdas att allmänna samhälleliga utvecklingstendenser som fragmentarisering, individualisering, nedbrytning av traditionella gemenskaper, globalisering, värdepluralism, en generellt sett mycket hög förändringstakt och så vidare – det vill säga tendenser som brukar beskrivas som en del av det post- eller senmoderna tillståndet i stort – utövar ett tryck på rätten i riktning mot ökad flexibilitet och pluralism. Det har till exempel framhållits att det av ”det senmoderna samhällets etiska osäkerhet” följer ett behov av en flexibel ansvarsrätt: ”Ansvarsrättegången kan fungera som ett behövt forum för pragmatisk moralisk diskurs, på det sätt jag beskrivit i kap. 4., blott om ansvarsrätten är innehållsligt öppen och relativt fri från juridisk teknikalitet. Också fragmenteringen av ansvarsrätten ansluter sig nära till det senmoderna samhällets etiska osäkerhet. En god moralisk kommunikation förutsätter en närhet till varierande uppsättningar moralrelaterade allmänna läror, vilket i sig är ägnat att göra helhetsbilden fragmenterad.”<sup>880</sup> Dels är det en postmodernistisk paradgren att dekonstruera föreställningar om rätten och rättsliga texter i syfte att påvisa hur det som ofta uppfattas som enhetligt och sammanhängande i realiteten ofta präglas av värdekonflikter och andra motsättningar.<sup>881</sup>

### 21.2.2 Inga givna metodologiska recept

Synen på rätten som en dynamisk social process resulterar (enligt min mening i varje fall) visserligen inte i några givna metodologiska recept. Det ligger dock givetvis nära till hands att på olika sätt gå utanför det traditionella rättsdogmatiska paradigmet i syfte att öka förståelsen för både de rent faktiska och de möjliga rättsliga processerna. I synnerhet om synen på rätten som en dynamisk social process kombineras med ett mer explicit emancipatoriskt vetenskapsideal.<sup>882</sup> Potentialen i att göra någonting annat än att i första hand

---

<sup>878</sup> Se Wilhelmsson 1987, s. 25.

<sup>879</sup> Se Gustafsson 2002, s. 15-16 framhåller den nära kopplingen mellan postmodernistiska strömningar och pluralistiska/polycentriska strömningar.

<sup>880</sup> Se Wilhelmsson 2001, s. 195.

<sup>881</sup> Se till exempel Dalberg-Larsen 1998, s. 34ff.

<sup>882</sup> Se till exempel citatet nedan punkt iv.

fastställa gällande rätt genom systematisering och tolkning av traditionella rättskällor (och vad detta "någonting annat" kan handla om) har beskrivits på många olika sätt.

Ur ett modernt pragmatiskt perspektiv – vilket som sagt bygger vidare på de äldre pragmatisternas motstånd mot en formalistisk juridik som såg rätten som "ett lukket system af regler og begreber" – kan man rent allmänt tala om behovet av en pluralistisk, samhällsinriktad rättsvetenskap som bland annat har som målsättning:

*"at se virkeligheden i øjnene, at anvende de relevante videnskabelige teorier og metoder til at belyse de forskellige problemstillinger, at producere en form for viden, der i en eller anden forstand er praktisk relevant, og at forlade tidligere teorier og synspunkter, når erfaringerne viser, at de ikke længere er holdbare."*<sup>883</sup>

Likaså har det framhållits att ett perspektiv där rättens mångvärdhet står i centrum rent generellt kan antas öka möjligheterna "att identifiera förekommande intresse- och värdepåseättningar, liksom att rättskälleproblemen kan bearbetas från flera olika perspektiv".<sup>884</sup>

För den kritiska dogmatiken är "rättens konfliktfyllda natur" som sagt utgångspunkten för ett mer specifikt metodologiskt program som syftar till att genom omsystematiseringar av det befintliga rättsliga materialet visa på hur det är möjligt att flytta gränserna för vad som kan anses vara rättsligt möjligt. De kritisk-dogmatiska utgångspunkterna har beskrivits enligt följande:

"Within the framework of what may be characterized as alternative and critical legal dogmatics there lies, if the matter is considered from an international perspective, a relatively broad spectrum of different currents of thought. Common to the adherents of all the forms of legal dogmatics that can be termed alternative in the present meaning, however, are the following characteristics, at least:

- (i) The realization that the idea of value free (objective) legal dogmatics is an illusion.[Not utelämnad.]
- (ii) Based on this realisation, a relatively strong emphasis on the wide discretion which the legal system gives the judges and other legal decision-makers.[Not utelämnad.]
- (iii) The view that traditional legal dogmatics (mainstream legal dogmatics) is based implicitly on conservative social values.
- (iv) The desire to build one's own activity on values and ideals that are perceived as being more emancipatory.

---

<sup>883</sup> Se Dalberg-Larsen 2001, s. 103.

<sup>884</sup> Se Gustafsson 2002, s. 163.

- (v) The belief that, through legal dogmatic activity, one can achieve social change towards the ideals one has embraced.
- (vi) A greater reliance than in traditional forms of dogmatics on the fruitfulness of the interdisciplinary project of infiltrating theories and results from the social science into legal dogmatics.

These criteria are patently diffuse. No clear demarcation can be made between alternative forms of legal dogmatics and progressive variants of traditional legal dogmatics; nor is it meaningful to attempt to do so. As will emerge from what follows it is by no means evident that all, even in 'alternative' quarters, wish to stress the differences between an 'alternative' paradigm and a 'traditional' one."<sup>885</sup>

Den kritisk-dogmatiska metoden, vilken som sagt syftar till att skapa ökade förutsättningar för behovsorienterade rättsliga lösningar, har beskrivits som en metod som tillämpas i dialektiken mellan det verkliga och det möjliga:

"A future-directed alternative legal dogmatics should, in other words, work within the framework of *the dialectic between the real and the possible*. Such a dogmatics should, adopting an objective that is socially desirable from the researcher's point of view – for example to improve the position of weaker social groups – develop general principles which, with regard to social conditions and the existing legal material, are socially and legally possible.

Development of such future-directed general principles does not, however, take place 'outside' this dialectic. The formulation of the new principles itself, through the legal-source function of legal dogmatics, contributes to *extending the limits of the legally possible*. The new principles constitute legal material and offer legitimation of changed practice for a critical decision-maker: via these principles the legally possible – in some time perspective or other – becomes legally real. The self referential, circular nature of the law is employed to promote desired solutions.[Not utelämnad.]"<sup>886</sup>

Liksom den kritiska dogmatiken tar som sagt även det rättskonstruktivistiska eller "nyrealistiska" synsättet sin utgångspunkt i en rättslig ontologi som betonar hur rätten är allt annat än enhetlig och sammanhängande. Rättskonstruktionerna ses som sagt som i grunden "individuella och mer eller mindre kollektiva tankeskapelser – 'illusioner' – utan självständig existens. Att rättskonstruktioner saknar självständig existens betyder att de inte kan separeras från individuella föreställningar, lärprocesser, kommunikation, maktutövning och andra ageranden m.m."<sup>887</sup> Den historiska inspirationskällan är den

---

<sup>885</sup> Se Wilhelmsson 1992, s. 6.

<sup>886</sup> Se Wilhelmsson 1992, s. 47.

<sup>887</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 2.

skandinaviska rättsrealismen, och då särskilt de Lundstedtska insatserna.<sup>888</sup> Syftet är att bygga vidare på de äldre realisternas insikter och med hjälp bland annat av moderna socialkonstruktivistiska verktyg skapa: "en övergripande rättsteori, vilken möjliggör ett konstruktivistiskt – pragmatiskt[not utelämnad] – förhållningssätt, där juristprofessionen tar ett större ansvar för samhällskonstruktioner i allmänhet och rättskonstruktioner i synnerhet".<sup>889</sup>

### **21.3 Generella risker med en föreställning om en självständigt gällande rätt**

En föreställning om en självständigt existerande och enhetlig juridisk idévärld där svaren på juridiska problem "står att finna" – företrädesvis med hjälp av gängse juridisk metod som i första hand går ut på systematisering och tolkning av (ett hierarkiskt) rättskällematerial – kan på många olika sätt motverka ett konstruktivistiskt ansvarstagande av detta slag. Följande exempel på generella risker med en föreställning om en självständigt gällande rätt är särskilt relevanta för denna undersökning.

En föreställning om en självständigt gällande rätt riskerar bland annat att leda till att vi "fastnar i begreppen".<sup>890</sup> Specifikt juridiska begrepp och deduktiv logik (så kallad "rättsstatslogik") är visserligen givetvis oumbärliga instrument för att skapa förutsebarhet och rättssäkerhet i ett modernt rättssystem som hanteras av jurister och administratörer på en mängd olika nivåer. Även om ramlagstiftning och målstyrning har blivit allt vanligare på många områden kan rättssystemet i stort knappast fungera utan den här typen av komponenter.<sup>891</sup> Med en föreställning om en självständigt gällande rätt riskerar vi emellertid att bli begreppens fångar i allt för hög utsträckning. Inte minst kan juridiska begrepp uppvisa en tillväxttendens som beror på att det är bekvämt att utnyttja de befintliga begreppen, och de lösningar som dessa begrepp anger, även på nya problem, det vill säga i samband med problem där de reella omständigheter och intressen som är relevanta egentligen inte har beaktats i samband med konstruktionen av begreppen i fråga.<sup>892</sup>

---

<sup>888</sup> "Om man som vi strävar efter att vi inom ramen för den juridiska metodiken skall vara medvetna om och kunna hantera rättsliga fenomen som sociala konstruktioner, baserade på reella individuella och kollektiva föreställningar, är det dock viktigt att försöka se till potentialen i de rättsrealistiska teorierna. Den som var mest utmanande av de skandinaviska realisterna var Lundstedt. Han var också den som ägnade mest kraft åt att bekämpa det förhärskande 'rättsideologiska paradigmet'. [...] Skall man skaffa sig en bild av potentialen i de rättsrealistiska idéerna bör man därför studera Lundstedt." (Se Glavå & Petrusson 2002, s. 9.)

<sup>889</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 3-4.

<sup>890</sup> Risken att "fastna i begreppen" utvecklas som ett mer generellt tema exempelvis av Martinson 2002, s. 82ff.

<sup>891</sup> Se om rättsstatslogik, ramlagstiftning och så vidare, till exempel Hydén 2002a, s. 111ff.

<sup>892</sup> Martinson talar till exempel om "egendomsbegreppets tillväxttendens" och exemplifierar med hur pantsättning av framtida fordringar har hanterats i praxis. (Se Martinson 2002, s. 102ff.) Egendomsbegreppets tillväxttendens har också uppmärksammats i immaterialrättsliga sammanhang, det talas allmänt om en ständigt pågående egendomifiering på detta område, se

I den mån vi frågar oss "vad som gäller" istället för att analysera och sträva efter att hantera rättens faktiska och möjliga funktioner, så riskerar vi följaktligen att bli sämre jurister. I varje fall i meningen att de lösningar vi producerar när vi hanterar oklara rättsfrågor riskerar att bli mindre väl anpassade till de reella omständigheterna.

Frågan om klart och oklart hör ihop med den vanliga missuppfattningen att synsätt som det rättskonstruktivistiska (det vill säga synsätt som utgår från rättens reella brist på enhet och dess karaktär av dynamisk social process) nödvändigtvis leder till relativism och "anything goes". Tvärtom *betonar* rättskonstruktivismen vikten av att vårda och ta ansvar för rättskonstruktionerna och att klara och tydliga lagregler och stadgad praxis som utgångspunkt bör följas, visserligen inte för att de gäller men till följd av värden som behovet av förutsebarhet och vikten av demokratisk lojalitet.<sup>893</sup> De äldre realisternas, och kanske särskilt då Lundstedts, tendens att gå för långt i sin iver att riva ner "rättsideologiska komponenter" som till exempel rättighetsbegrepp är också något som nyrealismen tar avstånd från: "Vi delar inte de realistiska, ideologikritiska och socialkonstruktivistiska förhållningsätt som syftar till att avskaffa rättigheter, rättsprinciper, rättsregler och andra rättskonstruktioner. Tvärtom menar vi att dessa konstruktioner är fundamentala beståndsdelar i samhällsbygget. En för oss avgörande insikt är dock att man vare sig i teori eller praktik skall behandla existensen av rättsliga konstruktioner såsom något givet, utan alltid måste sträva efter att se dess kommunikativa, behavioristiska och komplexa realitet. En lika viktig insikt är samtidigt att vi erkänner vikten av att vara lojala mot och att vårda rättsliga konstruktioner – ofta som strukturella verktyg att användas vid evolution och konstruktion av vårt moderna samhälle."<sup>894</sup> En annan sak är att det inte finns någon anledning att ha en överdrivet stor tilltro till möjligheterna att med hjälp av lagstiftning och annan juridisk normgivning skapa fullkomligt klara rättstillstånd. Visst finns det situationer där klara och tydliga lagregler resulterar i otvetydiga handlingsdirektiv till berörda juridiska beslutsfattare. Den här typen av situationer kan dock samtidigt hjälpa oss att se vilken begränsad räckvidd den här typen av otvetydig klarhet ofta har: "Föreställningen om att det finns en 'gällande rätt' som i princip är heltäckande, är mycket gammal. Den ser ut så här: På varje fråga har lagen ett (1) svar. Detta svar kan 'plockas ner från hyllan', bara man vet var det ligger. Skulle situationen ifråga inte vara uttryckligen behandlad i lagtexten så är det ändå inget problem. För genom en uppsättning juridiska hjälpmedel, främst förarbeten och prejudikat, så kan man ändå med användning av särskilda juridiska argument och tankemodeller sluta sig till det enda riktiga svar som är varje juridisk frågas genes. Och därigenom lätt plocka ner det från den intellektuella hyllan. Detta är strunt. Visst finns det exempel på regler med en så absolut och objektivt formulerad innebörd, att de aldrig eller nästan aldrig behöver tolkas. Det står t.ex. i lagen, att den som har rätt till avdrag i deklarationen för sina utgifter för resor med egen bil till och från arbetet, får dra av 17 kronor för varje körd mil. OK, 17 är 17, det är inte 16 eller 18, och det går alltså att ge ett säkert svar på frågan. Men det räcker att fortsätta läsningen i samma paragraf, så

---

avsnitt 6.3.1. Man kan visserligen också medvetet utnyttja äganderättsbegreppets tillväxttendenser i ett försök att berätta en stor god berättelse om kapitalismens strukturella anpassning till en alltmer kunskapsbaserad ekonomi, se kapitel 11.

<sup>893</sup> Se till exempel Glavå 2001, s. 19. Att betona att det är just värden som förutsebarhet och demokratisk lojalitet som utgör grunden för efterlevnaden i den här typen av fall, och inte att reglerna på något sätt är självständigt gällande, är ingen *petitess* eller endast en lek med ord. Det klargör att det i slutändan handlar om ett val mellan olika värden och att det finns en principiell möjlighet (och, menar jag, även en principiell skyldighet) att avvika även från en aldrig så tydlig lagregel om tillämpningen av denna skulle vara etiskt och moraliskt förkastlig. Som exempel på en realistiskt influerad modell för att hantera oklara rättsfrågor, som är väldigt styrd och mycket långt ifrån "anything goes", kan nämnas Martinsons norm-fakta-värde-modell. Inom ramen för denna modell hanteras oklara rättsfrågor genom avvägningar mellan olika typer av argument som till stor del har sitt ursprung i vad som skulle kunna betecknas som en dominerande krediträttslig ideologi, något som i och för sig skulle kunna kritiseras som ett tillvägagångssätt som riskerar att ytterligare konservera de redan dominerande föreställningarna på området och dölja det som i ett vidare perspektiv kanske kan vara rättsligt möjligt.

<sup>894</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 4.

inser man hur svårt det är att skriva lagar som inte behöver tolkas: En möjlighet att kvalificera sig för sjuttonkronorsavdraget är nämligen, att man *regelmässigt* tjänat viss tid på att ta bilen, jämfört med allmänna kommunikationer. Naturligtvis kan ordet *regelmässigt* ges ett antal olika betydelser, som exempelvis fem, fyra eller tre dagar i veckan, fast bara under semestern? Eller alla dagar i veckan, fast bara under fem månader om året?<sup>895</sup>

Mot bakgrund av en realitet där rättsliga processer inte sällan influeras av andra faktorer än det som traditionellt sett betraktas som rättskällor riskerar en föreställning om en självständigt gällande rätt givetvis också att skapa en falsk bild av vad som faktiskt sker. I värsta fall fungerar en sådan föreställning som "en fasadlegitimerande slöja, bakom vilken dolda maktprocesser resulterar i att förhärskande intressen tillgodoses och realiserar".<sup>896</sup> Detta är en risk som inte bör underskattas på det område som denna undersökning behandlar. En utökad egendomifiering av intellektuella resurser riskerar ju som sagt att kapas av förhärskande intressen. Egendomsbegreppet med dess förmåga att skapa mycket starka följdföreställningar om en berättigad exklusiv kontroll kan som sagt antas föra med sig särskilt stora risker i detta avseende.<sup>897</sup>

En föreställning om en självständigt gällande rätt riskerar vidare att leda till att vår förmåga och möjlighet att rättsligt styra och hantera mer övergripande samhällliga omvandlingsprocesser minskar. En föreställning om en självständigt gällande rätt som uttolkas i enlighet med en hierarkisk rättskällelära kan givetvis verka i konserverande riktning och därmed motverka medveten design och vård av "för näringslivet/samhället så ändamålsenliga (samhällsnyttiga, utvecklingsmässigt hållbara etc.) rättskonstruktioner som möjligt".<sup>898</sup> Även detta är en risk som är särskilt relevant för denna undersökning. De frågor som analyseras i denna undersökning är ju frågor som kan antas ha stor betydelse för just den strukturella omvandling som följer i intellektualiseringens spår. Möjligheterna att som rättsvetare och jurist bidra med något konstruktivt i detta sammanhang kan i hög utsträckning antas vara beroende av just en medveten designtanke.<sup>899</sup>

Diskussionen om begreppet gällande rätt kan givetvis föras långt vidare. Det är dock inte syftet med denna avhandling. Jag har endast velat peka på ett antal faktorer som har direkt koppling till varför jag i denna undersökning inte har strävat efter att fastställa gällande rätt. I första hand beror detta på att det redan på grund av den analyserade problematikens särskilda karaktär inte särskilt relevant att fråga "vad som gäller?". För det andra kan det även ifrågasättas om

---

<sup>895</sup> Se Pahlsson 2005, s. 24-25.

<sup>896</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 1.

<sup>897</sup> Se kapitel 11.

<sup>898</sup> Se Glavå & Petrusson 2002, s. 24.

<sup>899</sup> Den konstruktiva modell som har presenterats i del 4 i denna undersökning är ju också ett försök just att designa en rättskonstruktion som är anpassad till realiteterna på området och som skulle kunna bidra till en positiv samhällsutveckling. Den designtanke som har varit närvarande i denna undersökning är dock inte direkt kopplad till någon specifik rättskonstruktivistisk eller realistisk *metod* utan, som framgår strax nedan, bygger på en enligt min mening ganska enkelt och rättframt funktionellt och konstruktivt angreppssätt som i huvudsak går ut på en kontextualiserande analys av den rättsliga problematiken.



inte denna fråga rent allmänt är mindre lämplig. Det skall som sagt också framhållas att jag inte har tillämpat någon specifik pragmatisk eller "polyvalensbaserad" metod. Inte heller har jag ägnat mig åt omsystematiseringar i kritisk-dogmatisk anda eller tillämpat någon specifik och avancerad rättskonstruktivistisk metod med vars hjälp jag har "fångat de reella konstruktionsprocesserna" eller liknande. Det jag har gjort har dock i olika grad inspirerats av den här typen av synsätt. I stort har jag strävat efter att undersökningen som helhet skall bidra till ökade möjligheter för ett pragmatiskt, samhällsinriktat ansvarstagande för de rättsliga problem som är aktuella på det undersökta området. Det har också varit en ambition att lyfta fram värde- och intresseomångfalden på området och att låta avvägningar av dessa värden och intressen utgöra grunden för den konstruktiva analysen. Mer konkreta avtryck i undersökningen har framförallt de kritisk-dogmatiska och de rättskonstruktivistiska perspektiven lämnat. Jag har försökt att lyfta fram en, visserligen kanske inte "undertryckt", men i varje fall ofta omedveten, sakrättslig tankemodell och påvisa hur med denna tankemodells hjälp en möjlig balanserad modell för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skulle kunna konstrueras. Jag har som sagt också överhuvudtaget avstått från att försöka fastställa gällande rätt för att istället ställa funktionella och konstruktiva frågor om rätten på det undersökta området. "Hur fungerar rätten på detta område, i sitt samhälleliga, ideologiska och praktiska sammanhang?" och framförallt "hur skulle rätten kunna fungera mot bakgrund av de på området relevanta samhälleliga, ideologiska och praktiska omständigheterna?". För att besvara funktionella och konstruktiva frågor krävs det en funktionell och konstruktiv metod. I denna undersökning har detta medfört att den rättsliga problematiken har analyserats i fyra olika steg (representerade av undersökningens del 1-4), där varje steg har inneburit att problematiken har kontextualiserats på ett visst sätt.

#### ***21.4 De fyra steg jag har använt för att besvara de funktionella och konstruktiva frågorna***

I del 1 presenterades min analys av förutsättningarna för utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av det mer övergripande samhälleliga och ideologiska sammanhanget. Det övergripande syftet var att undersöka om utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör betraktas som ett eftersträvansvärt samhälleligt mål överhuvudtaget, och i så fall vilka intressen som är särskilt viktiga att beakta i samband med konstruktionen av en finansieringsform som skulle kunna möjliggöra ett sådant utökat utnyttjande. För att kunna fullgöra detta syfte analyserades i denna del en mängd olika typer av material. Framförallt handlade det om ekonomiskt inriktad argumentation kring värdet av kreditsäkerhet i stort samt behovet av och riskerna med exklusiv kontroll över

intellektuella resurser. Analysen avgränsades inte till vissa typer av argument eller material från en specifik teori eller liknande. Tvärtom strävade jag i denna analys efter bredd och använde mig av det material och de argument som jag upplevde som nödvändiga för att lösa uppgiften. Det samlade resultatet av analysen i del 1 var att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas medföra en värdeskapande potential, det vill säga utgöra ett eftersträvanvärt samhälleligt mål. Särskilt skulle utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet kunna antas gynna små och medelstora kunskapsföretag. De risker som är förknippade med en utveckling av detta slag kan emellertid också antas vara stora, särskilt eftersom utökade möjligheter att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet förutsätter utökade kontroll- och överföringsmöjligheter. En alltför hög grad av exklusiv kontroll över intellektuella resurser kan antas motverka en positiv teknologisk, ekonomisk, kulturell utveckling med mera. Kunskapsekonomins funktion kan nämligen antas vara beroende av en komplex balans mellan exklusiv kontroll över intellektuella resurser och allmän tillgänglighet till desamma. Hur denna balans bäst skall uppnås är föremål för en ständig diskussion. Man kan hävda att den mest fruktbara vägen är en utökad egendomifiering av intellektuella resurser. Med detta synsätt krävs det helt enkelt en egendomsliknande kontroll över intellektuella resurser för att dessa resurser skall kunna utnyttjas som plattformar, verktyg och produkter i det intellektuella affärsskapandet. Kombinerat med olika typer av begränsningsmekanismer och tillgänglighetsskapande strukturer på en mer övergripande institutionell nivå skulle egendomifiering av intellektuella resurser i stor skala visserligen kunna utgöra grunden för en stor, och i bästa fall också huvudsakligen god, berättelse om hur intellektualiseringen av ekonomin leder till en nödvändig omstrukturering av kapitalismen. Risken är dock givetvis att en berättelse av detta slag inte alls blir en god berättelse om balanserad kontroll och tillgänglighet utan en berättelse om hur egendoms- och kapitalbegrepp används av de starkaste och mäktigaste för att gynna snäva egenintressen. Det konstaterades därför att det finns anledning att fundera kring hur man med hjälp av mer begränsade kontrollmekanismer än äganderättskonstruktioner skulle kunna utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Hur en modell som, med mer begränsade insatser än en fullskalig rekonstruktion av det kapitalistiska systemet, möjligtvis skulle kunna möjliggöra ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser utvecklades i del 4. För att skapa en förståelse för förutsättningarna för konstruktionen av en sådan modell var det nödvändigt att först undersöka hur de resurser som det är fråga om typiskt sett fungerar i den värdeskapande processen och vilka förutsättningarna är att hantera resurserna på ett sådant sätt att de kan kontrolleras och överföras som kreditsäkerhets-"objekt". Denna analys genomfördes i denna undersöknings andra del.

Det var i samband med analysen i del 2 som det blev uppenbart varför det är relevant att tala om intellektuella resurser som kreditsäkerhet och inte bara immateriella rättigheter, och varför ett mer omfattande utökat utnyttjande av den här typen av resurser – de immateriella rättigheterna inkluderade – kräver ett resursperspektiv i stället för ett rättighetsperspektiv. I praktiken utgör de immateriella rättigheterna i många fall bara en del av ett större paket av olika resurselement som tillsammans utgör den värdeskapande intellektuella resursen. Det är denna större, ofta komplexa och sammansatta, resurs som måste kunna hanteras i kontroll- och överföringshänseende för att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skall bli möjligt. Generellt sett saknas dock sannolikt ofta den här typen av förmåga hos de aktörer som faktiskt hanterar resurserna. Med den kunskap som idag finns om hantering av intellektuella resurser kan det dock antas att det i princip skulle vara möjligt att, i varje fall i vissa fall och under gynnsamma omständigheter, skapa den kontroll och överförbarhet som krävs. En sådan verksamhet skulle till att börja med endast ske i liten skala och med hjälp av specialister. En utveckling på detta område skulle sannolikt kräva att det växer fram aktörer som är specialiserade på att ge eller förmedla krediter baserade på säkerhet i intellektuella resurser.

I delarna 1 och 2 ligger jag som sagt nära en samhällsvetenskaplig/rättsociologisk undersökning, dock utan att använda mig av någon särskild sådan metod. Själv tycker jag egentligen inte att detta är särskilt problematiskt. Jag är medveten om att man säkerligen kan ifrågasätta mina resultat ur ett samhällsvetenskapligt perspektiv. Jag gör heller inga anspråk på att komma med ur något särskilt samhällsvetenskapligt perspektiv "giltiga" förklaringar. Jag gör analyserna i del 1 och 2 som rättsvetare. Det är mycket viktigt att det är möjligt att inom rättsvetenskapen kontextualisera rättslig problematik på detta sätt. Det kan bidra med en unik förståelse för den rättsliga problematiken på ett område. Möjligheterna att genomföra regelrätta rättsociologiska undersökningar är begränsade. Särskilt på ett område av detta slag där det är nödvändigt med en så pass bred analys av samhälleliga och praktiska förutsättningar hade det varit förenat med stora praktiska svårigheter att genomföra regelrätta rättsociologiska undersökningar.

I del 3 analyserades förutsättningarna att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet mot bakgrund av de etablerade krediträttsliga verktygen och de lösningar och argument som återfinns i det traditionella rättskällematerialet. Denna analys visade att den juridiska diskussionen på detta område – föga förvånande – domineras av ett rättighetsperspektiv. Det är de immateriella rättigheterna som sådana som betraktas som objekt för sakrättsliga anspråk och därmed i princip som de enda möjliga kreditsäkerhetsobjekten. Alla de andra resurselement som kan utgöra betydelsefulla delar i en sammansatt intellektuella resurs tenderar att betraktas som "något annat än egendom". Förutom att utnyttjande av intellektuella resurser (inklusive immateriella rättigheter) som kreditsäkerhet försvåras kan resultatet bli att intellektuella resurser i allmänhet splittras upp i samband med

konkurser, vilket kan resultera i värdeförstöring. Rättighetsperspektivet och den strikta åtskillnaden mellan egendom och icke-egendom är dock varken naturgiven eller nödvändig. Det finns andra möjliga synsätt. I synnerhet skulle det sakrättsfunktionella synsätt som har varit en del av den svenska och nordiska sakrättsliga strukturen i snart 100 år kunna utgöra grunden för ett mer nyanserat och konstruktivt synsätt på intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Denna möjlighet analyseras vidare i avhandlingens fjärde del.

I del 4 analyserades så slutligen förutsättningarna för en konstruktiv modell som möjliggör ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Tanken är att det är både möjligt och nödvändigt att bygga på de konstruktioner (paketeringar) som måste göras av de aktörer som hanterar resurserna. Under vissa förutsättningar bör säkerhetskonstruktionen erbjuda ett begränsat sakrättsligt skydd som går utöver de immateriella rättigheterna som sådana. Framförallt handlar det om skydd mot kredittagarens konkursborgenärer, med andra ord en slags lojalitetsplikt för konkursboet som innebär att effektiva konstruktioner måste respekteras. Men det kan även handla om ett i viss mån mer långtgående sakrättsligt skydd. Skyddet bör hursomhelst kunna vara skiktat. Olika resurselement bör kunna behandlas olika.

Av avgörande betydelse för skapandet av en säkerhetskonstruktion som utgår från ett resursperspektiv snarare än ett rättighetsperspektiv samt från ett icke-unitärt egendomsbegrepp är som sagt det så kallade sakrättsfunktionella tänkandet. Det sakrättsfunktionella tänkandet utgör alltså en avgörande förutsättning för konstruktionen av en balanserad modell som möjligtvis skulle kunna göra en utökad användning av intellektuella resurser som kreditsäkerhet möjlig utan en rekonstruktion av hela det kapitalistiska systemet. Det sakrättsfunktionella tänkandet kan alltså ses som ett centralt metodologiskt verktyg i denna undersökning. Det finns därför anledning att här i det avslutande metodkapitlet utveckla grunderna för detta tänkande och samtidigt tydliggöra den konstruktiva betydelse sakrättsfunktionalismen har haft inom ramen för denna undersökning.

### ***21.5 Det sakrättsfunktionella tänkandet – ett centralt verktyg i skapandet av en konstruktiv modell för intellektuella resurser som kreditsäkerhet***

Avsikten med detta avsnitt är att tydliggöra hur det sakrättsfunktionella angreppssättet har fungerat som ett centralt verktyg för konstruktionen av en modell som skulle kunna möjliggöra ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Det sakrättsfunktionella synsättet kan ses som ett av många uttryck för ett mer generellt intresse för samhällstillvänd och praktisk

analys inom nordisk och svensk förmögenhetsrätt.<sup>900</sup> Ett centralt tema inom det sakrättsfunktionella tänkandet har varit att det inte har ansetts vara nödvändigt att fastslå *en* tidpunkt för äganderättens övergång. För att lösa de dynamiska sakrättsliga problem som kan uppkomma i samband med förfoganden över egendom har det istället ansetts vara lämpligare att bryta ned övergångsfasen i sina beståndsdelar (det vill säga i de olika konflikttyper som blir resultatet av denna pulvrering av äganderättsbegreppet i övergångsfasen).<sup>901</sup> Tanken är dels att detta ökar möjligheterna att ta hänsyn till sådant som praktiska överväganden, intressen och konsekvenser i analysen av den dynamiska sakrättsliga problematiken och dels att en unitär utgångspunkt i vilket fall som helst måste förses med så många undantag och speciallösningar att den begreppsliga startpunkten snarast blir ett hinder i vägen för den goda juridiska argumentationen.<sup>902</sup> Dessutom har i alla fall vissa rättsvetare med en central roll i den sakrättsfunktionalistiska utvecklingen menat att äganderättsbegreppets starka ideologiska laddning kan vara problematisk i sammanhanget.<sup>903</sup>

Grundläggande för det sakrättsfunktionella tänkandet är alltså ett avståndstagande från unitärt förhållningssätt i syfte att bättre kunna beakta de praktiska omständigheter och de intressen som gör sig gällande i enskilda fall, eller i varje fall i olika typfall.

Ett enhetligt äganderättsbegrepp är helt enkelt inget inget lämpligt verktyg i detta sammanhang. Det är bättre att tala om prioritet av olika slag. Applicerat på intellektuella resurser framstår det dessutom som nära till hands att överhuvudtaget inte betrakta och hantera dessa som enhetliga egendomsobjekt

---

<sup>900</sup> För några exempel på hur detta intresse har uttryckts av ett antal centralgestalter inom den svenska förmögenhetsrättsliga forskningen under 1900-talet, se avsnitt 1.1.3.1.

<sup>901</sup> Det sakrättsfunktionella angreppssättet är vid det här laget så pass sedimenterat i den svenska rättskulturen att det för en svensk sakrättare sannolikt är svårt att föreställa sig alternativa sätt att hantera den sakrättsliga problematiken.

<sup>902</sup> Martinson 2008, s. 78 sammanfattar det funktionella angreppssättets rational enligt följande: "...the Swedish belief is that if you start with the concept of ownership you would need a lot of exemptions to get a method that works and creates suitable solutions. You would also need more abstract considerations to identify the exceptions that have to be provided for. The ownership concept is therefore seen as a tool that is too general and, as such, a tool that often causes more damage than it is of use". Martinson försöker även beskriva det sakrättsfunktionella angreppssättet i åtta punkter: (i) Att äga eller inte äga – det är inte frågan! (ii) Gå rakt på problemet! Äganderätten är en omväg. (iii) Var öppen för att hantera alla problem, men lös endast dem som behöver lösas. (iv) Formulera frågorna funktionellt! Äganderätten är inte det verkliga problemet. (v) Terminologin bör inte vara bestämmande! Äganderätten är inte ett magiskt ord. (vi) Använd äganderätten relationellt! (vii) Låt de funktionella intressena avgöra vilka konstruktioner som bör stödjas! (viii) Samma lösning kan användas för olika problem – men på problemens egna meriter! (Se Martinson 2008.)

<sup>903</sup> Se till exempel Undén 1927. Jag menar att det fortfarande finns en poäng i detta synsätt. Poängen är visserligen inte helt densamma som i 1900-talets början men principen är likadan. Om vi börjar en analys med att beteckna någon som ägare eller någonting som äganderätt eller vissa resurser som egendom, så har vi redan gjort ett i allra högsta grad ideologiskt laddat ställningstagande. Därför kan det – i synnerhet när det gäller analysen av hantering av nya resursslag – finnas skäl att vara försiktig med användandet av äganderätts- och egendomsbegreppen. Risken är att dessa ideologiskt kraftfulla beteckningar leder till förhastade och alltför långtgående slutsatser.

utan just om resurser som i olika utsträckning kan vara föremål för prioritet. En sådan utgångspunkt gör det möjligt att i transaktionssammanhang rekonstruera det immaterialrättsliga systemet i liten skala, i syfte att uppnå en balanserad kontroll över intellektuella resurser.<sup>904</sup>

Förståelsen av det specifika sakrättsfunktionella tänkandet underlättas av en förståelse för detta synsätts historiska framväxt. Inte minst kan en förståelse för den historiska framväxten vara nödvändig för att förstå hur det sakrättsfunktionella tänkandet skiljer sig från alla de olika funktionalistiska inriktningar som existerar inom olika vetenskapsgrenar.<sup>905</sup>

Först några korta anmärkningar. I snart sagt varje vetenskap verkar det finnas någon gren som säger sig vara funktionalistisk.<sup>906</sup> Vanligtvis bygger funktionella förklaringar inom såväl natur- som samhällsvetenskaper på att det som skall förklaras ses som en del som fyller en nödvändig funktion i en helhet. Funktionalistiska teorier anknyter därmed ofta till någon form av systemteori. Systemets olika delar har alla sina specifika funktioner för att upprätthålla systemets enhet eller jämvikt. Ett naturligt system vars delar ofta beskrivs i funktionalistiska termer är den mänskliga kroppen. De olika delar som bygger upp kroppen förklaras ofta utifrån sina funktioner. Hjärtat pumpar blod, lungorna tar upp syre, muskelcellerna gör att vi kan röra oss, och så vidare. Ekologiska system förklaras ofta i funktionalistiska termer. Inom ekologin talar man om ekosystem och ekologiska kretslopp där de olika organismer som bygger upp systemet alla står i ett beroendeförhållande till varandra och fyller en funktion för att upprätthålla helheten. Teorin om det naturliga urvalet är funktionalistisk teori. Egenskapers existens förklaras med deras positiva effekter för artens överlevnad. Även inom nationalekonomin utnyttjas funktionsförklaringar. Alchians och Friedmans teori om marknaden som selektionsmekanism (i analogi med evolutionsteorin) är ett exempel. Endast företag som profitmaximerar överlever i längden på marknaden. Oavsett företagets intentioner i övrigt måste därför företaget profitmaximera. Historievetenskapen håller sig också med funktionsförklaringar. Varför inträffade inte industrialiseringen redan under antiken? Den nödvändiga tekniska kunskapen fanns tillgänglig. Redan de gamla grekerna kände till ångmaskinen. Jo, säger den funktionalistiske historikern, för att slavarna fyllde maskinernas funktion i det antika samhället. Funktionsförklaringar förekommer även inom psykologin. När en alkoholiserad förälder kommer till rätta med sin alkoholism händer det att något av barnen i familjen får problem. En funktionalistisk förklaring är att barnet tar över förälderns roll eftersom familjen för sin sammanhållning behöver en syndabock som föremål för familjens samlade aggressioner. Funktionalism finns det även gott om inom antropologi, kriminologi och statsvetenskap. Inom kriminologin och statsvetenskapen har man till exempel förklarat avvikande beteende med att det gynnar sammanhållningen i "normalsamhället"; det vill säga fungerar systembevarande. Mycket välkänd är den sociologiska funktionalismen. Det finns många varianter av sociologisk funktionalism. Det talas ibland om en stark respektive en svag funktionalistisk tes inom sociologin. Enligt den starka funktionalistiska tesen har alla samhällsliga institutioner och fenomen en funktion för att upprätthålla den rådande ordningen. Enligt den svaga funktionalistiska tesen *kan* samhällsliga institutioner och fenomen ha en funktion för att upprätthålla en viss ordning.<sup>907</sup> En känd funktionalistisk förklaring inom sociologin är Durkheims förklaring av australiska urinnevänares religiösa ceremonier som ett fenomen med funktionen

---

<sup>904</sup> Frågan är givetvis om en kontroll av detta slag är tillräcklig för att intellektuella resurser verkligen kommer att utnyttjas som kreditsäkerhet... Om inte så återstår bara två alternativ: Att avstå från ett utökat utnyttjande eller att genomföra den storskaliga rekonstruktionen av det kapitalistiska systemet...

<sup>905</sup> En förståelse för just det sakrättsfunktionella tänkandets historia kan också antas vara nödvändig för att förstå hur sakrättsfunktionalismen skiljer sig från den mer allmänna rättsvetenskapliga rättighets- (eller äganderätts-, om man så vill) debatt som ägde rum i Sverige under 1900 talets första halva.

<sup>906</sup> Detta avsnitt om olika funktionalistiska inriktningar baseras framförallt på Pålsson Syll 1998, s. 159-168 samt Thurén 2005, s. 121-128.

<sup>907</sup> Se Djurfeldt 1996, s. 81 med hänvisningar.

att hålla gruppen samman. De mest kända funktionalisterna inom sociologin är nog annars Talcott Parsons och Robert Merton (Merton skilde mellan manifesta funktioner och latent funktioner. Endast manifesta funktioner är medvetna för de individer som upprätthåller funktionen genom en viss handling. Latenta funktioner upprätthålls av individer som inte är medvetna om att deras handlingar har den givna funktionen.) Den sociologiska funktionalismen har kritiserats för att ha en tendens att bli konservativ (funktionsförklaringar kan exempelvis användas av den som vill motivera och försvara ojämlika förhållanden i samhället).<sup>908</sup> Funktionalistiska förklaringar inom samhällsvetenskapen har också bland annat kritiserats för att vända upp och ner på tidsordningen i och med att verkan förklarar orsaken, vara svår att falsifiera (funktionella förklaringar bekräftar sig själva, allting kan förklaras funktionellt), vara ytliga (de förklarar inte varför just det specifika fenomenet och inte ett annat fenomen har uppkommit), ignorera intentionalitet (det vill säga handlingars betydelse för de som utför den) samt för att de inte kan förklara uppkomst och förändring.<sup>909</sup>

### 21.5.1 Det sakrättsfunktionella tänkandets framväxt

Även om det sakrättsfunktionella perspektivet har utvecklats i nära förbindelse med en mer allmän förmögenhetsrättslig funktionalism, eller pragmatism om man så vill, så kan det sakrättsfunktionella perspektivet sägas vara ett perspektiv som har en egen, särskild karaktär och historia.

Först ut med att ifrågasätta det unitära äganderättsbegreppet var Carl Torp, professor vid universitetet i Köpenhamn, som på Nordiska juristmötet 1902 presenterade en funktionell syn på äganderättens övergång.<sup>910</sup> Torp argumenterade för att frågan om äganderättens övergång borde upplösas i sina beståndsdelar.<sup>911</sup> Torp menade att frågan om äganderättens övergång överhuvudtaget inte borde ställas. De relevanta frågorna sades istället vara: Vad krävs för att köparen skall bli skyddad från säljarens kreditorer, och vad krävs för att köparen skall bli skyddad gentemot konkurrerande förvärvare.<sup>912</sup>

---

<sup>908</sup> Se Djurfeldt 1996, s. 84

<sup>909</sup> Se Kjeldstadli 1998, s. 240ff.

<sup>910</sup> Se NJM 1902. Torp hade redan i sitt verk *Dansk Tingret* från 1892 formulerat sin kritik mot det unitära äganderättstänkandet.

<sup>911</sup> Se NJM 1902 s. 137ff. Torp hade redan i sin avhandling, "Besiddelsen", fört fram samma typ av idéer avseende besittningsbegreppet. Torps målsättning med avhandlingen var att "paavise, at Besiddelsebegrebet ikke lader sig bestemme paa samme Maade i de forskjellige Relationer" (Se Torp 1892, s. 8). Torp menade nämligen att de faktorer som i olika situationer gör sig gällande med olika styrka medför att besittningsbegreppets innebörd växlar.

<sup>912</sup> I första upplagan av *Dansk Tingsret* som gavs ut år 1892 konstateras avseende frågan om traditionens betydelse för det sakrättsliga skyddet: "En sikker og tilfredsstillende Lösning af denne Tvivl kan imidlertid ikke naas, naar man som hidtil simpelthen stiller Spørgsmalet paa, hvad der kraeves til Overførelse af Ejendomsret. Herved overses nemlig, at dette Spørgsmaal i Virkeligheden skjuler en Flerhed af forskellige Problemer. Naar det siges, at Ejendomsretten er stiftet, menes dermed, at visse Retsvirkninger ere indtraadte. Men de Retsvirkninger, som man herved har for Øje, ere i Virkeligheden af ganske forskellig Art og behøve derfor ingenlunde nødvendigt at indtraede ved samme Kendsgerning". (Se Torp 1892, s. 324.) I andra upplagan, som utkom 1905, redigerad av Grundtvig, hette det att: "Den afgørende Invending, der rammer denne Laere [det vill säga. den teori enligt vilken äganderätten övergår med antingen betalning eller överlämnande – med andra ord en lära som fokuserar på fullbordandet av någon av parternas huvudförpliktelse], saa vel som Kontraktsteorien og Traditionsteorien, er dog den, at de stille sig i en umulig Opgave. Fejlen vid samtlige disse Forsøg ligger ikke vaesentlig daeri, at de søge Kriteriet for Ejendomsrettens Stiftelse paa urette Sted. Den ligger langt dybere, nemlig i selve spørgsmaalets Formulering". Torp förklarade härefter att det inte är rimligt att förutsätta

Av de reaktioner som mötte Torp på juristmötet framgår klart att Torps idéer var någonting nytt och för de flesta tydligen även ett ovälkommet påfund. Scheel ansåg att Torps förslag var intressanta och riktiga som en *de lege ferenda* undersökning, men inte som ett uttalande *de lege lata*. Enligt Scheel föreskrev den positiva rätten att *Retsbeskyttelsen* övergår (det vill säga att det sakrättsliga momentet uppfylls) på samma villkor både vad gäller skyddet mot säljarens borgenärer och skyddet gentemot konkurrerande förvärvare.<sup>913</sup> Almén uttryckte i sitt anförande stark skepsis mot att frågan om äganderättens övergång borde delas upp i sina beståndsdelar. Enligt Almén borde både rättsvetenskapen och lagstiftaren sträva efter att finna ett enhetligt svar på denna för privaträtten centrala fråga.<sup>914</sup> Detta eftersom äganderätt och ägare är begrepp som ofta förekommer i såväl lagtext som enskildas rättshandlingar och att det i samband med tolkningen av dessa begrepp riskerar att uppstå oklarheter i det fall en enhetlig definition av äganderättens övergång saknas. Hagerup, framhöll att för honom framstod Torps förslag som både praktiskt farligt och principiellt ohållbart.<sup>915</sup> Ussing påpekade att trots att många sakrättsliga rättsfrågor är oklara så löses problemen tillfredställande i praktiken.<sup>916</sup> Ussing instämde dock i att sakrättsliga konflikter inte bör lösas genom att en definition av äganderättens övergång appliceras på problemen.

Sakrättsfunktionalismens genombrott i Sverige stod Undén för. I *Svensk sakrätt I* från 1927 beskrev Undén äganderätten som ett relativt och funktionellt begrepp. Med detta avsåg Undén dels att framhålla äganderättsbegreppets positivrättsliga karaktär; det vill säga att äganderättsbegreppet inte är ett a prioriskt, naturgivet begrepp,<sup>917</sup> dels att äganderättsbegreppet i realiteten utgör ett samlingsbegrepp som anger att ett komplex rättsverkningar är tillämpliga.<sup>918</sup> Undéns beskrivning av hur frågan om äganderättens övergång skall behandlas är också tydligt funktionell: äganderättens övergång bör sönderdelas i dess element.<sup>919</sup> Det unitära äganderättsbegreppet ifrågasattes även i, den mot det funktionella angreppssättet ursprungligen så fientlige, Tore Alméns kommentar

---

att det går att fastställa en generell formel för vad som krävs för äganderättsövergång, inte ens om hänsyn tas till de olika överlåtelseformerna, så att olika regler skulle gälla för köp, byte, gåva med mera. De intressen som gör sig gällande i olika situationer är alltför skiftande vilket medför att det bör erkännas att äganderätten endast är ett "Kollektivudtryck för en Række Retsvirkninger, hvis Forudsetninger ofte ville – men ej behovde at felle sammen". (Se Torp 1905, s. 333-334.) Att på förhand utgå från att äganderättens övergång är ett enhetligt begrepp och att samma krav för rättsverkningar skall ställas i samtliga de situationer som kan förekomma var enligt Torp även "ovetenskapligt". (Se NJM 1902, s. 141.) Detta synsätt förefaller vara påverkat av tidens starka positivistiska strömningar. Med positivism avses här den filosofiska inriktning vars (naiva) strävan det var att uppnå naturvetenskaplig exakthet även inom andra vetenskapsområden.

<sup>913</sup> Se NJM 1902, s. 146.

<sup>914</sup> Se NJM 1902, s. 153.

<sup>915</sup> Se NJM 1902, s. 169.

<sup>916</sup> Se NJM 1902, s. 173ff.

<sup>917</sup> Se Undén 1927, s. 83ff.

<sup>918</sup> Se s. 83ff. och 144ff.

<sup>919</sup> Se Undén 1927, s. 45.



till 1905 års köplag.<sup>920</sup> Kritiken riktades mot den finske rättsvetarens Chydenius uppfattning att en säljare kan kräva att köparen tar bort den köpta varan eftersom köparen efter köpet är ägare och "lika litet som någon annan har rätt att utan tillstånd hålla sin sak hos leverantören".<sup>921</sup> Denna motivering är enligt Almén & Eklund otillfredsställande eftersom "Chydenius utan att någonstades ägna någon mera ingående undersökning åt frågan om den reella innebörden av det till slagord vordna uttrycket 'äganderättens övergång', från ett visst kategoriskt svar därå drager de mest vittgående konsekvenser beträffande spörsmål, vilka vid närmare undersökning befinnas icke därmed äga något som helst sammanhang".<sup>922</sup>

Ross sammanfattade och analyserade år 1935 de funktionella idéernas utveckling. Ross konkluderar sin beskrivning av hur en "funktionel-realistisk" uppfattning av äganderättsbegreppet efter hand har trängt undan den "substantiellt-metafysiske" uppfattningen med att det kan fastslås att: "i spørgsmaalet om >>Ejendomsrettens overgang<< maa enhver substantiel Forestilling om en Overgang af >>selve Retten<< fra A til B udelukkes. >>Ejendomsrettens Overgang<< kan alene tages som Fællesbetegnelse for Indbegrebet af en Række retsfunktionelle Problemer. Det er disse og alene disse Funktioner, der udgør Genstand for en real Undersøgelse. Udover disse er Ejendomsretten selv intet hverken noget, der begrundes disse Funktioner, eller som >>afgøres<< gennem dem."<sup>923</sup>

Att Ross måste ges rätt i sin beskrivning av hur det substantiella synsättet har trängts tillbaka till förmån för det funktionella framgår tydligt även av de i tiden mer närliggande beskrivningarna av frågan om äganderättens övergång. Särskilt belysande är kanske Hesslers och Rodhes beskrivningar av det funktionella kontra det substantiella synsättet.

Hesslers syn på funktionellt kontra substantiellt framkommer tydligt i följande uttalande: "Vidare bör erinras om att med anspråk på äganderätt inte avses något annat än två saker. Den ena är att anspråket mot B gäller individuellt bestämd egendom, således ej generiskt bestämd egendom. Det andra är att om A vinner i kollisionen, så är det äganderätt han har till objektet, inte särskild (begränsad) rätt. Däremot *ligger inte i talet om att A har äganderättsanspråk något uttalande om hur konflikten mellan A och C skall lösas*".<sup>924</sup> Vidare: "Tidigare såg man äganderättens övergång som något från rättsföljden skilt. De olika rättsföljdernas inträde, alltså köparens skydd mot säljarens borgenärer och säljarens förlust av hävningsrätt, framstod som konsekvenser av att något annat inträffat, nämligen att äganderätten gått över. Numer är man ju på det klara med att det inte finns någonting som s. a. s alldeles av sig själv går över och då drar

---

<sup>920</sup> Påpekas skall att Almén gick bort 1919 och att tredje upplagan av kommentaren till 1905 års köplag kom ut 1934.

<sup>921</sup> Se Almén & Eklund 1934, s. 484.

<sup>922</sup> Se Almén & Eklund 1934, s. 484.

<sup>923</sup> Se Ross 1935, s. 26.

<sup>924</sup> Se Hessler 1973, s. 113.

med sig vissa konsekvenser. Vad frågan gäller är endast att vissa rättsföljder gäller, bl. a. de angivna, vid en eller flera olika tidpunkter från det själva avtalet skedde och till dess att köpet är helt avvecklat”.<sup>925</sup>

Rodhe beskriver den äldre synen på äganderätten som att: ”Det gällde alltså att fastställa en tidpunkt för äganderättens övergång, för att sedan draga konsekvenserna därav, dels såvitt angick en rad andra frågor avseende egendom på väg in i en persons förmögenhetsmassa, på väg ut ur en persons förmögenhetsmassa eller på väg förbi en persons förmögenhetsmassa. Detta betraktelsesätt innebar, att man på ett enligt nutida uppfattning mindre ändamålsenligt sätt sammanförde en rad olika problem under en gemensam ”hatt”. Den rättsvetenskapliga diskussionen i vårt land har sedan länge frigjort sig från det angivna betraktelsesättet och övergått till att varje för sig behandla olika spörsmål om överlåtares och förvärvares samt deras respektive borgenärs inbördes relationer på olika stadier av parternas mellanhavande. Genombrottet skedde i svensk doktrin med Undéns lärobok Svensk sakrätt, första upplagan från år 1927. Redan år 1913 hade emellertid Fehr givit klart uttryck åt samma synsätt, och båda dessa författare hade i sin tur tagit intryck av Carl Torps avhandling till 1902 års nordiska juristmöte, där de nya tankarna veterligen för första gången klart framfördes [...] Den nu rådande uppfattningen innebär inte bara att man diskuterar varje och ett av de här åsyftade spörsmålen för sig, utan anknytning till en viss given tidpunkt för äganderättens övergång, utan också att man helt avstår från att i dessa diskussioner använda den traditionella äganderättsterminologien”.<sup>926</sup>

Den nordiska sakrättsfunktionalismens särart har på senare tid uppmärksamats allt mer. Ökad kontakt – inte minst inom ramen för sameuropeiska forskningsprojekt som SGECC – mellan sakrättsjurister från den Nordiska respektive kontinentala traditionen har resulterat i att båda parter har blivit mer medvetna om den nordiska traditionens särart.

---

<sup>925</sup> Se Hessler 1973, s. 179.

<sup>926</sup> Se Rodhe 1986, s. 175-176. Se vidare även Brækhus & Hærem 1964, s. 374ff; Martinson 2008; Tuula 2003, s. 45ff; Persson 1998, s. 107ff. Det finns även intressanta beskrivningar av den funktionella utvecklingen utanför det sakrättsliga området. Ramberg & Herre 1995, s. 212ff. beskriver till exempel hur man på köprättens område genom att knyta riskens övergång till avlämnandet istället för äganderättens övergång åstadkom en betydligt mer rationell metod och därigenom lyckades undvika flera av de problem som orsakades av äganderättskopplingen. Intressant i denna beskrivning är i detta sammanhang även att frikopplingen från äganderättsbegreppet uppenbarligen inte var tillräckligt för att skapa en tillfredsställande reglering. För att få verkligt praktiska lösningar var det även nödvändigt att överge synen på avlämnandebegreppet som något enhetligt. Ett ytterligare exempel är Adlercreutz kritik mot det länge förhärskande tänkesätt som ”gav fordringen en nästan substantiell karaktär som något självständigt och primärt” och menar att frågeställningen om ”fordrans uppkomst” är lika meningslös som frågan om äganderättens övergång. (Se Adlercreutz 1969, s. 293.)

## 21.5.2 Det centrala sakrättsfunktionella exemplet

Den sakrättsfunktionella problematiken kan behöva exemplifieras. Låt oss därför, samtidigt som vi granskar ett antal exempel på varför det kan hävdas att det inte finns någon anledning att definiera tidpunkten för äganderättens övergång, titta lite närmare på några av de äganderättselement som kan bli resultatet av äganderättsbegreppets pulvrisering i övergångsfasen. Beroende på när äganderätten anses gå över får vi olika typer av problem.

### 21.5.2.1 Variant 1: Äganderätten övergår med avtalet

Låt oss inleda med att studera de olika frågeställningar som kan uppkomma om äganderätten anses gå över i samband med avtalet.<sup>927</sup> För enkelhetens skull kan vi föreställa oss att B säljer en bil till A och att B sedan går i konkurs. Vi har alltså att göra med en borgenärsskyddskonflikt.

När B går i konkurs befinner sig bilen fortfarande hos B. Eftersom äganderätten i och med avtalet befinner sig hos A, så skall A prioriteras i förhållande till B:s fordringsägare. A skall ges borgenärsskydd. Detta är i sig knappast särskilt problematiskt. Visserligen har det som sagt historiskt sett hävdats att risken för borgenärsbedrägerier ökar med en avtalsprincip. Det är emellertid inte de potentiella för- och nackdelarna med avtals- respektive traditionsprincipen som styrande i just borgenärsskyddssammanhang som skall analyseras i detta sammanhang. Vad det handlar om här är istället hur nackdelarna med en unitär utgångspunkt visar sig i samband med att en gång för alla fastslagen övergångstidpunkt reproduceras in i övriga konflikttyper.

Vi kan nu föreställa oss att A har sålt en bil till B. När B går i konkurs finns bilen fortfarande hos A. Eftersom äganderätten har gått över till B skall B:s fordringsägare prioriteras framför A. Att bilen fortfarande finns hos A har, med en renodlad unitär modell, ingen betydelse. Nu är det emellertid säkert så att det kan framstå som en olämplig lösning att, i det fall B har köpt bilen på kredit, A nekas rätten att hålla inne bilen i väntan på att B:s konkursbo betalar eller ställer fullgod säkerhet. Vi har i varje fall vant oss vid att säljaren i en sådan situation har möjlighet att hålla inne den sålda varan fram till dess att betalning sker eller fullgod säkerhet ställs.<sup>928</sup> En sådan stoppningsrätt (vilken som bekant uppkommer redan när det finns starka skäl att anta att motparten inte kommer att fullgöra en väsentlig del av sina förpliktelser, se 61 § köplagen) för A har genom årens lopp motiverats på många olika sätt.<sup>929</sup> Numera förefaller det, i varje fall i den nordiska diskussionen, fästas störst vikt vid stoppningsrättens säkerhets-

---

<sup>927</sup> Följande analys är inte baserad på något särskild, faktisk unitär rättsordnings funktion, utan på en abstrakt bild av vilka funktioner en renodlad unitär utgångspunkt kan generera.

<sup>928</sup> Se 61 § köplagen.

<sup>929</sup> Se Johansson 2001, s. 93-97.

funktion.<sup>930</sup> Det vill säga stoppningsrätten som "ett skydd för det säkerhetsintresse som part har i att få vederlag för egen prestation".<sup>931</sup> Stoppningsrätten kan alltså, liksom återtagandeförbehållet, ses som en, i huvudsak finansiellt inriktad, byggsten i det moderna kommersiella system där kreditköp spelar en betydelsefull roll.<sup>932</sup> Stoppningsrätten, eller i varje fall regler med en stoppningsrättsliknande funktion, förefaller också mycket riktigt ingå i de flesta nationella rättsordningar världen över.<sup>933</sup> Det är alltså uppenbart att det även med en unitär utgångspunkt enligt vilken äganderätten övergår med avtalet kan anses finnas ett behov av ett undantag i detta fall. Trots att äganderätten befinner sig hos B bör A, under vissa förutsättningar, ges rätt att hålla inne varan i väntan på betalning. Vilken är då poängen, frågar sig sakrättsfunktionalisten, med att tala om äganderättens övergång i detta sammanhang?

Även i det fall creditsäljaren A har överlåtit bilen till B men där bilen vid B:s konkurs befinner sig hos B uppstår frågan om det inte finns anledning att göra ett undantag från den unitära utgångspunkten och ge A en möjlighet att uppnå prioritet. Creditsäljarens möjlighet att med sakrättslig verkan förbehålla sig rätten till den sålda varan anses i allmänhet utgöra ett centralt krediträttsligt verktyg. En sådan möjlighet är visserligen inte principiellt inkompatibel med en unitär utgångspunkt, särskilt inte en avtalprincipbaserad sådan. Om avtalet mellan A och B föreskriver att äganderätten skall förbehållas A fram till dess att köpeskillingen har erlagts i sin helhet kan det mycket väl framstå som följdriktigt att också lokalisera äganderätten hos A.<sup>934</sup> Med en unitär utgångspunkt kan dock

---

<sup>930</sup> Se Johansson 2001, s. 97 med hänvisningar. Förutom säkerhetsfunktionen visar Johansson på stoppningsrättens påtryckningsfunktion "som en förlängning av de befogenheter som detentionsrätten ger en part". (A.a., s. 96). Samt på hur stoppningsrätten tidigare har motiverats med argument som billighet, förutsättningsresonemang och omsättningens intresse. (A.a., s. 94-95.)

<sup>931</sup> Se Johansson 2001, s. 97 som dock framhåller att det ur ett rättssystematiskt perspektiv är lämpligare att betrakta stoppningsrätten som en separationsrätt än en säkerhetsrätt.

<sup>932</sup> Se Håstad 1996, s. 182 om återtagandeförbehållets existensberättigande: "Vad som framförallt talar för äganderättsförbehållens sakrättsliga giltighet är att de sedan länge anses motsvara ett verkligt behov i omsättningslivet. Genom att säljaren kan få säkerhet i den sålda varan, kan köparen förvärva varor på kredit även om de inte har någon annan säkerhet att erbjuda säljaren". Persson 1998, s. 29-31 ger en koncentrerad historisk beskrivning av återtagandeförbehållsinstitutets framväxt.

<sup>933</sup> Se Johansson 2001, s. 99-108. (Stoppningsrätten ingår också mycket riktigt som ett element i konventionen om internationella köp av lösa saker.) Stoppningsrättsinstitutets faktiska betydelse skall dock inte överdrivas. Den (i förhållande till 1800- och början av 1900-talet, då stoppningsrätten hade sin storhetstid) ökade hastigheten inom transportväsendet har i kombination med den ökade tillämpningen av instrument som remburs och fraktvillkor som tillgodoser säljarens intressen medfört att stoppningsrätten som institut har minskat i betydelse. (Johansson 2001, s. 444.) Även om stoppningsrätten, i sin nuvarande utformning, dessutom kan medföra en hel del problem för fraktföraren, så menar dock Johansson att stoppningsrättens grundelement – det vill säga parts möjlighet att suspendera sin prestation om det finns starka skäl att anta att motparten är ovillig eller oförmögen att prestera (det vill säga den regel som framgår av 61 § 1 st. köplagen) – är motiverad och fortfarande betydelsefull. (Se Johansson 2001, s. 441-442.)

<sup>934</sup> Så Almén & Eklund 1960, s. 410-411 som menar att den villkorliga äganderätt som säljaren erhåller i samband med försäljningen består till följd av förbehållet.

även obligationsrättsliga frågor, som exempelvis frågan om säljarens hävningsrätt till följd av utebliven betalning, avgörs genom lokalisering av äganderättens belägenhet.<sup>935</sup> Med en avtalsprincip kan det hävdas att säljarens hävningsrätt upphör redan genom avtalet. Ett sätt att komma runt denna uppenbart opraktiska lösning och samtidigt i viss mån behålla kopplingen till äganderättens övergång, åtminstone till namnet, är att förlägga en villkorlig äganderätten till såväl säljare som köpare.<sup>936</sup>

Ytterligare en situation av intresse är fallet där B först har överlåtit bilen till A och sedan till C. Med en renodlad funktionell utgångspunkt har C ingen möjlighet att bli prioriterad i förhållande till A, som ju i och med avtalet har blivit ägare till bilen. Även i detta fall kan det finnas skäl att fundera över om inte ett undantag vore på sin plats. Att skydda en förvärvare som i god tro har tagit saken i sin besittning kan till exempel framstå som lämpligt ur ett perspektiv där det intresse som brukar sägas vara den så kallade omsättningens står fokus.<sup>937</sup> Vill man införa en sådan lösning på dubbelförfogandekonflikten är det alltså nödvändigt att göra ett undantag från den avtalsbaserade unitära utgångspunkten.

Ett undantag är också nödvändigt även i det fall B förfogat över bilen till C utan att vara rätt ägare. Skall C kunna prioriteras framför rätte ägaren A – som aldrig ingått något äganderättsöverförande avtal med B – måste vi göra ett undantag från "den enhetliga" utgångspunkten att äganderätten överförs med avtalet.

Problematiken med en unitär utgångspunkt kan också illustreras med utgångspunkt i andra element som mycket väl kan beskrivas som delar av äganderätten. Ett sådant element är risken att egendom skadas av våda.<sup>938</sup> Om äganderätten, som i exemplen ovan, anses övergå i samband med avtalet skulle i det första fallet (borgenärsskyddskonflikten) A få stå risken trots att bilen befinner sig hos B. Även i det andra exemplet (separationsrättskonflikten) skulle A få stå risken trots att bilen befinner sig hos B. I det tredje exemplet (dubbelförfogandekonflikten) skulle A få stå risken trots att bilen befinner sig hos C. Och i det fjärde, och sista, exemplet skulle A – den rätte ägaren – få stå

---

<sup>935</sup> Se Hessler 1973, s. 180-181 som beskriver hur denna koppling förekom i äldre juridisk litteratur.

<sup>936</sup> Detta var Alméns lösning på problemet, se Hessler 1973, s. 181 med hänvisning till Almén 1960 tillägg till § 14 (s. 150-151).

<sup>937</sup> I propositionen till 1986 års lag om godtrosvärv av lösöre motiverades godtrosvärvsmöjligheten just med intresset av att "försäljningen inte hämmas av att konsumenter och andra tvekar att handla på grund av risken att förlora det köpta". (Se prop. 2002/03:17, s. 20.)

<sup>938</sup> Enligt 12 § köplagen beskrivs risken enligt följande: "Bär köparen risken för varan, är han skyldig att betala varan även om den har förstörts, kommit bort, försämrats eller minskat genom en händelse som inte beror på säljaren". Att risken i vissa rättsordningar är kopplad till äganderätten beskrivs av Ramberg: "Anknytningen till äganderätten för avgörande av riskfördelningen är orsaken till att man inte kunnat uppnå internationell rättsenhet. Särskilt sammanknytningen av 'property interest' med risken för varans förstörelse i engelsk rätt har utgjort ett påtagligt hinder". (Se Ramberg medv. Herre 1995, s. 212.)

riskan trots att bilen befinner sig hos C – den godtroende förvärvaren. Mot bakgrund av att det kan framstå som lämpligt att den som har störst möjligheter att påverka risken för skador till följd av olyckshändelser får stå risken kan det argumenteras för att det vore lämpligt att göra undantag från den unitära utgångspunkten i alla dessa fall.<sup>939</sup> En möjlig väg att uppnå detta på är givetvis att utdefiniera risken från äganderättskretsen.<sup>940</sup> Med en unitär utgångspunkt blir det alltså mycket viktigt att avgöra vilka element som skall ses som äganderättselement och vilka som skall ses som fristående företeelser.

### 21.5.2.2 Variant 2: Äganderätten övergår i samband med traditionen

Om vi nu med den motsatta utgångspunkten – det vill säga att äganderätten övergår i samband med traditionen – övergår till att titta närmare på motsvarande exempel, så kommer vi att se att även i dessa fall kan det finnas anledning att göra undantag från den unitära utgångspunkten.

Återigen säljer B en bil till A. Med utgångspunkten att äganderätten övergår med traditionen skall A prioriteras framför B:s fordringsägare förutsatt att A har tagit bilen i sin besittning.<sup>941</sup> Kravet på besittningstagande har som sagt motiverats med att ett sådant krav kan antas minska risken för borgenärsbedrägerier. Det kan emellertid framstå som önskvärt att göra undantag från traditionskravet i vissa fall. Exempelvis kan det argumenteras för att det finns anledning att skydda konsumenter mot de, för de flesta konsumenter som hamnar i en sådan situation sannolikt ofta plötsliga och oväntade, skador som kan uppkomma till följd av en strikt traditionsprincip.<sup>942</sup> Ett undantag från

---

<sup>939</sup> Enligt Ramberg är detta den främsta anledningen till att risken har separerats från såväl äganderätts- som avlämnandebegrepp och numera behandlas som en separat fråga: "I köplagen och CISG har man sålunda avstått från att överhuvud tillämpa metoden att deducera rättsverkningar från ett juridiskt begrepp. I stället har olika lösningar fastställts för olika typfall varvid ambitionen varit att åstadkomma praktiskt lämpliga lösningar. Härvid har bland annat säljarens och köparens praktiska möjligheter att övervaka varan och att vidta dispositioner för att undvika ett inträffande av risken samt försäkringsförhållandena haft avgörande betydelse. Det har ansetts att säljaren har bäst möjlighet att övervaka vad som sker med varan och att ordna försäkring så länge som han har varan hos sig". (Se Ramberg medv. Herre 1995, s. 214.)

<sup>940</sup> Det är också så som problematiken hanteras i flera unitärt baserade rättsordningar. I andra ses dock risken som en del av äganderätten (den engelska utgångspunkten, som sagt).

<sup>941</sup> Vi definierar här, för enkelhetens och exemplets skull, tradition som besittningsövergång. Från den svenska traditionsprincipens alla nyanser och delikata detaljer bortser vi.

<sup>942</sup> Den här typen av argument ligger som sagt bakom införandet av avtalsprincipen i 49 § konsumentköplagen. I prop 2001/02:134, s. 71ff. framhålls bland annat att konsumenter ofta har liten eller obefintlig kunskap om traditionskravet (s. 74), att det inte är ovanligt att konsumenter lämnar kvar helt eller delvis betalda varor hos säljaren (s. 74), att dessa konsumenter utsätts för en risk för att förlora den köpta egendomen (s. 74), att en sådan förlust i de flesta fall kan antas vara oväntad och beroende av rena tillfälligheter (s. 74), att det är svårt att motivera varför konsumenternas intresse att få ut redan betalda varor får vika för övriga fordringsägares (ofta institutionella kreditgivare) intresse att tillgodogöra sig värdet av dessa varor (det vill säga att konsumenter är särskilt skyddsvärda) (s. 74), att en sådan ordning (det vill säga en ordning där övriga fordringsägare prioriteras) medför att fordringsägarna får tillgodogöra sig både varans värde och konsumentens betalning (s. 75), att det istället framstår som mer naturligt att prioritera en konsument vars anspråk riktas mot en individualiserad vara (s. 75), att

traditionsprincipen i dessa fall kräver dock naturligtvis ett undantag även från den unitära utgångspunkten. Den traditionsbaserade unitära utgångspunkten kan alltså anses vara problematisk redan inom ramen för borgenärs-skyddskonflikten som sådan.

Vi kan nu föreställa oss att A säljer bilen till B på kredit. För att skydda sig mot kreditrisken (det vill säga B:s bristande betalning) vill A förbehålla sig äganderätten. Vi har redan sett att den här typen av förbehåll anses fylla en viktig funktion på kreditmarknaden. Det kan därför argumenteras för att det är lämpligt att i detta fall göra ett undantag från den unitära utgångspunkten. Äganderätten bör inte alltid övergå i samband med traditionen. Säljaren bör ha möjlighet att förbehålla sig äganderätten. En sådan lösning behöver i och för sig inte – nödvändigtvis – betraktas som ett undantag inom ramen för ett unitärt system. Lösningen innebär visserligen ett undantag från utgångspunkten att äganderätten övergår i samband med traditionen, men den är i och för sig konsistent med den unitära utgångspunkten som sådan. Äganderätten är fortfarande enhetlig och befinner sig på en och samma plats – det vill säga hos förbehållssäljaren. Introduktionen av äganderättsförbehållet i systemet kan dock leda till att vi ser oss tvingade att införa ytterligare undantag.

Om A, efter att ha sålt på kredit till B med äganderättsförbehåll, går i konkurs uppkommer frågan hur B:s anspråk på bilen skall hanteras. Mot bakgrund av den unitära utgångspunkten enligt vilken äganderätten befinner sig hos A, så bör B förlora mot A:s fordringsägare. I det fall B har fått bilen i sin besittning kan en sådan lösning dock uppfattas som mindre önskvärd. B har i ett sådant fall sannolikt inrättat sig efter köpet och det kan framstå som orimligt att fordringsägarna skall få tillgodogöra sig både den del av köpesumman som B. En lösning enligt vilken även en köpare som har fått den köpta saken i sin besittning förlorar mot säljarens borgenärer kanske också kan leda till att kreditköp blir mindre attraktiva för köparna, och därmed motverka det syfte som fick oss att införa äganderättsförbehållet från början.

Om vi anser oss vilja skydda köpare som har fått den köpta saken i sin besittning trots att säljaren har förbehållit sig äganderätten är vi tvingade att göra ytterligare ett avsteg från den unitära utgångspunkten.

Antagligen hamnar vi i en lösning där både säljare och köpare kan vara skyddade mot motpartens respektive gäldenärer på samma gång. Vi vill upprätthålla äganderättsförbehållets effekt samtidigt som vi vill skydda den säljare som har inrättat sig efter att ha saken i sin besittning. Att laborera med äganderättens läge i dessa sammanhang blir därför, ur en sakrättsfunktionell

---

konsumenten dessutom vanligtvis inte har möjlighet att skydda sig genom säkerhet och att konsumentens förlust inte kan ses som en affärsrisk som kan godtas av marknadsekonomiska skäl (s. 75), att konsumenten inte kan föra förlusten vidare (s. 75), att förlusten av de konsumenter som drabbas måste upplevas som orättvis och oförklarlig och även strida mot det allmänna rättsmedvetandet (s. 75), samt att en avtalsprincip på konsumentområdet inte kan antas öka risken för borgenärsbedrägerier (s. 75). Se även Göransons tidiga plädering för ett slopande av traditionsprincipen på konsumentområdet. (Se Göranson 1985, s. 665ff.)

synvinkel, knappast en hjälp för tanken utan riskerar snarare att bli ett hinder i vägen för en praktiskt inriktad analys av problematiken.

Om B först överlåter bilen till A och sedan till C, som får bilen i sin besittning, uppkommer frågan om C:s anspråk skall prioriteras i förhållande till A:s. I enlighet med en unitär utgångspunkt enligt vilken äganderätten övergår med traditionen kan det hävdas att C bör prioriteras. A har ju aldrig fått bilen i sin besittning och därmed aldrig blivit ägare. Möjligtvis kan en sådan lösning uppfattas som mindre önskvärd. Kanske tycker vi att det skall krävas god tro för att en senare förvärvare skall prioriteras.<sup>943</sup> Ett sådant krav på god tro kan till exempel motiveras med värderingen att det inte är rimligt (det vill säga att det skulle vara stötande) att en ondtroende C skulle vinna över den förste köparen A. I synnerhet vid pantsättning, skulle ett krav på god tro också kunna motiveras med att såväl B själv, B:s fordringsägare och A bör skyddas mot B:s riskpreferens.<sup>944</sup>

Vill vi ha en lösning där C:s onda tro diskvalificerar C:s förvärv i förhållande till A:s måste vi alltså göra ett undantag från den unitära utgångspunkten.

I detta fall säljer B bilen till C utan att vara rätt ägare (rätt ägare är ju A). Det finns då ingen äganderätt hos B som kan överföras till C. Därmed krävs det även i detta sammanhang att vi gör ett undantag från den unitära utgångspunkten, om vi vill ha en godtrosvärvskonstruktion vill säga.<sup>945</sup>

Med en unitär utgångspunkt enligt vilken äganderätten övergår i samband med traditionen utgör riskens övergång inte ett lika påtagligt problem som när äganderätten sägs övergå med avtalet. Risker följer som en del av äganderätten egendomen. Följaktligen är det i allmänhet den som har egendomen i sin besittning som också står risken. Problematiskt blir det först i det fall vi gör undantag från den traditionsbaserade unitära utgångspunkten. Skall säljaren A till exempel kunna förbehålla sig äganderätten till den sålda varan hamnar vi i en situation där A som utgångspunkt står risken samtidigt som varan befinner sig i köparen B:s besittning. Ytterligare ett exempel är att i det fall vi kräver god tro för att C skall vinna konflikten med den tidigare köparen A, så kommer – vid C:s onda tro – A att som utgångspunkt stå risken trots att varan befinner sig hos C. Med en utgångspunkt som säger oss att det är den som har varan i sin besittning som har störst möjlighet att påverka riskerna för skador av våda, så kan det

---

<sup>943</sup> Vilket det anses krävas enligt svensk rätt. (Se Håstad 1996, s. 84.) Håstad verkar dock vara inne på att en motsatt lösning egentligen vore att föredra: "Vid tvesala, där egendomen utgivits till C, har A aldrig besittit och nyttjat egendomen, och man kunde kanske tycka att C inte behövde vara skyldig att visa A särskild hänsyn, om nu B föredragit att leverera till C. Hänsynstaganden till C:s onda tro kan också skapa komplicerade förhållanden, åtminstone såvitt gäller kolliderande pantupplåtelser". (Se Håstad 1996, s. 84.)

<sup>944</sup> Martinson 2001, s. 392 beskriver problemet med gäldenärens riskpreferens enligt följande: "Gäldenärer tenderar att under ekonomiskt pressade förhållanden att få s k riskpreferens, vilket innebär att det helt enkelt är rationellt för dem att ta större risker än de borde. När skuldbördan blivit tillräckligt stor är det inte längre sig själv utan i första hand fordringsägarna som gäldenären utsätter för risk. Detta fenomen bör uppmärksammas explicit". Jfr ovan den Håstadska motiveringen för en lösning enligt vilken C:s onda tro inte skall spela någon roll.

<sup>945</sup> Och det vill vi ju som sagt, på grund av omsättningens intresse.



framstå som uppenbart att det i dessa fall är lämpligt att bryta loss risken från äganderätten.

### 21.5.3 Vad visar det centrala sakrättsfunktionella exemplet?

Dessa fåtaliga och kortfattade exempel bevisar givetvis inte att ett system med en sakrättsfunktionell utgångspunkt är överlägset ett system men en unitär sådan. Att *bevisa* ett sådant påstående är inte heller möjligt. (Liksom det inte är möjligt att bevisa det motsatta påståendet). I ett avancerat unitärt system byggs det givetvis upp mekanismer för att hantera just sådana behov av undantag som diskuterades ovan.<sup>946</sup>

Det har med rätta framhållits att det är mycket viktigt att vara ödmjuk i den här typen av sammanhang, där olika grundläggande utgångspunkter i skilda rättssystem jämförs. Givetvis får varken sakrättsfunktionalism eller funktionalism i mer allmän förmögenhetsrättslig mening bli tomma slagord som utnyttjas i första hand för att utan närmare analys och diskussion (försöka) stöta bort det som är annorlunda. Vad som anses vara funktionellt ligger så klart också i betraktarens öga: "Funktionalismen utgör visserligen en alltför väl integrerad del av vår rättskultur för att vi skall kunna undkomma den. (Och vem har rätt att hävda att någonting sådant vore önskvärt?) Men det är möjligt att europeiseringsprocessen kan tvinga fram en bättre förståelse för detta specifika drag i vår nedärvda ideologi. Har vi nämligen väl nått insikten att rättslig funktionalitet kan tolkas på radikalt skilda sätt, förlorar den funktionalistiska retoriken sin självträffande funktion, och substansfrågan blir åter intressant. För det handlar ju inte alls om huruvida rätten skall vara funktionell eller inte, lika litet som det handlar om huruvida man skall syssla med verkligheten eller med dogmer, utan om *vad* som är funktionellt och *vad* som får gälla för att vara verkligt. Vår funktionalistiska jargong gör oss, när vi tar den på alltför stort allvar, blinda för detta. Vi har antagligen åtskilligt att vinna på att tona ned retoriken. Det skulle öka förutsättningarna att förstå det rättsligt annorlunda, och att göra oss förstådda. I den mån funktionalismen kan förmås att lossa sitt grepp om vårt rättsliga tänkande har vi möjlighet att byta avståndstagande mot öppenhet".<sup>947</sup>

Nu är det emellertid ett sakrättsligt system med starka funktionella inslag – i den specifika mening som har beskrivits ovan – som vi har i Sverige och i ett avseende finns det enligt min mening anledning att särskilt framhålla den funktionella utgångspunktens kvaliteter.

En invändning som kan riktas mot sakrättsfunktionalismen är att en sådan utgångspunkt riskerar att leda till ett uttunnat och försvagat äganderättsbegrepp i allmänhet. Här kan sägas att det är nödvändigt att skilja mellan vertikal och horisontell äganderätt samt mellan statisk och dynamisk sådan. Det vertikala perspektivet handlar om den enskildes förhållande till staten och det horisontella om enskildas förhållande till andra enskilda. Det statiska synsättet handlar om situationer där det inte är fråga om någon tredjemansskyddskonflikt med åtföljande behov av prioritering mellan konkurrerande anspråk utan om en äganderättsposition som så att säga är i vila. Det dynamiska handlar givetvis om just tredjemansskyddskonflikter och prioritering mellan konkurrerande anspråk. Det är i horisontella, dynamiska situationer som den sakrättsfunktionella utgångspunkten gör sig gällande. I statiska situationer där fråga är till exempel om stöld, skadegörelse, expropriation och så vidare finns det ingen anledning att bryta ned äganderätten i dess beståndsdelar. Det är helt enkelt inte fråga om en konkurrenssituation

---

<sup>946</sup> Göranson, som ingående har studerat det tyska sakrättsliga systemet med särskild inriktning på borgenärsskyddsaspekten, menar att ett sådant (det vill säga unitärt) system, åtminstone i vissa avseenden, kan fungera bättre än ett funktionellt. (Se Göranson 1985.)

<sup>947</sup> Se Samuelsson 2009, s. 84-85.

av det dynamiska slaget. Det finns alltså knappast några nödvändiga kopplingar mellan en sakrättsfunktionell utgångspunkt och ett svagt äganderättsskydd i övrigt. Historiskt sett har det unitära och objektsinriktade äganderättsbegreppet (det vill säga äganderätten betraktad som en odelbar enhet samt som i första hand en relation mellan subjekt och objekt, och inte som ett komplext nätverk av relationer mellan subjekt) varit en del av det liberala projektet. Lika mycket som det unitära äganderättsbegreppet var en reaktion mot ett svagt vertikalt äganderättsskydd var det en reaktion mot feodalismen. I det feodala samhället hade äganderätten till den viktigaste resursen jord karaktären av just ett nätverk av relationer som gav upphov till ett komplicerat nätverk av rättigheter och skyldigheter. Den enhetliga äganderätten och subjekt-objektsmodellen var alltså en del av borgerskapets kamp mot det gamla statusbaserade privilegiesamhället: "En väsentlig egenskap hos feodalismen var dess komplicerade och hierarkiska system för markinnehav. Ägande uppfattat som ett nät av relationer mellan olika människor var för den uppåtstigande borgarklassen detsamma som det system med överhuvud, vasall, träl från vilket den kämpade med att frigöra sig. När å andra sidan ägande betraktades som en enskild individs kontroll över en del av den materiella världen betydde det frihet och jämlikhet. Därför förkastade Blackstone den feodala besittningsrättens ålderdomligheter.[n] Den franska civillagen utgjorde kulmen på en revolution som avskaffade den feodala äganderätten.[n] Hegel skrev att avskaffandet av den feodala äganderätten till förmån för det individuella ägandet var en lika stor triumf som slaveriets avskaffande.[n] Jefferson ställde det amerikanska systemet med fria och oberoende markägare i motställning till det servila engelska systemet med feodal besittningsrätt.[n]".<sup>948</sup> Den funktionella och relationsbaserade synen på äganderättsbegreppet har på motsvarande sätt varit en del av olika socialliberala och socialdemokratiska projekt under 1900-talet. Om de amerikanska rättsrealisternas syn på äganderätten som en "bundle of rights" har sagts att: "De rättsrealister som utvecklade begreppet rättighetssamlig var i stort sett anhängare av en reglerande välfärdsstat och i de skrifter vari rättighetssamlingens begrepp utvecklades, kan man ofta urskilja en strävan att undanröja den helgd som av tradition har förknippats med äganderätten.[n]".<sup>949</sup>

I synnerhet tror jag att det sakrättsfunktionella synsättet är särskilt väl lämpat för att hantera konstruktiva frågor av det slag som det är fråga om i denna undersökning. En sakrättsfunktionell utgångspunkt är sannolikt särskilt lämplig i den rättsvetenskapliga analysen av särskilt dynamiska och föränderliga områden, som till exempel det område där frågor kring hantering av intellektuella resurser är aktuellt.

#### **21.5.4 Det sakrättsfunktionella tänkandets betydelse för konstruktionen av en modell som möjliggör ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet**

I denna undersökning spelar det sakrättsfunktionella perspektivet som sagt en central roll för den konstruktiva modell som förs fram som en möjlig lösning på de intellektuella resursernas kreditsäkerhetsproblematik. Det hävdas att det med ett sakrättsfunktionellt förhållningssätt finns särskilt goda förutsättningar att konstruera en modell som möjliggör ett balanserat utnyttjande av välpaketerade intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Den, i grunden egentligen mycket enkla lösningen, är som sagt att under vissa förutsättningar ge kreditgivaren ett begränsat, och skiktat, sakrättsligt skydd till de resurselement som ingår i ett sådant paket. Vad det är fråga om är alltså inte bara att bryta ned

---

<sup>948</sup> Se Grey 1994, s. 240.

<sup>949</sup> Se Grey 1994, s. 248.

övergången av motsvarigheten till äganderätten – det vill säga den säkerhetsrätt som kreditgivaren kan göra anspråk på – i dess beståndsdelar utan även att förhålla sig på ett "icke-unitärt" sätt till själva föremålet för detta anspråk, det vill säga till de intellektuella resurser som det är fråga om. Med ett synsätt av detta slag blir det lättare att se hur de olika element som tillsammans utgör ett värdeskapande intellektuellt resurspanket kan hanteras på delvis olika sätt i sakrättsligt hänseende. Det finns ingen anledning att här upprepa den analys av detta som redan har gjorts. Det skall här endast påvisas hur det sakrättsfunktionella tänkandet har underlättat konstruktionen av en modell som möjliggör ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kredit-säkerhet. För att göra detta är det först nödvändigt att upprepa några av de grundläggande förutsättningarna för den modell som har skisserats i denna undersökning.

Den typ av intellektuella resurser som har stått i fokus för denna undersökning – det vill säga patentbaserade teknologiresurser – kännetecknas som sagt av att det ofta råder en hög grad av komplexitet och ett kontextuellt beroende, vilket innebär att det ofta är svårt att i praktiken kontrollera och överföra resurserna. Att i praktiken övervinna komplexiteten och kontextberoendet är givetvis första steget på vägen mot att kunna utnyttja den här typen av resurser som kreditsäkerhet. Syftet med denna undersökning har inte varit att visa exakt hur detta skulle kunna gå till. Det har dock kunnat konstateras att den här typen av paketering i många fall skulle kräva insatser som handlar om identifiering och strukturering av de olika resurselementen (till exempel med hjälp av olika tekniker som går ut på kartläggning av innovationer), kodifiering av know-how som är nödvändig för det effektiva utnyttjandet av teknologin och hantering av olika typer av relationer (till exempel licensavtals- och anställningsavtalsbaserade sådana). Först när det i praktiken är möjligt att överföra i varje fall de centrala delarna i det som utgör den värdeskapande intellektuella resursen är det meningsfullt att diskutera hur en sådan överföring i säkerhetssyfte skall hanteras i tredjemansskyddshänseende.

Om vi för en stund återvänder till exempelföretaget TDA och dess intellektuella resurser – vilka som sagt kan delas in i fyra olika kategorier: (i) registreringsbaserade immateriella rättigheter, (ii) icke registreringsbaserade immateriella rättigheter, (iii) kodifierad know-how, annan kunskap, information med mera och (iv) relationer – kan det konstateras att dessa olika resurselement, som tillsammans utgör P-OLED teknologin, endast bör behandlas som en enhet i borgenärsskyddshänseende.<sup>950</sup> Det är dessutom möjligt att det sakrättsliga skyddet bör begränsas till just borgenärsskydd. Möjligtvis skulle ett mer omfattande sakrättsligt skydd riskera att leda till att den immateriella exklusiviteten utvidgas i allt för hög omfattning och att spridningen av teknologi och annan kunskap och information därmed hämmas i alltför hög utsträckning. En viss möjlighet att uppnå skydd mot konkurrerande anspråk är dock sannolikt

---

<sup>950</sup> Se kapitel 20.

av stor betydelse för viljan att acceptera intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Med ett sakrättsfunktionellt angreppssätt blir det lättare att se hur olika resurselement skulle kunna hanteras på olika sätt i detta avseende.

För både registreringsbaserade och icke-registreringsbaserade immateriella rättigheter framstår det som förhållandevis oproblematiskt att knyta det sakrättsliga skyddet mot konkurrerande förvärvare till registrering i ett transaktionsregister.<sup>951</sup>

För kodifierad know-how med mera är det som sagt mycket som talar emot ett sakrättsligt skydd som går utöver borgenärsskydd.<sup>952</sup> Risken är att ett sådant mer omfattande skydd skulle föra för långt i riktning mot ett immaterialrättsliknande skydd för information och kunskap i allmänhet. Möjligtvis skulle dock ett begränsat skydd mot konkurrerande förvärvare kunna övervägas. De grundläggande principerna från företagshemlighetslagen skulle kunna bibehållas. Endast hemlighållen information och kunskap skyddas och det måste vara fråga om ett obehörigt angrepp.<sup>953</sup> Med en sådan lösning skulle den som efter registreringen förvärvar redan pantsatt information eller kunskap från pantsättaren anses begå ett obehörigt angrepp.

Även för vissa av de relationer som ingår i resurspaketet kan det vara meningsfullt att laborera med en möjlighet att uppnå skydd mot konkurrerande förvärvare. Detta gäller framförallt överlåtbara licensavtal. Med en transaktionsregisterbaserad modell är det antagligen lämpligast att knyta detta skydd till registreringen. Detta för att skapa en så hög grad av "enhetlighet i oenhetligheten" som möjligt och undvika uppsplittring av resurser.

När det gäller den säkerställda kreditgivarens möjligheter att godtrosförvärva delar av resurspaketet, så är en sådan möjlighet sannolikt endast lämplig för registrerade immateriella rättigheter. Och detta endast om det finns möjlighet att registrera transaktioner i ett transaktionsregister som är sammankopplat med befintliga immaterialrättsregister. För övriga resurselement skulle en godtrosförvärvsmöjlighet utsätta de ursprungliga rättighetsinnehavarna för alltför stora risker.

Denna kortfattade beskrivning visar hur ett icke-enhetligt och skiktat sakrättsligt skydd för väl paketerade intellektuella resurser skulle kunna utgöra fundamentet i en modell som möjliggör ett balanserat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Ett sådant icke-enhetligt och skiktat fundament skulle säkerligen inte vara otänkbart utan ett övergripande sakrättsfunktionellt tänkande, men ett sådant angreppssätt innebär onekligen att den här typen av konstruktioner underlättas.

---

<sup>951</sup> Se kapitel 20.

<sup>952</sup> Se kapitel 20.

<sup>953</sup> Jfr 2 § lag (1990:409) om företagshemligheter.

## 22 Avslutning

Den övergripande huvuduppgiften inom ramen för denna undersökning har varit att analysera förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. För den läsare som följt framställningen från första avdelningen och framåt torde det vid det här laget stå klart att detta bäst beskrivs som en mycket stor utmaning. För att förstå, och i bästa fall någon gång i framtiden också kunna hantera denna utmaning måste kreditsäkerhetsproblematiken brytas ned i olika delutmaningar.

Ur ett samhällsligt och ideologiskt perspektiv kan utmaningen beskrivas som att det handlar om att skapa förutsättningar för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet utan att rubba balansen mellan exklusivitet och icke-exklusivitet. Att det finns instrument med vars hjälp den som investerar i produktionen av intellektuella resurser kan kontrollera utnyttjandet och därmed inkomsterna från dessa resurser kan visserligen antas vara mycket betydelsefullt inom ramen för en marknadsekonomi. Frånvaron av sådana instrument skulle med stor sannolikhet resultera i en underproduktion av immateriella tillgångar. För en kunskapsdriven ekonomi som den vi idag lever med skulle en sådan underproduktion medföra en mängd negativa konsekvenser. En alltför hög grad av exklusiv kontroll över intellektuella resurser kan dock antas medföra en mängd negativa effekter. Inte minst kan en ohämmad egendomifiering av intellektuella resurser antas inverka negativt på teknologisk och ekonomisk utveckling. I vågskålen ligger därutöver även värden som delaktighet, yttrandefrihet och så vidare.

Möjligtvis har den utveckling mot ett allt starkare och mer omfattande immaterialrättsligt skydd som – under påverkan av bland annat faktorer som äganderättsbaserade ekonomiska teorier, nymerkantilistiska strömningar och en klar tendens att på företagsnivå i allt högre utsträckning betrakta immateriella rättigheter och andra intellektuella resurser som verksamhetens mest värdefulla tillgångar – har ägt rum under de senaste åren medfört att vågskålen har tippat över, det vill säga att balansen möjligtvis har rubbats.<sup>954</sup> Huruvida detta är fallet avseende det immaterialrättsliga systemet i stort är sannolikt omöjligt att säga. Det immaterialrättsliga systemet och dess interaktion med andra samhällsliga system är sannolikt en alltför komplex historia för att det skall vara möjligt att säkert avgöra huruvida så är fallet. Att samhällsmaskineriets enorma komplexitet medför att det är mycket svårt, och kanske till och med omöjligt, att avgöra vad som är en optimal balans mellan exklusivitet och icke-exklusivitet

---

<sup>954</sup> Detta skall inte tolkas som att jag menar att det immaterialrättsliga systemet någonsin har varit, eller ens i närheten av att ha varit, perfekt balanserat. Mot bakgrund av systemets evolutionära tillkomsthistoria skulle det ha varit högst förvånande. Det handlar här istället helt enkelt om att det immaterialrättsliga systemet, i delar eller i sin helhet, eller möjligtvis både och, har tippat över till förmån för en alltför hög grad av exklusivitet.

medför dock inte att balansfrågan är oviktig. Tvärtom kan den som sagt ses som helt central för creditsäkerhetsproblematiken.

Att balansfrågan ofrånkomligen aktualiseras i detta sammanhang följer av att ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som creditsäkerhet kräver att det finns möjlighet att kontrollera och överföra resurserna. Den som har gett kredit i utbyte mot säkerhet i intellektuella resurser måste i det fall kredittagaren inte fullgör sitt åtagande, och kanske till och med går i konkurs, kunna ta kontroll över säkerheten och överföra denna till en köpare. Att i praktiken uppnå den grad av kontroll och överförbarhet som krävs för att detta skall vara möjligt är sannolikt den allra största av de delutmaningar som tillsammans utgör de intellektuella resursernas creditsäkerhetsproblematik. Att på den praktiska nivån uppnå kontroll och överförbarhet är inte bara en utmaning för de enskilda aktörer som måste lära sig att identifiera, strukturera och kodifiera sina intellektuella resurser. De intellektuella resursernas praktik har även en kollektiv sida. För att intellektuella resurser i högre utsträckning skall kunna hanteras som creditsäkerhet krävs det omfattande insatser på kollektiv nivå. Det handlar bland annat om att de intellektuella resurserna ofta fungerar inom ramen för nätverk av relationer och att de aktörer som ingår i dessa nätverk därför måste konstruera en infrastruktur som möjliggör hanteringen av resurserna som creditsäkerhet. Ett konkret exempel på detta är hur en teknologiresurs ofta kan vara beroende av ett stort antal licensavtal som inbegriper en mängd förpliktelser som går utöver "det rena utnyttjandet av den immateriella grundrättigheten". För att en sådan resurs skall kunna kontrolleras och överföras krävs det att de inblandade aktörerna kommer överens om vilka villkor som skall gälla för en sådan överföring. Detta kan också beskrivas som ett slags förtroendeskapande insatser på en avgränsad kollektiv nivå. Betydelsen av förtroende kan i dessa sammanhang knappast överskattas. Av central betydelse för ett sådant förtroende är för övrigt säkerligen konstruktionen av en motsvarighet till, eller införandet av de intellektuella resurserna i – om man så vill, hela den intellektuella infrastruktur som omfattar och stödjer utnyttjandet av materiella och finansiella resurser som creditsäkerhet. Av central betydelse är här faktorer som värderingsmöjligheter, mer eller mindre transparenta marknader, institutioner med kontrollerande och övervakande funktion, rapporteringsverktyg, medial bevakning och så vidare. Allt detta visar givetvis på att vi är mycket långt från att i praktiken kunna hantera våra intellektuella resurser som kapital. Den övergripande kollektiva infrastrukturen saknas i stort sett och även om många ledande kunskapsstunga teknologiföretag under de senaste åren har uppvisat ett ökat intresse för identifierings-, strukturerings- och kodifieringsprocesser, så är utmaningarna i sammanhanget så stora att det är högst osäkert om utnyttjande av intellektuella resurser som creditsäkerhet någonsin kommer att utvecklas till en mer utbredd finansieringsform. Den centrala slutsatsen i denna del av undersökningen är dock att om en mer generell utveckling på området någon gång skall ta fart, så måste utvecklingen

sannolikt drivas fram av specialiserade finansmarknadsaktörer som tar små steg i riktningen mot ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Den här typen av aktörer måste ha en bred kompetens inom många områden. Det handlar om att behärska såväl den praktiska, juridiska som ekonomiska hanteringen av resurserna. Eftersom en finansieringsform av detta slag, med allt vad en sådan innebär av identifiering, strukturering och kodifiering, kan antas bli mycket kostsam kan ett mer utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet dessutom endast antas uppkomma i det fall den här typen av hantering börjar ses som någonting värdefullt oavsett om utnyttjande som kreditsäkerhet är slutmålet eller inte. Det är alltså sannolikt först i en situation där kunskapsföretag regelmässigt hanterar sina resurser på detta sätt som kostnaderna för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet kan antas bli tillräckligt låga för att ett mer utbrett utnyttjande skall bli möjligt.

När förutsättningarna för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet analyseras på en nivå där det traditionella rättskällematerialet står i centrum står det klart att det behövs nya och bättre anpassade rättskonstruktioner för att möta de krav som den här typen av finansiering ställer. Redan i det fall det endast handlar om kreditsäkerhet i immateriella rättigheter som sådana uppvisar de etablerade krediträttsliga verktygen och de i sammanhanget övriga relevanta lösningar som återfinns i rättskällematerialet drag som sannolikt verkar avskräckande på kreditgivare. Även om det efter införandet av 12 kapitlet patentlagen och 34 a-j varumärkeslagen är möjligt att registrera panträtt i patent och varumärken och därigenom uppnå skydd mot pantsättarens borgenärer, samt senare panthavare, förvärvare och licenstagare, så kvarstår ett antal allvarliga risker för panthavaren. Den som har tagit ett patent eller ett varumärke som säkerhet kan för det första inte räkna med något som helst skydd i det fall det visar sig att någon kan visa på en bättre rätt till rättigheten än pantsättaren. Med gängse terminologi i detta sammanhang kan detta beskrivas som att det inte anses finnas någon möjlighet till godtrosvörvärv. Överhuvudtaget anses det inte finnas några som helst möjligheter att godtrosvörvärva immateriella rättigheter. Panthavaren kan för det andra inte heller räkna med att på något sätt kunna uppnå prorit i förhållande till tidigare licenstagare. Licenser med tidsprioritet i förhållande till panthavaren skall alltid prioriteras; att licenserna var okända för panthavaren har ingen betydelse. Även om det sannolikt ofta är så att licenser kan öka värdet på till exempel ett patent, så är detta knappast alltid fallet. I vissa fall kan ett licensanspråk givetvis sänka värdet på grundrättigheten. Den risk som okända och tidigare anspråk på pantsatta patenträttigheter utgör accentueras av att det saknas ett pålitligt och heltäckande register med sakrättslig verkan på det immaterialrättsliga området. Möjligheterna att få kännedom om tidigare anspråk kan alltså vara mycket dåliga. Det förefaller alltså finnas ett behov av ett mer omfattande register med sakrättslig verkan redan för att möjliggöra ett utökat användande av

immateriella rättigheter som kreditsäkerhet i högre utsträckning. Ytterligare en riskfaktor för en kreditgivare med säkerhet i patent och varumärken är att det är osäkert vilka möjligheter denne har att ingripa vid intrång i patenten. Panthavaren kan inte räkna med att kunna göra mer än att föra en begränsad skadeståndstalan. I det fall det handlar om upphovsrätter som kreditsäkerhet uppkommer det frågetecken redan kring vilka typer av förfoganden i kreditsäkerhetssyfte som överhuvudtaget är möjliga att genomföra med sakrättslig verkan. Enligt en nedärvd och fortfarande djupt rotad uppfattning är det inte möjligt att uppnå sakrättsligt skydd vid pantsättning i de fall det inte finns en möjlighet att uppfylla ett sakrättsligt moment. Upphovsrätter träffas av denna uppfattning. Någon registreringsmöjlighet finns inte, det anses inte vara möjligt att tradera rättigheten eller denuntiera någon tredje man. Trots en relativt omfattande kritik mot att pantsättning därmed nödvändigtvis skulle vara utesluten har detta lett till att säkerhetsöverlåtelseformen tenderar att utnyttjas när upphovsrätter skall utnyttjas som kreditsäkerhet. Detta är nu inte i sig, bortsett från att det kan ses som olämpligt att hänga upp rättsföljder på vilken terminologi som har använts för att beteckna funktionellt sett likadana transaktioner, något avgörande problem för den kreditgivare som besitter den nödvändiga krediträttsliga kunskapen. Av större betydelse är att samma risker som ovan har beskrivits för patent och varumärken föreligger även för upphovsrätter. Även i detta fall föreligger det en risk för att tidigare okända anspråk på rättigheten konkurrerar ut säkerhetsborgenärens anspråk.

En mer övergripande svårighet som den som önskar utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet möter när hon konfronteras med den sak- och immaterialrättsliga strukturen är att det (föga förvånande) är de immateriella rättigheterna som sådana som anses utgöra de sakrättsliga anspråkens objekt. Med en sådan utgångspunkt kan det givetvis bli svårt att utnyttja sammansatta och komplexa intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Ur ett balansperspektiv är det av central betydelse att detta problem inte hanteras genom att de immateriella rättigheternas omfattning utökas. Det finns alltså ett klart behov av att inom ramen för en konstruktiv modell som syftar till att utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet bygga upp alternativa kontrollmekanismer som kan möjliggöra en tillräckligt hög grad av kontroll och överförbarhet utan att den immateriella exklusiviteten i stort utökas.

En konstruktiv modell av ovan nämnda slag måste för det första bygga på att de aktörer som hanterar de intellektuella resurserna har förmågan att identifiera, strukturera och kodifiera dessa resurser. I frånvaron av reella kontroll- och överföringsmöjligheter är det ett hopplöst företag att försöka utöka möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Med detta står det klart att ett mer omfattande utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet hör framtiden till. Generellt sett är ju som sagt förmågan att hantera intellektuella resurser på detta sätt sannolikt alltför bristfällig för att



någon mer omfattande finansieringsverksamhet baserad på säkerhet i intellektuella resurser skulle kunna komma till stånd i nuläget. Finanskrisen har vidare medfört att det sannolikt under lång tid kommer att bli svårt även för de aktörer som redan i nuläget kan tänkas besitta den nödvändiga praktiska kompetensen att få någon att investera i den här typen av experimentella finansieringsformer. Detta medför emellertid knappast att det blir meningslöst att fundera kring hur kreditsäkerhetsproblematiken skulle kunna hanteras i den tänkta närvaron av en tillräckligt god hanteringsförmåga och investeringsvilja. Frågan om hur ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet skulle kunna komma till stånd utgör ett intellektuellt fascinerande problem som har bäring på en mängd idag helt avgörande samhällsfrågor. Frågan innefattar sannolikt också en värdeskapande potential av stora mått.

Lärdomarna från finanskrisen kan för övrigt antas ha bidragit med viktiga lärdomar för den som önskar konstruera en modell för hantering av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Dessa lärdomar handlar bland annat om att det kan antas vara av avgörande betydelse att motverka en alltför hög grad av komplexitet både i konstruktionen av säkerheterna som sådana och i det omkringliggande systemet, att sträva efter att hålla aktörernas risktagande på en rimlig nivå, att motverka snedvridna incitamentsstrukturer, att inte lita alltför mycket på "marknadsaktörernas upplysta egenintresse", att effektiva och starka kontrollorgan är av avgörande betydelse, att inte lita på "new era stories" och så vidare. Flera av dessa lärdomar kan i samband med konstruktionen av en modell för ett utökat utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet helt eller delvis förläggas till en nivå som kan sägas ligga på ett högre plan än säkerhetskonstruktionen som sådan. Att motverka snedvridna incitamentsstrukturer, att motverka ett alltför högt risktagande, att se till att det finns effektiva kontrollorgan är sådant som helt eller delvis måste hanteras på en övergripande finansmarknadsnivå. Det vill säga att syftet med att framhålla dessa faktorer delvis är att peka på betydelsen av att den här typen av finansieringsformer inkluderas i denna kontrollnivå, i det fall den här typen av praktiker skulle komma att växa fram som ett reellt finansieringsalternativ i större skala. Åtminstone en central lärdom från finanskrisen bör emellertid ges ett mer direkt genomslag i en konstruktiv finansieringsform för intellektuella resurser, nämligen behovet av att motverka en alltför hög grad av komplexitet. I allt detta har ett högt ställt paketeringskrav en avgörande roll att spela.

Ett högt ställt paketeringskrav innebär att möjligheterna att utnyttja intellektuella resurser som kreditsäkerhet knyts både till att det föreligger reellt sett välpaketerade resurser och att komplexiteten i möjligaste mån har reducerats. Det blir i detta sammanhang uppenbart att det som ovan har betecknats som en praktisk nivå respektive en juridisk nivå i hög grad kan, eller till och med bör, betraktas som två integrerade element i en sammanhängande konstruktionsprocess som syftar till att möjliggöra ett utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet. Praktiken blir i hög grad en del av

den rättskonstruktion som är nödvändig för detta utnyttjande och rättskonstruktionen blir i hög grad en del av praktiken. Ett grundläggande krav för något som helst sakrättsligt skydd inom ramen för en konstruktiv modell måste alltså vara att ett strängt paketeringskrav har uppfyllts. Ett högt ställt paketeringskrav som förutsättning för att komma i åtnjutande av någon som helst typ av sakrättsligt skydd klargör för aktörerna att det krävs både paketering och komplexitetsreducering – två faktorer som bör följa varandra hand i hand – för att sakrättsligt skydd skall uppnås. I korthet bör den som vill utnyttja en paketerad intellektuell resursmassa som kreditsäkerhet tydligt kunna visa hur denna resursmassa skall kunna kontrolleras och överföras, som ett sammanhållet objekt om man så vill. Den eventuella kontrollen av huruvida paketeringskravet är uppfyllt kommer visserligen inte att ske förrän en realisation blir aktuell och en tvist uppstår, i samband med exempelvis kredittagarens konkurs. Det är emellertid vid denna tidpunkt som paketeringskravet verkligen är av central betydelse. Att tvista om huruvida paketeringskravet är uppfyllt eller inte behöver egentligen inte vara konstigare än att i andra sammanhang tvista om huruvida traditionskravet, denuntiationskravet, specialitetskravet eller något annat krav som kan ställas för sakrättsligt skydd är uppfyllt. Möjligtvis kan det till och med vara lättare att finna hållbara och förutsebara kriterier för ett paketeringskrav än för exempelvis bedömningen av traditionskravet, som ju uppenbarligen har varit notoriskt svårt att hantera. Hursomhelst bör bedömningen av paketeringskravet i huvudsak lämnas till domstolarna. Bedömningen av vad som i detalj skall krävas kommer med nödvändighet att skilja sig åt mellan olika typer av resurser.

Det skydd som välpaketerade resurser i sin helhet kan medges bör vara begränsat. Ett resurspaket består dock av olika resurselement. Detta innebär att skyddet också kan skiktas. Olika resurselement kan ges skydd i olika omfattning.

För resurselement som består av icke immaterialrättsligt skyddad information och kunskap kan, mot bakgrund av balansintresset, egentligen endast borgenärsskydd komma i fråga. Det är inte orimligt att kredittagarens borgenärsanspråk får vika sig för den säkerställda kreditgivaren när det gäller välpaketerade resurser av detta slag. En sådan lösning kan antas utgöra en förutsättning för att intellektuella resurser överhuvudtaget skall kunna utnyttjas som kreditsäkerhet.

Den säkerställda kreditgivarens position i förhållande till kredittagarens före detta personal, som ju kan inneha hela eller delar av den information och kunskap varom det är fråga, bör hanteras som en paketeringsfråga. Den säkerställda kreditgivarens ställning bör avgöras av de kontraktuella arrangemang, och framförallt då i form av sekretess- och konkurrensklausuler, som finns på plats. Det är dock möjligt att det behöver tydliggöras hur den här typen av klausuler skall hanteras vid arbetsgivarens konkurs. Den principiella utgångspunkten bör vara att det skall vara möjligt att binda upp arbetstagare med hjälp av sekretess- och konkurrensklausuler även för tiden efter

arbetsgivarens konkurs. Detta får dock inte leda till att arbetstagarna förlorar möjligheten att försörja sig på sina yrkeskunskaper. Detta är redan en etablerad princip för konkurrensklausuler. Den säkerställda kreditgivaren bör i förekommande fall bära kostnaden för att den här typen av klausuler åberopas. Argumentet att detta kan antas driva upp kostnaderna för utnyttjande av intellektuella resurser som kreditsäkerhet bör bemötas med att det knappast är värt att utöka dessa möjligheter om vinsterna från denna verksamhet inte ens klarar av att bära kostnaderna för de individer som fråntas möjligheten att utöva sitt yrke till följd av dessa utökade möjligheter. Hursomhelst är det möjligt att den nämnda principen skulle utgöra ett ytterligare incitament, utöver det uppenbara faktum att personal med specialiserad kunskap kan vara av helt central betydelse för exempelvis en teknologiresurs funktion, att noggrant överväga och hantera personalfrågorna i samband med en paketering. Det är möjligt att personalfrågan i praktiken inte skulle utgöra något reellt problem eftersom den personal som skulle kunna tänkas bli föremål för åtgärder från den säkerställda kreditgivaren i de allra flesta fall kommer att rekryteras av en köpare av resurspaketet.

Att ge den säkerställda kreditgivaren skydd även mot andra typer av anspråk än de som kredittagarens borgenärer kan rikta mot resurserna är som sagt tveksamt mot bakgrund av betydelsen av att inte utöka den immateriella exklusiviteten i stort. Den säkerställda kreditgivaren bör alltså inte kunna ingripa mot den som har mottagit/förvärvat i och för sig pantsatt information eller kunskap från kredittagaren.

Den säkerställda kreditgivaren bör inte heller kunna hävda prioritet i förhållande till den som av annan anledning innehar motsvarande information eller kunskap.

I den del ett resurspaket består av relationer kan det överhuvudtaget framstå som lite märkligt att tala om sakrättsligt skydd. Grunden för att dessa resurselement överhuvudtaget skall vara överförbara är ju motpartens samtycke. Det kan dock finnas anledning att fastställa att kredittagarens konkursbo inte skall ha rätt att förhindra en överföring av pantsatta relationer.

För de resurselement som utgörs av immateriella rättigheter finns det anledning att fundera kring möjligheterna av ett mer vidsträckt sakrättsligt skydd. Det bör vara möjligt att uppnå ett brett skydd mot konkurrerande anspråk på immateriella rättigheter. Den säkerställda kreditgivaren bör inte bara ha möjlighet att uppnå prioritet i förhållande till den som gör gällande ett senare anspråk. Möjlighet till prioritet bör också föreligga i förhållande till den som gör gällande exempelvis ett anspråk grundat på tidigare pantträtt i eller förvärv av rättigheten eller på bättre rätt till rättigheten än pantsättaren. Möjligheten att uppnå sådan prioritet bör omfatta samtliga immateriella rättigheter.

Ett paketeringskrav kombinerat med ett skiktat skydd innebär visserligen en risk för uppsplittring av resurser som bäst skapar värde i en sammanhängande

helhet. Det är exempelvis möjligt att i det fall paketeringskravet inte anses vara uppfyllt, den säkerställda kreditgivaren vid pantsättarens konkurs blir sittande med endast de immateriella rättigheterna. Ett negativt verkande paketeringskrav, det vill säga ett krav som går ut på att den säkerställda kreditgivaren förlorar hela sitt sakrättsliga skydd vid bristfällig paketering, hade nämligen sannolikt varit att gå för långt. Risken är att ett sådant krav skulle verka avskräckande. Hursomhelst skulle en lösning av detta slag sannolikt vara bättre än den vi har idag, det vill säga att ingen som helst hänsyn i dessa sammanhang tas till värdeskapande helheter.

Frågan är slutligen hur sakrättsligt skydd skall uppnås. I syfte att befordra ordning och reda, bidra till förutsebarhet och möjliggöra en hantering av den höga grad av komplexitet som ofta föreligger i dessa sammanhang bör ett nytt registersystem införas. Detta register kan med fördel konstrueras som ett transaktionsregister av "notice filing" slag. Det vill säga ett lätthanterligt elektroniskt system som med fördel skulle kunna kopplas ihop med befintliga immaterialrättsregister.

# Källförteckning

## Litteratur

Adelstein, Richard P. & Peretz, Steven I., *The Competition of Technologies in Markets for Ideas: Copyrights and Fair Use in Evolutionary Perspective*, International Review of Law and Economics, Vol. 5, 1985, s. 209-238 [cit. Adelstein & Peretz 1985].

Adlercreutz, Axel, *Avtalet och fordringen*, i (red.) Selmer, Nordisk Gjenklang, Festskrift til Arnholm, Tanum, Oslo, 1969, s. 293 ff. [cit Adlercreutz 1969].

Agell, Anders, *Rättsdogmatik eller konstruktiv rättsvetenskap*, i Frändberg, Åke, Göranson, Ulf & Håstad, Torgny (red.), Festskrift till Stig Strömholm Del I, 1997 [cit. Agell 1997].

AIPPI Q 190 – France, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, 2006 [cit. AIPPI Q 190 – France].

Alchian, Armen A. & Demsetz, Harold, *The Property Right Paradigm*, The Journal of Economic History, Vol. 33, 1973, s. 16-27 [cit. Alchian & Demsetz 1973].

Almén, Tore & Eklund, Rudolf, *Om köp och byte av lös egendom*, Stockholm, 1934 [cit. Almén & Eklund 1934].

Amit, Raphael & Schoemaker, Paul J. H., *Strategic Assets and Organizational Rent*, Strategic Management Journal, Vol. 14, No. 1., 1993, s. 33-46 [cit. Amit & Schoemaker 1993].

Anderson, Bruce, *Discovery in legal decision making*, Kluwer Academic, Dordrecht, 1996, Law and philosophy library 24 [cit. Anderson 1996].

Andreasson, Jens, *En funktionell syn på rättigheter – utifrån exemplet upphovsmannens ställning i konkurs*, SvJT 5-6-2006, s. 437-453 [cit. Andreasson 2006].

Anell, Lars, *På spaning efter tillväxtens rötter – en essä om teori, praktik och sunt förnuft*, SNS Förlag, Stockholm, 2006 [cit. Anell 2006].

Arbrandt, Elsa, Edlund, Sara, Forsgren, Nina, Jensen, Eva & Westerberg, Jonas, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, AIPPI Report Q190, Sverige, 2006 [cit. Arbrandt, Edlund, Forsgren, Jensen & Westerberg 2006].

Armour, John, *The Law and Economics Debate About Secured Lending:*

*Lessons For European Lawmaking?*, European Company and Financial Law Review, Nr. 5, 2008, s. 3-29 [cit. Armour 2008]. Tillgänglig via <http://ssrn.com/abstract=1118030>.

Arrow, K. J., *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, i NBER 1962, s. 609–25 [cit. Arrow 1962].

Bailey, Elizabeth E. & Pack Rothenberg, Janet (red.), *The Political Economy of Privatization and Deregulation*, Edward Elgar Publishing Limited, England, 1995 (The International Library of Critical Writings in Economics) [cit. Bailey & Pack Rothenberg 1995].

Barney, Jay B., *Is the resource based "view" a useful perspective on strategic management? Yes*. Academy of Management Review, Vol. 26, No. 1, 2001, s. 41-56 [cit. Barney 2001].

Barney, Jay B., *Firm resources and sustained competitive advantage*, Journal of management, 1991, Vol. 17, No 1, s. 99-120 [cit. Barney 1991].

Bebchuk, Lucian Arye & Fried, Jesse M., *The Uneasy Case for the Priority of secured Claims in Bankruptcy*, Yale Law Journal, January, 1996 [cit. Bebchuk & Fried 1996]

Bently, Lionel & Sherman, Brad, *Intellectual Property Law*, 2 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2004 [cit. Bently & Sherman 2004].

Bergelt & Meintzer, *IP collateralisation in perspective*, IAM Magazine supplement *IP Finance*, oktober/november, 2005, s. 69-72 [cit. Bergelt & Meintzer 2005].

Bergström, Svante, *Byggnad å annans grund*, SvJT 1955 s. 369-387 [cit. Bergström 1955].

Bernitz, Ulf, Karnell, Gunnar, Pehrson, Lars & Sandgren, Claes, *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens: upphovsrätt, patent, mönster, varumärken, namn, firma, otillbörlig konkurrens*, 11 uppl., Jure, Stockholm, 2009 [cit. Bernitz, Karnell, Pehrson & Sandgren 2009].

Bernitz, Ulf, *Kompletterande rättsutlåtande angående pantsättning av patent m m* (till Svea hovrätts dom av den 12 maj 2008 (T 5195-06)), 2008 [cit. Bernitz 2008].

Bernitz, Ulf, *Rättsutlåtande angående pantsättning av patent m m* (till Svea hovrätts dom av den 12 maj 2008 (T 5195-06)), 2005 [cit. Bernitz 2005].

Bernitz, Ulf, *Om dubbelöverlåtelse av uppföranderätt*, NIR 1959, s. 39-48 [cit. Bernitz 1959].

Bezant, Mark, *The Use of Intellectual Property as Security for Debt Finance*, Journal of Knowledge Management, Vol. 1 No. 3, 1998, s. 237-263 [cit. Bezant 1998].

Bhaskar, Roy, *A Realist Theory of Science*, Verso, London, 2008 [cit. Bhaskar 2008].

Björkdahl, Erika P., *Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden: en civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter*, Iustus, Uppsala, 2007 [cit. Björkdahl 2007].

Blomqvist, Jørgen, *Overdragelse af ophavsrettigheder: rettighedsoverdragelsen og dens fortolkning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1987 [cit. Blomqvist 1987].

Boyle, James, *The Second Enclosure Movement And The Construction Of The Public Domain*, 2003 [Boyle 2003]. Tillgänglig under en "Creative Commons Licence" via <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/1.0>

Boyle, James, *A Politics of Intellectual Property: Environmentalism For the Net?*, Duke Law Review, Vol. 47, Nr. 1, 1997, s. 87-117 [cit. Boyle 1997]. Tillgänglig via <http://www.law.duke.edu/boylesite/Intrprop.htm>.

Brækhus, Sjur, *Omsetning og Kreditt 2: Pant og annen realsikkerhet*, Universitetsforlaget, Oslo, 1994 [cit. Brækhus 1994].

Brækhus & Hærem, *Norsk Tingsret*, Universitetsforlaget, Oslo, 1964 [cit. Brækhus & Hærem 1964].

Brealey, Richard A., Myers, Stewart C. & Allen, Franklinm *Principles of corporate finance*, 9 uppl., McGrawHill, New York, NY, 2008. (cit. Brealey, Myers & Allen 2008.)

Carrier, Michael A., *Cabining Intellectual Property Through a Property Paradigm*, Duke Law Journal, Vol. 54, Nr. 1, 2004, s. 1-146 [cit. Carrier 2004].

Case, Fair, Gärtner, Heather, *Economics*, 1999 [cit. Case, Fair, Gärtner, Heather 1999].

Castells, Manuel, *Informationsåldern. Ekonomi, samhälle och kultur. Band I: Nätverksamhällets framväxt*, Daidalos, 1998 [cit. Castells 1998].

Chalkley, Simon, Cook, Trevor, Gare, Stephen, Gaythwaite, Miles, Harrison, David, Macfarlane, Nicholas & Morgan, Gareth, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, AIPPI Report Q 190, United Kingdom, 2006 [cit. Chalkley, Cook, Gare, Gaythwaite, Harrison, MacFarlane, & Morgan 2006].

Coase, Ronald H., *The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988 [cit. Coase 1988].

Coase, Ronald H., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economics, Vol. 3, 1960, s. 1-44 [cit. Coase 1960].

Coase, Ronald H., The New Institutional Economics, The American economic Review, Vol. 88, No. 2, 1998, s. 72-74 [cit. Coase 1998].

Coase, Ronald, *The Nature of the Firm*, *Economica*, Vol. 4, 1937 [cit. Coase 1937].

Cohen, Felix, *Dialog om privat egendom, Idéer om ägande*, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 15-48 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Cohen 1994].

Contractor, Farok J., *Valuation of intangible assets in global operations*, Greenwood Publishing Group, 2001 [cit. Contractor 2001].

Cooter, Robert & Ulen, Thomas, *Law & Economics*, Addison, Wesley, Longman, Inc., 2000 [cit. Cooter & Ulen 2000].

Cowan, Robin, David, Paul A. & Foray, Dominique, *The Explicit Economics of Knowledge Codification and Tacitness*, Industrial and Corporate Change, Vol. 9, No. 2, 2000, s. 211-253 [cit. Cowan, David & Foray 2000].

Culpepper, Roy, *Demystifying Hernando de Soto: A Review of The Mystery of Capital*, The North South Institute, 2002 [cit. Culpepper 2002]. Tillgänglig via <http://www.nsi-ins.ca/english/pdf/desoto.pdf>.

Dalberg-Larsen, Jørgen, *Pragmatisk Retsteori*, Jurist og Økonomforbundets forlag, København, 2001 [cit. Dalberg-Larsen 2001].

Dalberg-Larsen, Jørgen, *Ret, tekst og Kontekst: postmodernisme og ret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1998 [cit. Dalberg-Larsen 1998].

Dahlman, Christian, Glader, Marcus & Reidhav, David, *Rättsekonomi: en introduktion*, Studentlitteratur, Lund, 2004 [cit. Dahlman, Glader & Reidhav 2004].



Damodaran, Aswath, *Financial Valuation*, Wiley & sons, New York 2002 [cit. Damodaran 2002].

David, Paul A., *Intellectual Property Institutions and the Panda's Thumb*, Wallerstein et al. (red.), Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology, National Academic Press, Washington, 1993, s. 19-61 [cit. David 1993].

Davies, Julie L., & Harrison, Suzanne S., *Edison in the boardroom: How leading companies realize value from their intellectual assets*, John Wiley & Sons, New York, 2001 [cit. Davies & Harrison 2001].

Davies, Iwan, *Secured Financing of Intellectual Property Assets and the Reform of English Personal Property Law*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 26, No 3, 2006, s. 559-583 [cit. Davies 2006].

De Alessi, Louis, *The Economics of Property Rights: A Review of the Evidence*, Research in Law and Economics, Nr. 2, s. 1-47 [cit. De Alessi 1980].

Demsetz, Harold, *Toward a Theory of Property Rights*, American Economic Review, Vol. 57, s. 347-359, 1967 [cit. Demsetz 1967].

Djurfeldt, Göran, *Boström och kaminen: en introduktion till realistisk vetenskapsteori*, Arkiv, Lund, 1996 [cit. Djurfeldt 1996].

Domeij, Bengt, *Patentavtalsrätt*, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2003 [cit. Domeij 2003].

Drahos, Peter, *The Universality of Intellectual Property Rights: Origin and Development*. WIPO Panel discussion on Intellectual Property and Human Rights Geneva, November 9, 1998 [cit. Drahos 1998]. Tillgänglig via <http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/pdf/drahos.pdf>.

Drobnig, Ulrich, *Secured Credit in International Insolvency Proceedings*, Texas International Law Journal, Symposium on International Bankruptcy Law: Comparative and Transnational Approach, Nr. 33, 1998, s. 53-71 [cit. Drobnig 1998].

Drucker, Peter F., *Post-Capitalist Society*, Butterworth-Heinemann, Oxford, 1993 [cit. Drucker 1993].

Drucker, Peter F., *Den effektive chefen*, Wahlström & Widstrand, Stockholm, 1968 [cit. Drucker 1968.]

Einhorn, David, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, AIPPI Report Q190, United States of America, 2006 [cit. Einhorn 2006]

Eisenhardt, Kathleen M & Martin, Jeffrey A., *Dynamic Capabilities: What Are They?*, Strategic Management Journal, Vol. 21, No. 10/11, 2000, s. 1105-1121. [cit. Eisenhardt & Martin 2000].

Ellickson, Robert, *Order without law: How neighbours settle their disputes*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1994 [cit. Ellickson 1994 ].

European Commission, *Study on the Measurement of Intangible Assets and Associated Reporting Practices*, Enterprise Directorate-General, 2003 [cit. Europeiska kommissionen 2003]. Tillgänglig via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/brs/competitiveness/2003-study-intangassets-full\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/brs/competitiveness/2003-study-intangassets-full_en.pdf).

European Commission, *Funding of New Technology-Based Firms By Commercial Banks in Europe*, Enterprise Directorate-General, 2000 [cit. Europeiska Kommissionen 2000]. Tillgänglig via [http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/fi\\_study6.htm](http://cordis.europa.eu/innovation-policy/studies/fi_study6.htm).

Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter: en kommentar och rättsöversikter*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004 (Norstedts gula bibliotek) [cit. Fahlbeck 2004].

Ferguson, Niall, *The Ascent of Money. A Financial History of the World*, Penguin Books, London, 2009 [cit. Ferguson 2009].

Fisher, Irving, *The Purchasing Power of Money: Its determination and relation to credit interest and crises*, The Macmillan company, New York, 1922 (originalutgåva New York 1911) [cit. Fisher 1922].

Flignor, Paul & Orozco, David, *Intangible Asset & Intellectual Property Valuation: A Multidisciplinary Perspective*, 2006 [cit. Flignor & Orozco 2006]. (Tillgänglig via [http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip\\_valuation.htm](http://www.wipo.int/sme/en/documents/ip_valuation.htm))

Florida, Richard, *Den kreativa klassens framväxt*, Daidalos, Stockholm, 2006 [cit. Florida 2006].

Folkesson, Enar, *Företaget i ekonomisk kris*, Thomson Fakta AB, Stockholm 2007 [cit. Folkesson 2007].

Freeman, Chris & Soete, Luc, *The Economics of Industrial Innovation*, Pinter, London, 1997 [cit. Freeman & Soete 1997].

G-20 Progress Report on the Actions to Promote Financial Regulatory Reform, Issued by the U.S. Chair of the Pittsburgh G-20 Summit – 25 September 2009 [cit. G-20 2009.]

Gilbert, Alan, *On the mystery of capital and the myths of Hernando de Soto*, International Development Planning Review, Vol. 24, 2002, s. 1-19 [cit. Gilbert 2002].

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2001 [cit. Glavå 2001].

Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten! – juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, I Askeland, Bjarte & Bernt, Jan-Fridthiof, *Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet (1954-2000)*, Fagbokforlaget, Bergen, 2002 [cit. Glavå & Petrusson 2002].

Godenhielm, Berndt, *Om godtrosskydd inom immaterialrätten*, NIR 1986 s. 15-23 [cit. Godenhielm 1986].

Godenhielm, Berndt, *Om pantsättning av immaterialrätter*, NIR 1960 s. 174-182 [cit. Godenhielm 1960].

Goode, Roy, *Security in Cross-Border Transactions*, Symposium on International Bankruptcy Law: Comparative and Transnational Approach, Texas International Law Journal, Nr. 33, 1998, s. 47-53 [cit. Goode 1998].

Granér, Staffan, *Hernando de Soto och mystifieringen av kapitalet*, Ord & Bild, vol. 2-3, 2005, s. 59-70 [cit. Granér 2005].

Granér, Staffan, *Samhävd och rågång: om egendomsrelationer, ägoskiften och marknadsintegration i en värmländsk skogsbygd 1630-1750*, Ekonomisk-historiska institutionen vid Göteborgs universitet, 2002 (Meddelanden från Ekonomisk-historiska institutionen, Handelshögskolan vid göteborgs universitet, nr 86) [cit. Granér 2002].

Gravois, John, *The de Soto Delusion*, Slate, 29 januari 2005 [cit. Gravois 2005]. Tillgänglig via <http://www.slate.com/id/2112792/>.

Grey, Thomas, *Ägandebegreppets upplösning*, Idéer om ägande, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 15-48 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Grey 1994.]

Grönfors, Kurt (medv. Dotevall, Rolf), *Avtalslagen*, 3 uppl., Fritze, Stockholm, 1995 (Norstedts gula bibliotek) [cit. Grönfors (medv. Dotevall) 1995].

Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Lund, 2002 (Lund Studies in Sociology of law 14) [cit. Gustafsson 2002].

Guthrie, Chris, *Prospect Theory, Risk Preference & the Law*, Vanderbilt University Law School Law & Economics, Working Paper Number 02-12, 2002 [cit. Guthrie 2002]. Tillgänglig via [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=344600](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=344600).

Göranson, Ulf, *Traditionsprincipen: de svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning*, Iustus Förlag, Uppsala, 1985 [cit. Göranson 1985].

Hagelin, Ted, *A New Method to Value Intellectual Property*, 2003 [cit. Hagelin 2003]. Tillgänglig på SSRN: <http://ssrn.com/abstract=777705>.

Halpin, Andrew, *Disproving the Coase Theorem*, 2007, tillgänglig via <http://ssrn.com/abstract=424820> [cit. Halpin 2007].

Hansson, Sven Ove, *Introduktion till Tony Honor'e*, Idéer om ägande, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 49-61 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Hansson 1994a].

Hansson, Sven Ove, *Introduktion till Gerald Cohen*, Idéer om ägande, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 101-109 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Hansson 1994b].

Hardin, Garret, *The tragedy of the commons*, Science, No. 162, 1968, s. 1243-1248 [cit. Hardin 1968].

Helander, Bo, *Kreditsäkerhet i lös egendom: sakrättsliga spørsmål*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1984 [cit. Helander 1984].

Heller, Michael A., *The gridlock economy: how too much ownership wrecks markets, stops innovation and costs lives*, Basic Books, New York, 2008 [cit. Heller 2008].

Heller, Michael A. & Eisenberg, Rebecka S., *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, Science, Vol. 280, 1998, s. 698-701 [cit. Heller & Eisenberg 1998].

Heller, Michael A., *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, Harvard Law Review, Vol. 111, Nr. 3, 1998, s. 621-688 [cit. Heller 1998].

Hellner, Jan, *Metodproblem inom rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure, Stockholm, 2001 [cit. Hellner 2001].

Hellner, Jan, *Positivism inom rättsvetenskapen*, i Göranson, Håstad, Frändberg (red.), Festskrift till Strömholm, Iustus Förlag, Uppsala, 1997, s. 351-375 [cit. Hellner 1997].

Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II: kontraktsrätt, tredje upplagan, 2 häftet, allmänna ämnen*, Juristförlaget, Stockholm, 1996 [cit. Hellner 1996].

Hellner, Jan, *Konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, i *Insolvensrättsligt forum* 22-23 januari 1990, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1990 [cit. Hellner 1990].

Hellner, Jan, *Verkan av insolvens på kontraktsförhållanden*, Festskrift till Knut Rodhe, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1976 [cit. Hellner 1976].

Helpman, Elhanan, *Tillväxtens mysterier*, SNS Förlag, Stockholm, 2006 (övers. Ingemar Karlsson, originalutgåva Cambridge 2004 som *The Mystery of Economic Growth*) [cit. Helpman 2006].

Henriksson, Per, *Sakrättsliga moment och deras ekonomiska konsekvenser*, Jure, Stockholm, 2009 [cit. Henriksson 2009].

Henriksson, Per, *Översikt över det sakrättsliga skyddet för upphovsrätt*, i Persson, Levin & Wolk (Red.), *Immaterialrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Henriksson 2002].

Hesse, *The rise of intellectual property, 700 B.C. – A.D. 2000: An Idea in the Balance*, Daedalus, våren 2002, s. 6-45 [cit. Hesse, 2000].

Hessler, Henrik, *Allmän sakrätt: om det sakrättsliga tredjemansskyddets principer*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1973 [cit. Hessler 1973].

Hillery, John S., *Securitization of Intellectual Property: Recent Trends from the United States*, Washington Core, 2004 [cit. Hillery 2004].

HM Treasury, *Bridging the Finance Gap: next steps in improving access to growth capital for small businesses*, HM Treasury, December 2003 [cit. Bridging the Finance Gap 2003].

Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental legal conceptions*, Yale University Press, Newhaven, 1919 [cit. Hohfeld 1919].

Honoré, Tony, *Ägande*, Idéer om ägande, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 63-97 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Honoré 1994].

Hoopes, David G., Madsen, Tammy, L. & Walker, Gordon, *Guest editor's introduction to the special issue: Why is there a resource-based view? Toward a theory of competitive heterogeneity*, Strategic Management Journal, Nr. 24, 2003, s. 889-902 [cit. Hoopes, Madsen & Walker 2003].

Hydén, Håkan, *Normvetenskap*, Sociologiska institutionen vid Lunds universitet, Lund, 2002 (Lund studies in sociology of law) [cit. Hydén 2002].

Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund, 2002 [cit. Hydén 2002a].

Håstad, Torgny, *Supplement 2004 till Sakrätt avseende lös egendom, sjätte upplagan 1996*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004 [cit. Håstad 2004].

Håstad, Torgny, *Inför en europeisk sakrätt*, JT 2002/03, Nr. 4, s. 745-777 [cit. Håstad 2002/03].

Håstad, Torgny, *Immaterialrätt och konkurs*, Insolvensrättsligt forum 22-23 januari 1997: immaterialrätt och konkurs, abandonering, utvärdering av konkurslagstiftningen, Iustus Förlag, Uppsala, 1997 [cit. Håstad 1997].

Håstad, Torgny, *Sakrätt avseende lös egendom*, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1996 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning CXIII) [cit. Håstad 1996].

Hägerström, Axel, *En straffrättslig principundersökning*, SvJT 1939 s 209-225 [cit. Hägerström 1939].

Hägglund, Kent, *Vidareöverlåtelseförbudet och begränsningar i spridningsrätten för upphovsrätt i konkurs*, Insolvensrättsligt forum 22-23 januari 1997: immaterialrätt och konkurs, abandonering, utvärdering av konkurslagstiftningen, Iustus Förlag, Uppsala, 1997 [cit. Hägglund 1997].

Jackson, Thomas H. & Kronman, Anthony T., *Secured Financing and Priorities among Creditors*, Yale Law Journal, Maj 1979, s. 1143-1173 [cit. Jackson & Kronman 1979].

Jacobsson, Måns, Tersmeden, Erik, Törnroth, Lennart, *Patentlagstiftningen – en kommentar*, P A Norstedt & Söners förlag, Stockholm, 1980 [cit. Jacobsson, Tersmeden & Törnroth 1980].

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 4-2004 [cit. Jareborg 2004].

Johansson, Daniel & Larsson, Markus, *The Swedish Music Industry in Graphs - Economic Development Report 2000 - 2008*, [cit. Johansson & Larsson 2009]. Tillgänglig via [http://www.trendmaze.com/media/1038/swedish\\_music\\_industry\\_2000-2008.pdf](http://www.trendmaze.com/media/1038/swedish_music_industry_2000-2008.pdf).

Johansson, Erica, *Property Rights in Investment Securities and the Doctrine of Specificity*, Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 2009 [cit. Johansson 2009].

Johansson, Svante O., *Stoppningsrätt under godstransport*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2001 [cit. Johansson 2001].

Karlgren, Hjalmar, *Säkerhetsöverlåtelse enligt svensk rättspraxis*, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1958 [cit. Karlgren 1958].

Karlgren, Hjalmar, *Säkerhetsöverlåtelse och pantsättning av lös egendom*, SvJT 1936, s. 161-185 [cit. Karlgren 1936].

Karnell, Gunnar, *Läromedelsrätt: upphovsrättslagen och fotolagen i tillämpning vid universitet och högskolor*, Gleerup, Lund, 1972 [cit. Karnell 1972].

King, Kelvin, *The Value of Intellectual Property, Intangible Assets and Goodwill*, 2004 [cit. King 2004]. (Tillgänglig via [http://www.wipo.int/sme/en/documents-/value\\_ip\\_intangible\\_assets.htm](http://www.wipo.int/sme/en/documents-/value_ip_intangible_assets.htm))

Kjeldstadli, Knut, *Det förflutna är inte vad det en gång var*, Studentlitteratur, Lund, 1998 [cit. Kjeldstadli 1998].

Koch, Michaël, *Tio år med lagen om företagshemligheter*, Eklund, Ronnie, Koch, Michaël, Nilsson, Edvard & Sigeman, Tore, Festschrift till Hans Stark, Jure AB, Stockholm, 2001 [cit. Koch 2001].

Kohn, Richard M., Alcantara, Oscar L., Cooper, Jonathan M. & Morse, David W., *Intellectual property issues affecting a secured transactions regime*, The Commercial Finance Association, 2007 [cit. Kohn, Alcantara, Cooper & Morse 2007]. Tillgänglig via [http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission-/working\\_groups/6Security\\_Interests.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission-/working_groups/6Security_Interests.html)

Koktvedgaard & Schovsbo, *Lærebog i Immaterialret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2005 [cit. Koktvedgaard & Schovsbo 2005].

*Konjunkturläget Januari 2008*, Konjunkturinstitutet, Stockholm, 2008 [cit. Konjunkturinstitutet 2008].

Kripke, Homer, *Law and Economics: Measuring the Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 133, 1985, s. 929-972 [cit. Kripke 1985].

Krugman, Paul, *Krisen: orsaker, verkan, åtgärder*, Leopard, Stockholm, 2009 (övers. Stefan Lindgren, originalutgåva New York 2009 som *The return of depression economics and the crisis of 2008* [cit. Krugman 2009].

Kymlicka, Will, *Modern politisk filosofi*, Nya Doxa, Nora, 1995 (övers. Sören Häggqvist, originalutgåva Oxford 1990 som *Contemporary Political Philosophy*) [cit. Kymlicka 1995].

Laeven, Luc & Valencia, Fabian, *Systemic Banking Crises: A New Database*, IMF Working Paper WP 08/224, 2008 [cit. Laeven & Valencia 2008].

The Law Commission, *Company Security Interests*, London, 2005 [cit. Law Commission 2005]. Tillgänglig via <http://www.lawcom.gov.uk/>.

The Law Commission, *Company Security Interests: A Consultative Report*, Consultation Paper No 176, London 2004 [cit. Law Commission 2004]. Tillgänglig via <http://www.lawcom.gov.uk/>.

Lennander, Gertrud, *Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom*, Almqvist & Wiksell International, Stockholm, 1977 [cit. Lennander 1977].

Lev, Baruch, *Intangible Assets – Concepts and Measurements*, Encyclopedia of social measurement, Vol. 2, 2005, s. 299-305 [cit. Lev 2005].

Lev, Baruch, *Intangibles, Management, Measurement, and Reporting*, Brookings Institution Press, Washington D.C., 2001 [cit. Lev 2001].

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007 [cit. Levin 2007].

Lieberman, M. B. & Montgomery, D. B., *First mover advantages*, Strategic Management Journal, 1988, Vol. 9, s. 41-58 [cit. Lieberman & Montgomery 1988].

Lilleholt, Kåre, *Godtruerverv og kreditorvern*, 3 uppl., Universitetsforlaget, Oslo, 1999 [cit. Lilleholt 1999].

Lindskog, Stefan, *Återpantsättning – Några anteckningar med anledning av en avhandling*, JT 2007/08, s. 843-864 [cit. Lindskog 2007/08].

Lindskog, Stefan, *Högsta domstolen och den kommersiella rätten*, JT 2002/03, s. 68-81 [cit. Lindskog 2002/03].



Lindskog, Stefan, *Immaterialrätt och konkurs*, *Insolvensrättsligt forum* 22-23 januari 1997: immaterialrätt och konkurs, abandonering, utvärdering av konkurslagstiftningen, Iustus Förlag, Uppsala, 1997 [cit. Lindskog 1997].

Lindskog, Stefan, *Kvittning: om avräkning mellan privaträttsliga fordringar*, Norstedts, Stockholm, 1993 [cit. Lindskog 1993].

Lipson, Jonathan C., *The End of Notice: Secrets and Liens in Commercial Finance Law*, *bepress Legal Series, Working Paper 314*, 2004 [cit. Lipson 2004]. Tillgänglig via <http://law.bepress.com/expresso/eps/314>.

Locke, John, *Two treatises of government*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996 (originalutgåva London 1689) [cit. Locke 1996].

Lopucki, Lynn M., *The Unsecured Creditor's Bargain*, *Symposium on the Revision of Article 9 of the Uniform Commercial Code*, *Virginia Law Review*, Vol. 80, 1994, s. 1887-1941 [cit. Lo Pucki 1994].

Lutnæs, Karine, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, *AIPPI Report Q190*, Norway, 2006 [cit. Lutnæs 2006].

Machlup, Fritz, *An Economic Review of the Patent System (Senate Judiciary Comm., Subcomm. On Patents etc., Study No. 15, 85th Cong. 2nd Sess. (1958))*, US Government Printing Office, Washington DC, 1958 [cit. Machlup 1958].

Makadok, Richard, *Toward a Synthesis of the Resource-Based and Dynamic-Capability Views of Rent Creation*, *Strategic Management Journal*, Nr. 22, 2001, s. 387-401 [cit. Makadok 2001].

Mansfield, E., Rapoport, J., Romeo, A., Wagner, S., and Beardsley, G., *Social and private rate of return from industrial innovations*, *Quarterly Journal of Economics*, 1977, 71, May, s. 221-40 [cit. Mansfield 1977].

Martinson, Claes, *How Swedish Lawyers Think about 'Ownership' and 'Transfer of Ownership' – Are We Just Peculiar or Actually Ahead?*, i *Rules for the Transfer of Movable: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2008 (Schriften zur Europäischen Rechtswissenschaft Band 6) [cit. Martinson 2008].

Martinson, Claes, *Sakrätt avseende annat än egendom, kommande*, 2010 [cit. Martinson 2010].

Martinson, Claes, *En struktur över kredit- och exekutionsrätten*, Juridiska institutionen Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, Göteborg, 2006 [cit. Martinson 2006].

Martinson, Claes, *Kreditsäkerhet i fakturafordringar – en förmögensrättslig studie*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2002 [cit. Martinson 2002].

Marx, Karl, *Kapitalet: Första boken*, Bo Cavefors Bokförlag, Lund, 1974 (översättning Ivan Bohman), originalutgåva Hamburg 1867 som *Das Kapital*) [cit. Marx 1974].

Marx, Karl, *Kapitalet: Första boken*, Tidens Förlag, Stockholm, 1930 (översättning Rickard Sandler, originalutgåva Hamburg 1867 som *Das Kapital*) [cit. Marx 1930].

McGuire, Mary-Rose, *Intellectual Property Rights: 'Property' or 'Right'? The Application of the Transfer Rules to Intellectual Property*, i *Rules for the Transfer of Movables: A Candidate for European Harmonisation or National Reforms?*, Sellier European Law Publishers GmbH, Munich, 2008 (Schriften zur Europäischen Rechtswissenschaft Band 6) [cit. McGuire 2008].

McGuire, Mary-Rose, von Zumbusch, Ludwig & Joachim, Björn, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, AIPPI Report Q190, Germany, 2006 [cit. Mc Guire, von Zumbusch & Joachim 2006].

McNeill, John Robert & Mc Neill, William H., *The human web a birds-eye view of world history*, W.W. Norton & Company, New York, 2003 [cit. McNeill & McNeill 2003].

McCormack, Gerard, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge Studies in Corporate Law, Cambridge University Press, 2004 [cit. McCormack 2004].

Menell, Peter S., *Bankruptcy Treatment of Intellectual Property Assets: An Economic Analysis*, Berkeley Technology Law Journal, Vol. 22, Nr. 2, 2007 [cit. Menell 2007]. Tillgänglig via <http://repositories.cdlib.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=bclt>.

Menell, Peter S., *Intellectual Property and the Property Rights Movement, Regulation*, Vol. 30, Nr. 3, 2007 [cit. Menell 2007a]. Tillgänglig via <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv30n3/v30n3.html>.

Merges, Robert P., *Locke for the masses: Property Rights and the Products of Collective Creativity*, Hofstra Law Review, Vol. 36, Nr. 4, 2008, s. 1179-1191 [cit. Merges 2008a].

Merges, Robert P., *IP Rights and Technological Platforms*, Berkeley Center for Law and Technology, Law and Technology Scholarship (Selected by the Berkeley Center for Law & Technology), Paper 64, 2008 [cit. Merges 2008b]. Tillgänglig via <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/64>.

Merges, Robert P., *The Concept of Property in the Digital Age*, Berkeley Center for Law and Technology, Law and Technology Scholarship (Selected by the Berkeley Center for Law & Technology), Paper 61, 2008 [cit. Merges 2008c]. Tillgänglig via <http://repositories.cdlib.org/bclt/lts/61>.

Miller, David, *Justice and Property*, Ratio, Nr. 22, 1980, s. 1-14 [cit. Miller 1980].

Millqvist, Göran, *Sakrättens grunder: en lärobok i sakrättens grundläggande frågeställningar avseende lös egendom*, Norstedts juridik, Stockholm, 2009 [cit. Millqvist 2009].

Millqvist, Göran, *Anmälan av Staffan Myrdal, Återpantsättning. Om pantsättning av pant och panträtt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2005, 594 s., JT 2005-06, s. 453-465 [cit. Millqvist 2005-06].

Millqvist, *Om utmätning av immaterialrätt*, i Persson, Levin & Wolk (red.), *Immaterialrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Millqvist 2002].

Millqvist, Göran, *Finansiell leasing: om det finansiella leasingavtalets civilrättsliga betydelse och reglering*, Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund (84), Juridiska föreningen, Lund, 1986 [cit. Millqvist 1986].

Modigliani, Franco & Miller, Merton H., *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, The American Economic Review, Vol. 48, Nr. 3, 1958, s. 261-297 [cit. Modigliani & Miller 1958].

Mokal, Rizwaan Jameel, *The Search for Someone to Save: A Defensive Case for the Priority of Secured Credit*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 22, Nr. 4, 2002, s. 687-728 [cit. Mokal 2002].

Mokyr, Joel, *The Gifts of Athena: Historical Origins of the Knowledge Economy*, Princeton University Press, Princeton, 2002 [cit. Mokyr 2002].

Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, Jure, Stockholm, 2007 [cit. Munukka 2007].

Myrdal, Staffan, *Återpantsättning än en gång*, JT 2008-09, s. 30-61 [cit. Myrdal 2008-09].

Myrdal, Staffan, *Återpantsettning: om pantsättning av pant och panträtt*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005 [cit. Myrdal 2005].

Myrdal, Staffan, *Borgenärsskyddet: om principerna för skyddet mot överlåtarens och pantsättarens borgenärer*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002 [cit. Myrdal 2002].

Månsson, Fredrik & Andersson, Per-Ulrik, *Värdepapperisering – Securitisation*, Fritzes Förlag AB, 1995. (cit. Månsson & Andersson 1995.)

Möller, Mikael, *Immaterialrätter och konkurs – en översiktlig karta*, Insolvensrättsligt forum 22-23 januari 1997: immaterialrätt och konkurs, abandonering, utvärdering av konkurslagstiftningen, Iustus Förlag, Uppsala, 1997 [cit. Möller 1997].

Möller, Mikael, *Civilrätten vid finansiell leasing: En översikt över svensk, utländsk och internationell rätt*, Iustus Förlag, Uppsala, 1996 [cit. Möller 1996].

Möller, Mikael, *PM om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Insolvensrättsligt forum 22-23 januari 1990: skuldsanering, rekonstruktion av insolvensta företag, konkursboets inträde i gäldenärens avtal, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1990 [cit. Möller 1990].

Möller, Mikael, *Konkurs och kontrakt: Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal*, Iustus förlag, Uppsala, 1988 [cit. Möller 1988].

Nakamura, Leonard I., *What is the US Gross Investment in Intangibles? (At Least) One Trillion Dollars a Year!* Working Paper No. 01-15, Federal Reserve Bank of Philadelphia, 2001 [cit. Nakamura 2001]. Tillgänglig via <http://www.phil.frb.org/econ/wps/wp01.html>.

Nakamura, Leonard I., *Intangibles: What Put the New In the New Economy*, Federal Reserve Bank of Philadelphia, 1999 [cit. Nakamura 1999].

Negroponte, Nicholas, *Being digital*, Alfred A. Knopf, New York, 1995 [cit. Negroponte 1995].

Nelson, Richard R., *Why Do Firms Differ, and How Does it Matter?*, Strategic Management Journal, Vol. 12, 1991, s. 61-74 [cit. Nelson 1991].

Nelson, Richard R. & Winter, Sidney G., *An Evolutionary Theory of Economic Change*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1982 [cit. Nelson & Winter 1982].

NJM 1902. *Forhandlingerne paa det tiende nordiske Juristmøde i København 1902*, Kjøbenhavn 1902 [cit. NJM 1902].

Norberg, Claes & Thorell, Per, *Redovisningsfrågor i skattepraxis*, Iustus, Uppsala, 2007 [cit. Norberg & Thorell 2007].

Nyman, Michael, *Risikkapital: private equity och venture capital-investeringar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2002. (cit. Nyman 2002.)

Olson, Mancur, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1965 [cit. Olson 1965].

O'Rourke, Kevin H. & Eichengren, Barry, *A Tale of Two Depressions*, 2009 [cit. O'Rourke & Eichengren 2009]. Tillgänglig via <http://www.voxeu.org-/index.php?q=node/3421#jun09>.

Ostrom, Elinor, *Governing the commons: the evolution of institutions for collective action*, Cambridge University Press, 1990 [cit. Ostrom 1990].

Pamp, Caroline, *Patents and the Claiming of Research Results in the Early Stages in a University Setting*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2010 [cit. Pamp 2010].

Parr, Russell L. & Smith, Gordon V., *Valuation of intellectual property and intangible assets*, John Wiley & Sons, New York, 2000 [cit. Parr & Smith 2000].

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning 156) [cit. Peczenik 1995].

Perez, Carlota, *Technological Revolutions and Financial Capital: The Dynamics of Bubbles and Golden Ages*, Edward Elgar, Cheltenham UK, 2003 [cit. Perez 2003].

Persson, Annina H., *Upphovsrätt – en udda egendomskategori i sakrättsliga och insolvensrättsliga sammanhang*, i Bakardjéva Engelbrekt, Bernitz, Domeij, Kur & Nordell (red.), *Festschrift till Marianne Levin*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2008 [cit. Persson 2008]

Persson, Annina H., *Upphovsmannens rätt i förläggarens konkurs – konkursfordran eller massafordran*, JT 2006-07, s. 175-185 [cit. Persson 2006/2007].

Persson, Levin & Wolk (Red.), *Immaterialrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Persson, Levin & Wolk 2002].

Persson, Annina H. & Wolk, Sanna, *Sakrätten – en introduktion*, i Persson, Levin & Wolk (Red.), *Immaterialrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Persson & Wolk 2002].

Persson, Annina H., *Förbehållsklausuler: en studie om en säkerhetsrätts nuvarande och framtida ställning*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, Stockholm, 1998 (Rättsvetenskapliga biblioteket 7) [cit. Persson 1998].

Persson, Annina H., *Om pantsättning av patent och varumärken*, i Persson, Levin & Wolk (Red.), *Immaterialrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Persson 2002].

Peteraf, Margaret A., *The Cornerstones of Competitive Advantage: A Resource Based View*, *Strategic Management Journal*, Vol. 14, No. 3, 1993, s. 179-191 [cit. Peteraf 1993].

Petrusson, Ulf, *Universitet i kunskapsekonomin*, VINNOVA, Stockholm, 2007 [cit. Petrusson 2007]. Tillgänglig via <http://www.vinnova.se/upload/EpiStore-PDF/vfi-07-01.pdf>.

Petrusson, Ulf, *Intellectual Property & Entrepreneurship*, Center for Intellectual Property Studies (CIP), Göteborg, 2004 (CIP Working Paper Series) [cit. Petrusson 2004].

Petrusson, Ulf, *Patent och industriell omvandling: en studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999 [cit. Petrusson 1999].

Pollard, Sidney, *The International Economy since 1945*, Routledge, London, 1945 (The making of the contemporary world) [cit. Pollard 1945].

Porter, Michael E., *Konkurrensstrategi: tekniker för att analysera branscher och konkurrenter*, ISL Förlag, Göteborg, 1991 [cit. Porter 1991].

Priem, Richard L. & Butler, John E., *Is the resource-based view a useful perspective for strategic management research?*, *Academy of Management Review*, Vol. 26, No. 1, 2001, s. 22-40 [cit. Butler & Priem 2001].

Påhlsson, Robert, *Hunden klockan tre och fjorton: rapport från juridikens tankevärld*, Iustus, Uppsala, 2005 [cit. Påhlsson 2005].

Pålsson Syll, Lars, *De ekonomiska teoriernas historia*, Studentlitteratur, Lund, 2007 [cit. Pålsson Syll 2007].

Pålsson Syll, Lars, *Ekonomisk teori och metod: ett kritisk-realistiskt perspektiv*, Studentlitteratur, Lund, 2001 [cit. Pålsson Syll 2001].

Radin, Margaret Jane & Sawyer, Erin, *The role of nonproprietary technologies*, i Imparato, Nicholas (red.), *Capital for our time: the economic, legal and management challenges of intellectual capital*, Hoover Institution Press Publications, Stanford, California, 1999, s. 70-85 [cit. Radin & Sawyer 1999].

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2007 [cit. Ramberg 2007].

Ramberg, medv. Herre, *Köplagen*, Fritze, Stockholm, 1995 (Norstedts gula bibliotek) [cit. Ramberg, medv. Herre 1995].

Reifner, Udo, Kiesilainen, Johanna, Huls, Nik & Springeneer, Helga, *Consumer Overindebtedness and Consumer Law in the European Union: Final Report Presented by the institute for financial services e.V. Erasmus University Rotterdam/School of Law, University of Helsinki/Helsinki Collegium for Advanced Studies to the Commission of the European Communities, Health and Consumer Protection Directorate-General*, 2003 [cit. Reifner, Kiesilainen, Huls & Springener 2003].

Rider, Christine, *An introduction to economic history*, South Western College Publications, Cincinnati, 1995 [cit. Rider 1995].

Rodhe, Knut, *Handbok i sakrätt*, Norstedt, Stockholm 1985 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning 124) [cit. Rodhe 1985].

Rodhe, Knut, *Obligationsrätt*, Norstedt, Stockholm, 1984 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning 11) (Originalutgåva Stockholm 1956) [cit. Rodhe 1984].

Rodhe, Knut, *Pantsättning av lös egendom – ett perspektiv på rättsutvecklingen under 1900-talet*, Svensk rätt i omvandling: studier tillägnade Hilding Eek, Norstedt, Stockholm, 1976, s. 425-441 [cit. Rodhe 1976.]

Romer, P., *Endogenous Technical Change*, Journal of Political Economy, 1990, 98(5), s. 71-102 [cit. Romer 1990].

Rosén, Jan, *Upphovsrättens avtal*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006 [cit. Rosén 2006].

Rosén, Jan, *Förlagsrätt: rättsfrågor vid förlagsavtal*, Juristförlaget, Stockholm, 1989 (Skriftserien Juridiska fakulteten i Stockholm 23) [cit. Rosén 1989].

Ross, Alf, *Ejendomsret og Ejendomsøvergang*, Levin & Munksgaard, København, 1935 [cit. Ross 1935].

Rumelt, Richard P., *Towards a Strategic Theory of the Firm*, i Lamb, R. B., *Competitive Strategic Management*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, NJ, 1994, s. 556-570 [cit. Rumelt 1994].

Salomaa, Pekka, Aalto, Rita, Aalto-Setälä, Minna, Harenko, Kristiina, Oesch, Rainer, Sund-Norrgard, Petra & Weckman, Arja, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, Report Q190, Finland, 2006 [cit. Salomaa, Aalto, Aalto-Setälä, Harenko, Oesch, Sund-Norrgard & Weckman 2006].

Samuels, John, Wilkes, Michael & Brayshaw, Robin, *Financial management and decision making*, International Thomson Business, London, 1999 [cit. Samuels, Wilkes & Brayshaw 1999].

Samuelsson, Joel, *Om harmoniseringen av den europeiska privaträtten och funktionalismens funktionalitet*, Europarättslig tidskrift, Vol. 12, 2009, s. 63-86 [cit. Samuelsson 2009].

Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Iustus, Uppsala, 2008 [cit. Samuelsson 2008].

Sandelin, Bo, *Det ekonomiska tänkandets historia*, SNS Förlag, Stockholm, 1998 [cit. Sandelin 1998].

Sandgren, Claes, *Framtidens doktorsavhandlingar i rättsvetenskap*, Tidskrift för Rettsvitenskap, Nr. 3, 2007, s. 388-407 [Sandgren 2007].

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, Tidskrift for Rettsvitenskap, Nr. 4-5, 2005, s. 648-656 [cit. Sandgren 2005].

Sandgren, Claes, *Patentlicenser*, Norstedts, Stockholm, 1974 [cit. Sandgren 1974].

Schmidt, Per & Rygard, Sture, *Contracts regarding Intellectual Property Rights (assignments and licenses) and third parties*, Report Q190, Denmark, 2006 [cit. Schmidt & Rygard 2006].

Schollin, Kristoffer, *Digital rights management: the new copyright*, Jure Förlag AB, 2008 [cit. Schollin 2008].

Schovsbo, Jens, *Immateriell status*, NIR, 2004:4, s. 309-322 [cit. Schovsbo 2004].

Schovsbo, Jens, *Immateriella avtaler: fra kontrakt til status i kontraktsretten*, Jurist og Økonomforbundets forlag, København, 2001 [cit. Schovsbo 2001].



Schultz, Mårten, *Nya argumentationslinjer i förmögenhetsrätten – Obehörig vinst rediviva*, SvJT 9-2009, s. 946-959 [cit. Schultz 2009].

Schultz, Mårten, *Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2007 [cit. Schultz 2007].

Schwarcz, Steven L., *The Easy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, Duke Law Journal, Vol. 47, Nr. 3, 1997, s. 425-489. [cit. Schwarcz 1997].

Schwartz, Alan, *A Theory of Loan Priorities*, The Journal of Legal Studies, University of Chicago Press, Chicago, Nr. 2, 1989, s. 209-261 [cit. Schwartz 1989].

Schön, Lennart, *En modern svensk ekonomisk historia*, SNS Förlag, Stockholm, 2007 [cit. Schön 2007].

Scott, James H., *Bankruptcy, Secured Debt and Optimal Capital Structure*, The Journal of Finance, Vol. XXXII, Nr. 1, 1977 [cit. Scott 1977].

Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, First Free Press, New York, 1995 [cit. Searle 1995].

Shiller, Robert J., *The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis Happened and What to Do about It*, Princeton University Press, Princeton New Jersey, 2008 [cit. Shiller 2007].

Shiller, Robert J., *Irrational exuberance*, 2 uppl., Currency Doubleday, New York, 2005 [cit. Shiller 2005].

Shiller, Robert J., *Irrational exuberance*, Princeton University Press, New Jersey, 2000 [cit. Shiller 2000].

Smets, Peer, *The market does not work for all; and not just because of lacking property titles*, European Journal of Anthropology, Nr. 41, 2003, s. 193-196 [cit. Smets 2003].

Solow, R., *A Contribution to the Theory of Economic Growth*, Quarterly Journal of Economics, 1956, Nr. 70, s. 65-94 [cit. Solow 1956].

de Soto, Hernando, *Kapitalets mysterium: varför kapitalismen segrar i västerlandet och misslyckas på andra håll*, Atlantis, Stockholm, 2004 [cit. de Soto 2004].

Stenvik, Are, *Justifying intellectual property in the society of knowledge*, Nordiskt Immateriellt Rättsskydd, 2/2007, s. 110-118 [cit. Stenvik 2007].

Stenvik, Are, *Patentrett*, 2 uppl., Cappelen, Oslo, 2006 [cit. Stenvik, 2006].

Stenvik, Are, *Patenters beskyttelseomfang*, Cappelen, Oslo, 2001 [cit. Stenvik 2001].

Stiglitz, Joseph & Sulston John, *Science is being held back by outdated laws*, Times Online, 2008 [cit. Stiglitz & Sulston 2008]. Tillgänglig via <http://www.timesonline.co.uk/tol/comment/letters/article4271555.ece>.

Stone, Charles Austin & Zissu, Anne, *The Securitization Markets Handbook: structures and dynamics of mortgage- and assetbacked securities*, Bloomberg Press, Princeton, 2005. (cit. Stone & Zissu 2005.)

Suchman, Mark, *Uppfinningar och ritualer: anteckningar om sambandet mellan magi och intellektuell egendom i skriftlösa samhällen*, Idéer om ägande, Tidens förlag, Stockholm, 1994, s. 208-230 (översättning av Lars G. Larsson) (Tidens idéserie 7) [cit. Suchman 1994].

Sundin, Krister, *Från kreditavtal till skuldsanering: en studie av handläggning och praktisk tillämpning*, Ekonomiska institutionen, Avdelningen för rättsvetenskap, Högskolan i Karlstad, 1998 (Arbetsrapport 98:10) [cit. Sundin 1998].

Svensäter, Lennart, *Anställning och upphovsrätt: om det enskilda anställningsförhållandets reglering och dess grunder samt om konsekvenserna av att framställda resultat omfattas av 1 § upphovsrättslagen*, Norstedts, Stockholm, 1991 [cit. Svensäter 1991].

Söderberg, Johan, *Vår värld's ekonomiska historia*, SNS Förlag, Stockholm, 2007 [cit. Söderberg 2007].

Söderlund, Jenny, *Konkursrätten – om konkursrätten ses som en association i tvångslikvidation med borgenärerna som medlemmar*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2009 [cit. Söderlund 2009].

Taleb, Nassim, Nicholas, *The Black Swan; The Impact of the Highly Improbable*, Penguin Books, London, 2007 [cit. Taleb 2007].

Teece, David J., Pisano, Gary & Shuen, Amy, *Dynamic capabilities and strategic management*, Strategic Management Journal, 1997, Vol. 18:7, s. 509-533 [cit. Teece, Pisano & Shuen 1997].

Teece, David J., *Profiting from technological innovation: Implications for integration, collaboration, licensing and public policy*, Research Policy 15 (1986), s. 285-305 [cit. Teece 1986].

Teece, David J., *Economic Analysis and Strategic Management*, California Management Review, Vol. XXVI, Nr. 3, 1984 s. 87-110 [cit. Teece 1984].

Thomasson, Jan, Arvidsson, Per, Lindquist, Hans, Larson, Olov & Rohlin, Lennart, *Den nya affärsredovisningen*, 17 uppl., Liber, Malmö, 2006 [cit. Thomasson, Arvidsson, Lindquist, Larson & Rohlin 2006].

Thommessen, Gunnar, *Rettsvern for avtaler om immaterielle rettigheter*, i Levin (red.), *Vennebog til Mogens Koktvedgaard*, Nerenius & Santérus, Stockholm 1993, s 311-330 [cit. Thommessen 1993].

Thurow, Lester, *Fortune favors the bold*, HarperBusiness, New York, NY, 2005 [cit. Thurow 2005].

Tiberg, Hugo, Nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd, SvJT 1964, s. 497-516 [cit. Tiberg 1964].

Tidd, Joe, Bessant, John & Pavitt, Keith, *Managing innovation: Integrating technological, market and organizational change*, 3 uppl., John Wiley & Sons, Ltd, 2005 [cit. Tidd, Bessant & Pavitt 2005].

Torp, Carl, *Dansk tingsret*, København, 1905 [cit. Torp 1905].

Torp, Carl, *Dansk tingsret*, København, 1892 [cit. Torp 1892].

Tuula, Marie, *Gäldenärens avtal: vid företagsrekonstruktion och konkurs*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2003 [cit. Tuula 2003].

Tuula, Marie, *IT-bolagen och de immateriella tillgångarna – vid företagsrekonstruktion och konkurs*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002 [cit. Tuula 2002].

UEAPME, *Economic growth and job creation: unleash the potential of SMEs, Mid-term Review of the Lisbon Strategy*, European Council, 2005 [cit. UEAPME 2005].

Ullrich, Hanns, *Transformations in IPR – Structural Changes In Law and Beyond: Transformation Toward What?*, Bruun, Niklas (red.), *Intellectual Property Beyond Rights*, WSOY, Helsinki, 2005 [cit. Ullrich 2005].

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Legislative Guide on Secured Transactions*, 2007 [cit. UNCITRAL 2007].

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Draft Annex to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions dealing with security rights in intellectual property*, 2009 [cit. UNCITRAL 2009a].

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Draft Annex to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions dealing with security rights in intellectual property*, [cit. UNCITRAL 2009b].

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Draft Annex to the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions dealing with security rights in intellectual property*, [cit. UNCITRAL 2009c].

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Report of Working Group VI (Security Interests) on the work of its thirteenth session (New York, 19-23 May 2008)*, 2008 [cit. UNCITRAL 2008].

Undén, Östen, *Om panträtt i rättigheter*, Lindstedt, Lund, 1915 [cit. Undén 1915].

Undén, Östen, *Svensk sakrätt. Lös egendom*, Gleerup, Lund, 1995 [cit. Undén 1995].

Undén, Östen, *Svensk sakrätt. Lös egendom*, Gleerup, Lund, 1974 [cit. Undén 1974].

Undén, Östen, *Svensk sakrätt. Lös egendom*, Gleerup, Lund, 1927 [cit. Undén 1927].

Wainikka, Christina, *Sakrättsliga aspekter på företagshemligheter*, i Persson, Levin & Wolk (Red.), *Immateriellrätt och sakrätt*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Stockholms universitet, Stockholm, 2002 [cit. Wainikka 2002].

Walin, Gösta, *Panträtt*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1998 [cit. Walin 1998].

Walin 1991, *Panträtt*, 1 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1991 [cit. Walin 1991].

Walin, *Separationsrätt*, P A Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1975 [cit. Walin 1975].

Walin, Gösta, Gregow, Torkel, Löfmarck, Peter, Millqvist, Göran & Persson, Annina H., *Utsökningsbalken: En kommentar*, 4uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2009. (Cit. Walin, Gregow, Löfmarck, Millqvist & Persson 2009.)

Wallin-Norman, Karin, *Kontorätt – Rätt till kontoförda värdepapper*, Jure Förlag AB, Stockholm 2009 [cit. Wallin-Norman 2009].

Valukas, Anton R., *Report of Anton R. Valukas, Lehman Brothers Examiner*, United States Bankruptcy Court Southern District of New York, 2010 [cit. Valukas 2010].

Warren, Elizabeth, *Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates*, Cornell Law Review, Nr. 82, s. 1373-1391 [cit. Warren 1997].

Veblen, Thorstein, *The Theory of Business Enterprise*, Scribner's, New York, 1921 (originalutgåva New York 1904) [cit. Veblen 1921].

Welamson, Lars, *Konkursrätt*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1961 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XXXII) [cit. Welamson 1961].

Welamson, Lars, *Konkurs*, P.A. Norstedt & Söners Förlag, Stockholm, 1977 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning XLI) [cit. Welamson 1977].

Wernerfelt, Birger, *A Resource-Based View of the Firm*, *Strategic Management Journal*, Vol. 5, Nr. 2., 1984, s. 171-180 [cit. Wernerfelt 1984].

Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern ansvarsrätt: privaträtt som redskap för mikropolitik*, Iustus Förlag, Uppsala, 2001 [cit. Wilhelmsson 2001].

Wilhelmsson, Thomas, *Critical studies in private law: a treatise on need rational principles in modern law*, Kluwer, Dordrecht, 1992 (Law and philosophy library 16) [cit. Wilhelmsson 1992].

Wilhelmsson, Thomas, *Social civilrätt: om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*, Lakimiesliiton kustannus, Helsinki, 1987 [cit. Wilhelmsson 1987].

Winter, S. G., *Knowledge and Competence as Strategic Assets*, i Teece, D. J. (red.), *The Competitive Challenge: Strategies for Industrial Innovation and Renewal*, Ballinger, Cambridge, Massachusetts, 1987, s. 159-184 [cit. Winter 1987].

Wolk, Sanna, *Arbetstagares immaterialrätter: rätten till datorprogram, design och uppfinningar m.m. i anställningsförhållanden*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006 [cit. Wolk 2006].

Woodruff, Christopher, *Review of de Soto's "The mystery of Capital"*, *Journal of Economic Literature*, Vol. 39, Nr. 4, 2001, s. 1215-1223 [cit. Woodruff 2001].

World Bank, *Where is the wealth of nations? Measuring Capital for the 21st Century*, World Bank Publications, Washington D.C., 2005 [cit. Världsbanken 2005].

de Vylder, Stefan, *Världens springnota*, Ordfront, Stockholm, 2009 [cit. de Vylder 2009].

Zahle, Henrik, *Praktisk retsfilosofi*, Ejlers, København, 2005 [cit. Zahle 2005].

Zingales, Luigi, *In search of new foundations*, *The Journal of Finance*, Vol. LV, No. 4, 2000 [cit. Zingales 2000].

Zizek, Slavoj, *First as tragedy, then as farce*, Verso, London, 2009 [cit. Zizek 2009].

Zollo, Maurizio & Winter, Sidney G., *Deliberate Learning and the Evolution of Dynamic Capabilities*, *Organization Science*, Vol. 13, Nr. 3, s. 339-351 [cit. Zollo & Winter 2002].

Zott, Christoph, *Dynamic capabilities and the emergence of intraindustry differential firm performance: Insights from a simulation study*, *Strategic Management Journal*, Nr. 24, 2003, s. 97-125 [cit. Zott 2003].

Åhman, Karin, *Äganderätten i konflikt med andra skyddsvärda rättigheter eller intressen*, Åhman, Karin (red.), *Äganderätten: dess omfattning och begränsningar*, Iustus, Uppsala, 2009 [cit. Åhman 2009].

## Offentligt tryck

### *Propositioner och NJA II*

Prop. 2004/05:30. Finansiella säkerheter.

Prop. 2002/03:49. Nya fömånsrättsregler.

Prop. 2002/03:17. Förvärv av stöldgods i god tro.

Prop. 2001/02:134. Ändringar i konsumentköplagen.

Prop. 1996/97:111. Rättsligt skydd för databaser, m.m.

Prop. 1995/96:26. Vissa ändringar i varumärkeslagen och firmalagen som en följd av rådets förordning om gemenskapsvarumärken.

Prop. 1992/93:48. Om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.

Prop. 1987/88:4. Om pantsättning av patent.

Prop. 1977/78:1. Del A. Om ändring i patentlagen (1967:837) m.m.

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

Prop. 1966:23. Förslag till lag om firma m.m.

Prop. 1960:167. Förslag till varumärkeslag.

Prop. 1960:17. Förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

NJA II 1987, s. 657ff.

NJA II 1961, s. 195ff. Ny varumärkeslagstiftning.

### *Statens offentliga utredningar*

SOU 2008:20. Patentskydd för biotekniska uppfinningar.

SOU 2006:80. Patent och innovationer för tillväxt och välfärd.

SOU 2001:26. Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

SOU 1999:1. Nya förmånsrättsregler.

SOU 1994:120. Finansiell leasing av lös egendom. Slutbetänkande av Leasingutredande.

SOU 1992:113. Lag om företagsrekonstruktion. Slutbetänkande av Insolvensutredningen.

SOU 1985:10. Om pantsättning av patent. Betänkande av utredningen om pantsättning av patent och patentansökningar.

SOU 1976:25. Internationellt patentsamarbete II. 1973 års europeiska patentkonvention. Betänkande av patentpolicykommittén.

SOU 1976:24. Internationellt patentsamarbete II. 1973 års europeiska patentkonvention. Bilagor till betänkande av patentpolicykommittén.

SOU 1974:55. Utsökningsrätt XIII. Promulgationslag till utsökningsbalk m.m. Lösöreköp. Förslag av lagberedningen.

SOU 1973:22. Utsökningsbalk. Förslag av lagberedningen. Utsökningsrätt XII.

SOU 1965:61. Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönster m.m.

SOU 1965:14. Godtrosförvärv av lösöre: betänkande avgivet av särskild utredningsman.

SOU 1958:10. Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av varumärke och firmautredningen.

#### *Nordiska utredningar*

NU 1984:5. Nordiska köplagar : förslag av den nordiska arbetsgruppen för köplagstiftning.

NU 1963:6. Betenkning angående nordisk patentlovgivning.

#### *Övrigt*

Motion 1987/88:L1 av Marianne Karlsson (c) med anledning av proposition 1987/88:4 om pantsättning av patent.

Motion 1980/81:688 av Marianne Karlsson om pantsättning av patent.



Lagutskottets betänkande 1981/82:6 om vissa patenträttsliga frågor.

Lagutskottets betänkande 1981/82:3 om förmånsrätt vid royalty vid konkurs.

Ds 2009:21. Bortom krisen. Om ett framgångsrikt Sverige.

## **Rättsfall**

*Högsta domstolen*

NJA 2009 s 695

NJA 2009 s 79

NJA 2009 s 41

NJA 2008 s 684

NJA 2007 s 519

NJA 2007 s 413

NJA 2005 s 510

NJA 2001 s 362

NJA 1999 s 617

NJA 1993 s 13

NJA 1989 s 206

NJA 1988 s 257

NJA 1986 s 136

NJA 1973 s 635

NJA 1966 s 241

NJA 1954 s 455

NJA 1952 s 407

### *Hovrätterna*

Svea hovrätt, dom av den 12 maj 2008 (T 5195-06).

Göta hovrätt, dom av den 11 juni 2007 (T- 1589-06).

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom av den 18 april 2006 (T 3049-02).

Svea hovrätt, dom av den 18 juni 1987 (T 1112/85).

Hovrättsfallet RIC 50/93.

### *Tingsrätterna*

Växjö tingsrätt, dom av den 10 maj 2006 (T-1830-02).

### *Patentbesvärsrätten*

Patentbesvärsrätten, dom av den 15 oktober 2002 (mål nr 99-224).

## **Media**

### *New York Times*

Times Topics, Bernard L. Madoff. Tillgänglig via  
“[http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/bernard\\_l\\_madoff/index.html?scp=1-spot&sq=madoff&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/people/m/bernard_l_madoff/index.html?scp=1-spot&sq=madoff&st=cse)”.

Times Topics, Federal National Mortgage Association (Fannie Mae). Tillgänglig via  
[http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/fannie\\_mae/index.html?scp=1-spot&sq=fannie%20mae&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/fannie_mae/index.html?scp=1-spot&sq=fannie%20mae&st=cse).

Times Topics, Freddie Mac. Tillgänglig via  
[http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/freddie\\_mac/index.html?scp=1-spot&sq=freddie%20mac&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/freddie_mac/index.html?scp=1-spot&sq=freddie%20mac&st=cse).

Times Topics, Lehman Brothers Inc. Tillgänglig via  
“[http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/lehman\\_brothers\\_holdings\\_inc/index.html?scp=1&sq=lehman%20brother&st=cse](http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/lehman_brothers_holdings_inc/index.html?scp=1&sq=lehman%20brother&st=cse)”.

Times Topics, American International Group Inc. Tillgänglig via  
"http://topics.nytimes.com/top/news/business/companies/american\_international\_group/index.html?scp=1&sq=american%20insurance%20group&st=cse".

Times Topics – Bailout Plan. Tillgänglig via  
"http://topics.nytimes.com/top/reference/timestopics/subjects/c/credit\_crisis/bailout\_plan/index.html?scp=1-spot&sq=troubled%20asset%20relief%20program&st=cse".

Times Topics, Credit Crisis – The Essentials. Tillgänglig via  
"http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/c/credit\_crisis/index.html".

Times Topics, Glass-Steagall Act (1933). Tillgänglig via  
http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/g/glass\_steagall\_act\_1933/index.html.

Swindlers Find Growing Market in Foreclosures, New York Times, 14 januari 2009. Tillgänglig via "http://www.nytimes.com/2009/01/15/us-15mortgage.html?pagewanted=2&hp".

Subprime Brokers Back as Dubious Loan Fixers, New York Times, 19 juli 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/07/20/business/20modify.html?pagewanted=1&\_r=1&th&emc=th".

Facing Default, Some Walk Out on New Homes, New York Times, 29 februari 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2008/02/29/us/29walks.html?\_r=2&oref=slogin&ref=todayspaper&pagewanted=print&oref=slogin".

Government Seizes WaMu and Sells Some Assets, New York Times, 25 september 2008. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2008/09/26/business/26wamu.html?\_r=1".

As Credit Crisis Spiraled, Alarm Led to Action, New York Times, 1 oktober 2008. Tillgänglig via "http://www.nytimes.com/2008/10/02/business-02crisis.html?pagewanted=2".

Deregulator Looks Back, Unswayed, New York Times, 16 november 2008. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2008/11/17/business/economy/17gramm.html?\_r=1&scp=13&sq=the%20reckoning&st=cse".

A Champion of Wall Street Reaps Benefits, New York Times, 13 december 2008. Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2008/12/14/business/14schumer.html?scp=14&sq=the%20reckoning&st=cse>".

White House Philosophy Stoked Mortgage Bonfire, New York Times, 20 december 2008. Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2008/12/21/business/21admin.html?scp=3&sq=the%20reckoning&st=cse>".

Risk Mismanagement, New York Times, 2 januari 2009.

"<http://www.nytimes.com/2009/01/04/magazine/04risk-t.html?pagewanted=1&em>".

Obama Calls Wall Street Bonuses 'Shameful', New York Times. 29 januari 2009. Tillgänglig via

"[http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30obama.html?\\_r=1&ref=business](http://www.nytimes.com/2009/01/30/business/30obama.html?_r=1&ref=business)".

The End of the Financial World as We Know It, New York Times, 3 januari 2009.

"<http://www.nytimes.com/2009/01/04/opinion/04lewiseinhorn.html>".

How to Repair a Broken Financial World, New York Times, 3 januari 2009.

Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2009/01/04/opinion/04lewiseinhornb.html?pagewanted=3>".

Bank of America Posts Loss as It Gets New U.S. Aid, New York Times, 16 januari 2009. Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2009/01/17/business/17bofa.html?hp>".

Nearly 700 at Merrill in Million-Dollar Club, New York Times, 11 februari 2009.

Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2009/02/12/business/12merrill.html?em>".

Time to Unravel the Knot of Credit-Default Swaps, New York Times, 24 januari 2009. Tillgänglig via

"<http://www.nytimes.com/2009/01/25/business/25gret.html?ref=business>".

Obama Plans Fast Action to Tighten Financial Rules, New York Times, 24 januari 2009. Tillgänglig via

"[http://www.nytimes.com/2009/01/25/us/politics/25regulate.html?\\_r=1&hp](http://www.nytimes.com/2009/01/25/us/politics/25regulate.html?_r=1&hp)".

275 Billion Plan Seeks to Address Housing Crisis, New York Times, 18 februari 2009.

"[http://www.nytimes.com/2009/02/19/business/19housing.html?\\_r=1&th=&adxnlx=1&emc=th&adxnlx=1235072984-qj04BiFV65d5/2JXb+514w](http://www.nytimes.com/2009/02/19/business/19housing.html?_r=1&th=&adxnlx=1&emc=th&adxnlx=1235072984-qj04BiFV65d5/2JXb+514w)".

U.S. Tries a Trillion-Dollar Key for Locked Lending, New York Times, 19 februari 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/02/20/business/20lend.html?\_r=1&hp".

S.E.C. Chief Pursues Tougher Enforcement, New York Times, 22 februari 2009. Tillgänglig via  
http://www.nytimes.com/2009/02/23/business/23schapiro.html?pagewanted=1&em

Fed Plans to Inject Another \$1 Trillion to Aid the Economy, New York Times, 18 mars 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/03/19/business/economy/19fed.html".

Fed Plans to Inject Another \$1 Trillion to Aid the Economy, New York Times, 18 mars 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/03/19/business/economy/19fed.html".

The Day the SEC Changed the Game, 28 september 2008,. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/interactive/2008/09/28/business/20080928-SEC-multimedia/index.html".

Six Errors on the Path to the Financial Crisis, New York Times, 25 januari 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/01/25/business/economy/25view.html?ref=business".

Bailout Plan: \$2.5 Trillion and a Strong U.S. Hand, New York Times, 11 februari 2009. Tillgänglig via  
"http://www.nytimes.com/2009/02/11/business/economy/11bailout.html?pagewanted=1&\_r=1&th&emc=th".

Lehman Paid Bankruptcy Advisers \$642 Million, New York Times, Deal Book, 19 februari 2010. Tillgänglig via  
http://dealbook.blogs.nytimes.com/2010/02/19/lehman-paid-bankruptcy-advisers-642-million/.

Finding on Lehman Take Even Experts by Surprise, New York Times, 21 mars 2010. Tillgänglig via http://www.nytimes.com/2010/03/13/business-/13lehman.html?th&emc=th.

### *Dagens nyheter*

Apple slopar skydd och 3G-spärr, Dagens Nyheter, 6 januari 2009. Tillgänglig via  
"http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=3130&a=870729".

### *Dagens industri*

Kinas krispaket: 4.650 miljarder, Dagens industri, 10 november 2008. Tillgänglig via

"<https://di.se/Nyheter/?page=/Funktioner/ArtikelKommentarer.aspx%3FarticleId%3D2008%255C11%255C10%255C310561%26acmShow%3Dtrue%26SectionID%3Dbilmotor%26menusection%3Dbilmotorbilmotornyheter%26sortby%3D1%26Page%3D1>"

### *The Economist*

Commons Sense, The Economist, 31 juli 2008.

Securitising Intellectual Property, The Economist, 17 juni 2006.

### *Övrigt elektroniskt material*

CDT – Cambridge Display Technology. Tillgänglig via  
"[http://www.cdtltd.co.uk/about\\_us/71.asp](http://www.cdtltd.co.uk/about_us/71.asp)".

CNN Live, Greenspan Explains the Credit Crisis Tsunami, Tillgänglig via  
"<http://www.youtube.com/watch?v=UP89IMbvpRE>".

Coase, Ronald H., Prize Lecture, Lecture to the memory of Alfred Nobel, December 9, 1991, Tillgänglig via  
"[http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/coase-lecture.html)".

EU adds €105bn to crisis response, EuropeanVoice, 21 mar 2009. Tillgänglig via  
"<http://www.europeanvoice.com/article/2009/03/eu-adds-€105bn-to-crisis-response/64372.aspx>".

Kungl. Vetenskapsakademien, Press Release, 15 October 1991, The Royal Swedish Academy of Sciences has decided to award the Sveriges Riksbank (Bank of Sweden) Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel, 1991, to Professor Ronald Coase. Tillgänglig via

"[http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/economics/laureates/1991/press.html](http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1991/press.html)".

Oakes, Karen, Is Walking Away From Your House An Alternativ To Bankruptcy?, Bankruptcy Law Network, 3 februari 2008. Tillgänglig via  
"<http://www.bankruptcylawnetwork.com/2008/03/02/is-walking-away-from-your-house-an-alternative-to-bankruptcy>".

Testimony of Dr. Alan Greenspan, Committee of Government Oversight and Reform, 23 oktober 2008. Tillgänglig via  
”<http://74.125.77.132/search?q=cache:7nMY9lfgiJ0J:oversight.house.gov/documents/20081023100438.pdf+Greenspan+on+credit+crisis+transcripts&hl=sv&ct=clnk&cd=2&client=safari>”.

Times On Line Lab, Do music artists do better in a world with illegal file sharing? Tillgänglig via <http://labs.timesonline.co.uk/blog/2009/11/12/do-music-artists-do-better-in-a-world-with-illegal-file-sharing/>.

Wikipedia, Organic light-emitting diode. Tillgänglig via  
”[http://en.wikipedia.org/wiki/Organic\\_light-emitting\\_diode#\\_ref-0](http://en.wikipedia.org/wiki/Organic_light-emitting_diode#_ref-0)”.

### **Sakförteckning**

Då avhandlingen finns tillgänglig i pdf-form via internet finns ingen sakförteckning. Den digitala versionen av denna avhandling återfinns på:

[www.law.gu.se](http://www.law.gu.se)