

# En funktionell syn på rättigheter och juridisk argumentation — utifrån exemplet upphovsrättshavarens ställning i konkurs

Av doktoranden JENS ANDREASSON

*I denna uppsats diskuteras två olika modeller — en substantiell, rättighetsformalistisk kontra en funktionell, realistisk — för att hantera rättigheter i konkurssammanhang. Utgångspunkt tas i NJA 2005 s. 510 där HD behandlade frågan om upphovsrättsinnehavarens ställning i konkurs för det fall det finns licenstillverkade lagerexemplar kvar i konkursboet. I uppsatsen hävdar författaren att HD har valt att följa en substantiell, rättighetsformalistisk, argumentationslinje och att det finns anledning att belysa och ifrågasätta detta val. Inte minst i förhållande till den funktionella svenska sakrättsliga traditionen. Skulle den här typen av substantiella resonemang komma att utvecklas till norm för hur immateriella rättigheter och andra liknande intellektuella konstruktioner behandlas i konkurs, kan konsekvensen bli att juridiken alltmer kommer att framstå som ett hinder för utvecklingen av nya verksamheter, produkter, tjänster och marknader baserade på immateriella resurser.*

## 1. En inledande bakgrund

I skärningspunkten mellan sakrätt och immaterialrätt<sup>1</sup> återfinns en mängd mycket komplexa och svårlösta problem. Den kanske allra viktigaste frågan i detta sammanhang är hur vi på bästa sätt skall kunna skapa ytterligare värde med hjälp av de immateriella resurser som ständigt blir mer och mer betydelsefulla.<sup>2</sup> En aspekt av detta problem är frågan om hur vi genom att konstruera väl anpassade juridiska lösningar kan underlätta användandet av immateriella resurser som kapital.<sup>3</sup> Det handlar här dels om hur de immateriella resurserna bör

<sup>1</sup> Med sakrätt avser jag att beteckna frågeställningar som behandlar huruvida olika typer av krav åtnjuter tredjemansskydd, m.a.o. prioritet, i olika sammanhang. Med immaterialrätt avses här självfallet den juridik som fokuserar på de lagstadgade immateriella rättigheterna. Av intresse i detta sammanhang är dock även andra typer av intellektuella konstruktioner såsom olika typer av know-how, företagshemligheter m.m.

<sup>2</sup> Se t.ex. Petrusson, *Intellectual Property and Entrepreneurship*, 2004, s. 1 ff. där det beskrivs hur skapandet av välstånd och tillväxt i allt högre grad bygger på "investment in, and governance of, intellectual assets, capital and properties".

<sup>3</sup> Enligt en vanligt förekommande definition är kapital: "those goods produced by the economic system that are used as inputs to produce other goods and services in the future. Capital goods thus yield valuable productive services over time" (Case, Fair, Gärtner, Heather, *Economics*, 1999, s. 252). Viktigt att förstå är emellertid att "kapital inte är summan av de ackumulerade tillgångarna, utan den potential att få igång ny produktion som finns där" (de Soto, *Kapitalets mysterium*,

hanteras i syfte att underlätta handel med dem, dels om hur de på ett effektivt sätt skall kunna användas som säkerhet i olika transaktioner. Frågan om immateriella resurser som säkerhet är särskilt problematisk p.g.a. det inbördes beroendeförhållande mellan immateriella rättigheter och andra former av intellektuella konstruktioner som ofta föreligger i dessa sammanhang. Med tanke på detta beroendeförhållande; hur skall de immateriella resursernas värde kunna bibehållas i en konkurssituation? Ett övergripande problem är vidare frågan om hur långt det i samband med kapitaliseringsprocessen är lämpligt att gå i objektifieringen av de immateriella resurserna.

Det är ingen överdrift att säga att de ovannämnda frågornas komplexitet ställer höga krav på både förmågan och — kanske framförallt — viljan att föra nyanserade juridiska resonemang som fokuserar på intresseavvägningar, reella behov och faktiska konsekvenser. Lyckligtvis är denna typ av ändamålsinriktade resonemang inte något främmande, varken för den svenska sakrätten eller för immaterialrätten. Den svenska sakrätten är känd för att i förhållandevis hög grad vara funktionell till sin karaktär; d.v.s. för att i relativt stor utsträckning basera sina lösningar på reella överväganden och konsekvensanalyser i stället för abstrakta, föregivet stringenta juridiska slutledningar. Immaterialrätten har kanske inte lika utpräglat funktionella utgångspunkter, men den är knappast främmande för t.ex. intresseavvägningar och nyanserade ekonomiska bedömningar.<sup>4</sup> Det finns alltså goda förutsättningar för att vi i Sverige skulle kunna utveckla juridiska konstruktioner som är mycket väl anpassade till den moderna, ständigt alltmer kunskapsberoende, ekonomins behov. Av olika anledningar förbises tyvärr dessa goda förutsättningar relativt ofta. Jag har i detta sammanhang uppmärksammat HD:s senaste avgörande på det sak- och immaterialrättsliga området.<sup>5</sup>

## 2. Exemplet NJA 2005 s. 510

I NJA 2005 s. 510 konstaterade HD att en upphovsman som har ingått förlagsavtal med en förläggare har rätt till ersättning för upphovsrättsintrång i det fall förlagets konkursbo, efter det att förlagsavtalet har hävts och utan upphovsmannens medgivande, säljer lagrexemplar som har tillverkats före konkursen.<sup>6</sup>

2004, s. 54). Kapitalet har även beskrivits som ”den kraft som förhöjer arbetskraftens produktivitet och som skapar nationernas välstånd [...] det kapitalistiska systemets hjärteblod, grunden för framsteget, och det enda som världens fattiga länder inte tycks kunna producera på egen hand, oavsett hur ivrigt befolkningen ägnar sig åt alla de andra aktiviteter som utmärker en kapitalistisk ekonomi” (de Soto 2004, s. 17).

<sup>4</sup> Ett exempel är den avvägning mellan upphovsrättens omfattning och intresset av effektiv konkurrens som måste göras när det gäller upphovsrätt till brukskonst (se t.ex. Koktvedgaard, Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2004, s. 78).

<sup>5</sup> HD:s beslut i mål Ö 474-04, 2005-06-15, numera NJA 2005 s. 510.

<sup>6</sup> Att detta är en praktiskt sett mycket viktig situation bekräftas av Rosén, som menar att detta är den situation i förläggares konkurs som röner mest intresse (Rosén, Förlagsrätt, 1989, s. 523).

HD har i sin motivering till synes bortsett från den funktionella aspekten av den sakrättsliga traditionen och i stället tillämpat vad som skulle kunna kallas en rättighetsformalistisk metod baserad på substantiella föreställningar. Avgörandet kan nämligen beskrivas som att HD har stannat vid en alltför subsumtionslogisk motivering och att justitieråden med denna metod har valt en lösning som inte kan ses som särskilt självklar, ens utifrån denna lösnings egna utgångspunkter. I domen ges borgenären, d.v.s. upphovsrättshavaren, en prioriterad position genom att dennes anspråk kategoriseras som en s.k. massafordran. Även om det inte handlar om något häpnadsväckande resonemang utgör tillvägagångssättet enligt min mening en avvikelse från hur borgenärsintressen annars behandlas i den konkursrättsliga analysen. Exempelvis används inte alls samma rättighetsformalistiska logik för anspråk på äganderätt.

I anledning av domen är det därför intressant att fråga sig hur en alternativ, funktionell, motivering skulle kunna se ut och likaså varför HD har valt att inte följa den funktionella traditionen. Dessa frågor för också vidare till de för kunskapssamhället stora frågorna om hur sak- och immaterialrättsliga problem skall hanteras. I motsats till vad HD:s avgörande ger uttryck för hävdar jag att sak- och immaterialrätten är ett område där det, i allra högsta grad, finns behov av att ta ytterligare steg framåt på den funktionalistiska vägen.<sup>7</sup>

### 3. En alternativ motivering

Enligt en alternativ, funktionell, motivering — där det klart framgår att det handlar om att avgöra huruvida vissa subjekt skall prioriteras framför andra — skulle en *skapande konstnär*, kunna ges prioritet till royaltyfordringar vid försäljning av lagerexemplar i förläggarens konkurs med motiveringen att det dels finns ett ganska så omfattande normativt stöd för att en sådan upphovsmans upphovsrätt bör behandlas på ett särskilt sätt i konkurs, dels p.g.a. att en sådan upphovsman även i övrigt är ett särskilt skyddsvärt subjekt i detta sammanhang.

<sup>7</sup> Sannolikt gäller detta inte bara sak- och immaterialrätten utan även övriga sakrättsområden. Det ligger enligt min mening en hel del i den vanligt förekommande kritiken att den svenska sakrätten är osystematisk och lider av brist på förutsebarhet (Se t.ex. om bristande förutsebarhet när det gäller frågor om besittning Göranson, Traditionsprincipen, 1985, s. 453 ff.; om bristande förutsebarhet när det gäller förbehållsklausuler Persson, Förbehållsklausuler, 1998, 688 ff.; om "problem och oklarheter [...] och brist på samordning" Helander, Kreditsäkerhet i lös egendom, 1984, s. 679 ff.). Troligtvis bottnar problemen i hög utsträckning i att den funktionalistiska ansats som påbörjades i slutet av 1800-talet (se avsnitt 4 nedan) fortfarande är ofullgånge. Den svenska sakrätten utgörs i praktiken av ett osystematiskt hopkok av olika argument och lösningar som baseras på vitt skilda typer av grundläggande antaganden. För att öka förutsebarheten måste vi sannolikt välja väg. Det finns tre alternativ: (i) den subsumtionslogiska/rättighetsformalistiska, (ii) fortsatt eklekticism och, (iii), att renodla funktionalismen. Detta är en fråga som, även om det inte kommer att vara huvudtemat, kommer att behandlas vidare i min kommande avhandling.

Jag vill här påpeka att detta stycke inte avser att framställa upphovsmannens prioritet framför andra borgenärer som någonting självklart och helt okontroversiellt. Att upphovsmannen skall prioriteras är i själva verket inte alls självklart. Varför skulle egentligen upphovsmannen anses vara så mycket mer skyddsvärd än t.ex. en snickare som utfört arbete i förlagets lokaler, en långivare (kanske en förläggaren närstående privatperson som gått in och stöttat förlaget) eller en pappersleverantör? Detta är en relevant fråga som jag dock inte skall försöka att till fullo utreda här, den blir endast delvis besvarad i avsnitten 3.1 och 3.2 nedan. Syftet är inte att kritiskt granska beslutet i sig utan den metod som legat till grund för detta. Följande är alltså endast ett exempel på vad som skulle kunna läggas till grund för en mer funktionell motivering.

### *3.1 Normativt stöd för att särbehandla den skapande konstnärens upphovsrätt i konkurs*

Det finns ett antal lagrum som är av intresse för upphovsrättens ställning i konkurs. Gemensamt för dessa är att de ger uttryck för att upphovsrätten i allmänhet är resultatet av en personlig, oftast konstnärlig, skapandeprocess.<sup>8</sup> Detta personliga, konstnärliga element hos upphovsrätten har medfört att den har ansetts vara av en särskild karaktär. Det har följaktligen införts ett antal restriktioner för hur upphovsrätten får hanteras i samband med såväl transaktioner i allmänhet som i konkurs.

Inledningsvis kan konstateras att utgångspunkten vid konkurs, enligt 3 kap. 3 § konkurslagen, är att till konkursbo räknas all gäldenärens egendom som är sådan att den kan utmätas. I enlighet med 5 kap. 5 § utsökningsbalken innebär detta att egendom som är behäftad med överlåtelseförbud "som gäller mot envar" inte ingår i konkurs, sådan egendom kan nämligen inte utmätas.<sup>9</sup> Enligt 3 § och 27 § st. 1 upphovsrättslagen kan de ideella rätterna (namnangivelsesrätten och respekträtten) efterges endast i förhållande till en begränsad användning av verket. De ideella rätterna kan varken utmätas eller ingå i konkurs. Den ekonomiska förfoganderätten (enligt 2 § upphovsrättslagen, rätten till exemplarframställning och tillgängliggörande) kan däremot överlåtas utan begränsningar. Enligt 42 § upphovsrättslagen kan den ekonomiska förfoganderätten emellertid inte utmätas hos upphovsmannen själv eller hos den som förvärvat upphovs-

<sup>8</sup> Se t.ex. NJA II 1961, s. 225.

<sup>9</sup> Vad är då ett överlåtelseförbud "som gäller mot envar"? Den enda vägledning som lagtexten ger är att det kan handla om (i) egendomens beskaffenhet, (ii) villkor i gåva eller testamente eller, (iii), annan grund. Exempel på egendom som anses omfattas av utmätningförbudet är rättigheter av ett särskilt personligt slag så som rätt till ej förfallet underhållsbidrag, personliga förmåner av olika slag; t.ex. rätt till bostad och föda. Att ett överlåtelseförbud uppställt av en överlåtare inte omfattas av 5 kap. 5 § utsökningsbalken även om det är uppställt i överlåtarens intresse, anses framgå av NJA 1993 s. 468. (Se vidare Walin, Gregow, Löfmarck, Utsökningsbalken, en kommentar, 1999, s. 220 ff.)

rätten genom bodelning, arv eller testamente. Enligt motiven till upphovsrättslagen kan förfoganderätten därför inte heller dras in i konkurs i dessa sammanhang.<sup>10</sup> Sedan förfoganderätten överlåtits kan den dock ingå i konkurs, i vart fall om förvärvaren har fått överlåtarens samtycke till att vidareöverlåta rätten. Enligt 28 § 1 p. upphovsrättslagen skall nämligen ett a prioriskt överlåtelseförbud (notera att med överlåtelse i upphovsrättslagen avses även upplåtelse) tillämpas vid förvärv av upphovsrätt. Nämnas kan att även manus och sådana konstverk som inte har godkänts för offentliggörande omfattas uttryckligen av 42 § upphovsrättslagen. Likaså att enligt 5 kap. 9 § utsökningsbalken, möjligheten att mäta ut rätt till ersättning för utnyttjande av en upphovsrätt, som inte kan utmätas, uppkommer först när utnyttjandet har skett på så vis att ersättningen kan beräknas. För en tid fanns det också en speciell jämningsregel i upphovsrättslagen som skulle bidra till att motverka oskäligen avtal. Numera har denna jämningsregel ersatts av 36 § avtalslagen.<sup>11</sup>

Upphovsrätten är alltså omgärdad av förhållandevis långtgående restriktioner som ger uttryck för att den är särskilt skyddsvärd. Denna skyddsvärdhet verkar i första hand vara grundad i respekten för den skapande konstnärens speciella band till sitt verk.

### *3.2 Upphovsmannen som skyddsvärt subjekt*

Historiskt sett har förlagen oftast varit den starkare parten i ett förlagsavtal. Upphovsmännen har troligtvis i många fall varit tvungna att acceptera de villkor som har erbjudits dem. Fortfarande är sannolikt de flesta upphovsmän i underläge gentemot förlagen. Upphovsmän kan också sägas ha särskilt svårt att i ett senare skede av avtalsrelationen påverka sina villkor. I jämförelse med en producent i ett återförsäljaravtal har upphovsmannen t.ex. inte kontroll över produktionen. En upphovsman som upplåter sin rätt till ett förlag skulle med detta resonemang kunna anses ha samma behov av skydd för sina ersättningskrav som t.ex. en anställd har för sina lönekrav.<sup>12</sup> Även upphovsmannens särskilda ideella intresse i utgivningen av verket, d.v.s. det speciella känslomässiga band som ofta kan antas föreligga, talar också mot att konkursboet utan vidare bör ges rätt att disponera över verket.<sup>13</sup>

<sup>10</sup> NJA II 1961 s. 276.

<sup>11</sup> Se vidare Rosén 1989, s. 122.

<sup>12</sup> Notera att arbetstagares krav på ersättning för löneanspråk, även om de omfattas av förmånsrätt enligt förmånsrättslagen, i praktiken inte prioriteras direkt på bekostnad av andra borgenärer. Arbetstagares lönefordringar hanteras i stället i första hand via den statliga lönegarantin.

<sup>13</sup> Rosén uttrycker det som att: "Förläggarens åtagande att utge det av auktorerna överlämnade verket, att med viss ensamrätt presentera dennes tankar och föreställningar för publiken, kräver även ett ansenligt mått av förtroende och lojalitet mellan kontrahenterna." (Rosén 1989, s. 83.)

### *3.3 Positiva effekter av den alternativa motiveringen*

En motivering av detta slag skulle ha flera fördelar. Beslutet skulle bli betydligt mer väl anpassat till situationen i fråga genom att de reella grunderna för beslutet tydligt skulle framkomma. Det skulle även bli betydligt enklare att fastställa beslutets avsedda räckvidd. Avgörandet skulle därmed inte riskera att generera oönskade konsekvenser på områden där det egentligen inte var avsett att få effekt.

Om det är hänsyn till upphovsmannens utsatta position som ligger bakom HD:s beslut hade det alltså varit önskvärt att HD uttryckligen hade förklarat att så var fallet. Därmed hade det blivit tydliggjort att den typ av prioritet som upphovsmannen gavs enligt HD:s beslut sannolikt inte var avsedd att tillämpas även på andra fall av immaterialrättsinnehavares krav i konkurs. De negativa konsekvenser som HD:s beslut kan tänkas komma att ge upphov till skulle därmed ha kunnat begränsas. Med den begreppslogiska motivering som HD har valt ligger det nämligen nära till hands också för övriga upphovsrättslicensgivare, patentlicensgivare, varumärkeslicensgivare o.s.v. att hävda motsvarande företräde.

Varför är då detta ett problem? En utgångspunkt är som sagt att det i en ständigt mer komplex och svårhanterlig ekonomi inte är lämpligt att laborera med substantiella rättigheter, i synnerhet inte i konkurssituationer. De prioriteringar som görs i konkurssituationen, där en mängd olika subjekt konkurrerar om att få sina krav tillgodosedda, kan vidare antas få direkta återverkningar på de prioriteringar som görs på kapitalmarknaden i ett tidigare skede. Investerare skulle t.ex. kunna antas bli mindre benägna att investera i licensintensiva företag, och kreditgivare skulle kunna antas bli mer motvilliga att bevilja kredit, när det står klart att licensgivarnas krav kommer att ges prioritet i en eventuell konkurs. Eftersom denna prioritet trots allt är begränsad till royaltyskrav för osålda lagervaror får HD:s beslut antagligen varken en omedelbar eller en överväldigande effekt. Men HD:s beslut kan komma att utgöra ytterligare en faktor som försvårar kapitalanskaffningen för en grupp licensberoende företag som sannolikt kommer att ha stor betydelse för Sveriges framtida välstånd. Med tanke på detta, d.v.s. hur viktigt det är att beslut av detta slag inte fattas utan att konsekvenser och reella behov m.m. har vägts in, så kan man konstatera att det vore önskvärt att HD i framtiden undviker den i och för sig enkla men rättighetsformalistiska lösningsmodellen och i stället tar sig an de mycket komplicerade avvägningar som det i realiteten är fråga om i konkurssituationen. Det finns inte bara goda skäl för en sådan ambition utan också en tradition att bygga på.

## **4. En teori till stöd för en funktionell lösning**

I inledningen beskrevs den svenska sakrätten som en till stora delar funktionell sakrätt. Det funktionella elementet vilar i hög utsträckning på att vi använder oss av s.k. funktionella begrepp.

#### 4.1 Funktionella rättighetsbegrepp

Vad menas med funktionella rättighetsbegrepp? För att underlätta förståelsen är det lämpligt att börja med att beskriva det funktionella begreppets motsats, nämligen det substantiella rättighetsbegreppet. Ett substantiellt begrepp fungerar som en självständig, och kanske också självklar, utgångspunkt i den juridiska problemlösningen.<sup>14</sup> Från det substantiella begreppet deduceras lösningar på en mängd olika problem. För att ta ett exempel: Vid en substantiell behandling av äganderättsbegreppet skulle frågor som riskens övergång,<sup>15</sup> köparens skydd gentemot säljarens borgenärer, säljarens skydd mot köparens borgenärer samt dessa båda parter respektive skydd gentemot olika konkurrerande tredje män kunna behandlas gemensamt med utgångspunkt i äganderätten och dess övergång. Utgångspunkten skulle alltså vara en enhetslösning och eventuella avsteg från denna utgångspunkt skulle behöva särskilt motiveras. Med en substantiell utgångspunkt blir det alltså svårare att motivera lösningar där de skilda situationerna behandlas på olika sätt. Problemet med den substantiella utgångspunkten är att affärlivets komplexitet kräver att ständiga undantag från huvudregeln görs. Resultatet blir annars att vi får lösningar som är både ineffektiva och orimliga.

Beroende på när äganderätten anses gå över får vi olika problem. Varianterna är många, men de har det gemensamt att de lider av brist på hänsynstagande till reella behov. Ett exempel är frågan om återtagandeförbehållets konsekvenser.<sup>16</sup> Frågan berör dels köparens (B:s) förhållande till säljarens (A:s) borgenärer och dels B:s eventuella successorers (S') förhållande till A; d.v.s. måste eventuella S respektera A:s återtagandeförbehåll. Från en substantiell utgångspunkt finns det ett nödvändigt samband mellan dessa frågor. I det fall förbehållet medför att äganderätten inte övergått från A till B kommer S vara tvungna att respektera förbehållet, men samtidigt kommer B inte att ha uppnått skydd gentemot A:s borgenärer. I ett genuint substantiellt system kommer A dessutom fortfarande att stå risken för varan, trots att denna befinner sig under B:s kontroll. Med en funktionell

<sup>14</sup> Se vidare om substantiella begrepp t.ex. Ross, *Ejendomsret og ejendomsovergang*, 1935, s. 11ff., där Ross tar upp och avfärdar den substantiella synen på äganderätten. Se även Adlercreutz, *Avtalet och fordringen särskilt vid varaktiga avtal*, i *Nordisk Gjenklang Festschrift till Arnholm*, 1969, s. 293. Adlercreutz talar där om det länge förhärskande tänkesätt som "gav fordringen en nästan substantiell karaktär som något självständigt och primärt". Även Brækhus/Hærem behandlar substantiella uppfattningar i *Norsk Tingsret*, 1964, s. 377. Om (den nödvändiga) användningen av begrepp i allmänhet inom den juridiska argumentationen, samt om behovet av att hålla i minnet att de inte i sig "medför färdiga lösningar så fort vissa förhållanden konstaterats passa in på ett begrepp", se Andersson, *Skyddsändamål och adekvans*, 1993, s. 186.

<sup>15</sup> Riskens övergång är en aspekt som är knuten till äganderättens övergång i t.ex. italiensk rätt (se Ziegler, Ronøe, Debattista och Plégat-Kerrault, *Transfer of Ownership in International Trade*, 1999, s. 205).

<sup>16</sup> Se Ross 1935, s. 34.

utgångspunkt däremot, har de olika relationerna inte något annat samband än att det av pedagogisk-systematiska skäl är lämpligt att behandla dem i ett sammanhang. Det finns inget som hindrar att B uppnår borgenärsskydd samtidigt som S måste respektera A:s förbehåll. Det skulle t.o.m. kunna förhålla sig så att enbart vissa S skulle anses behöva respektera förbehållet, medan andra S lämpligen bör ges en möjlighet att i vissa situationer utsläcka A:s anspråk.<sup>17</sup> Ytterligare ett exempel, där utgångspunkten är att äganderätten övergår i samband med betalning, är det enkla fallet att en köpare betalar á conto. Med en substantiell utgångspunkt skulle köparen som utgångspunkt stå risken för varan trots att denna befinner sig under säljarens kontroll. Köparen skulle också vara skyddad gentemot eventuella senare konkurrerande förvärvare, i det fall säljaren skulle få för sig att vidta en dubbelöverlåtelse. I detta fall är den substantiella utgångspunkten problematisk främst av anledningen att frågan om vem som bör stå risken för en såld vara och frågan om vem av två konkurrerande köpare som bör prioriteras är två helt olika problem, som också bör avgöras utifrån helt olika överväganden. Vem som får stå risken bör avgöras av överväganden som exempelvis vem av parterna, köparen eller säljaren, som har störst möjlighet att genom olika åtgärder motverka att varan skadas.<sup>18</sup> Vem av två konkurrerande köpare som skall prioriteras bör avgöras bl.a. av huruvida det i vissa fall är lämpligt, med hänsyn t.ex. till omsättningens intresse och till intresset att motverka värdeförstöring, att prioritera en senare köpare.

Det kan alltså konstateras att enhetslösningar är problematiska. Detta är också den förhärskande uppfattningen i Sverige och i de övriga nordiska länderna. Till och med när det gäller ett så laddat begrepp som äganderätten råder det alltså en närmast total enighet om att den funktionella utgångspunkten är den mest lämpliga.<sup>19</sup> Kärnan i

<sup>17</sup> Det är också på detta sätt som återtagandeförbehållet behandlas numera. Säljaren kan vid köparens konkurs separera varan som sålts med förbehåll. Samtidigt anses köparen kunna uppnå borgenärsskydd oberoende av detta; t.ex. genom att uppfylla traditionsprincipens krav. Vidare kan egendom belastad med återtagandeförbehåll mätas ut med förbehåll för säljarens rätt, enligt 5 kap. 5 § utsökningsbalken. I det fall avbetalningsköparen säljer godset innan betalningen är fullgjord, så har köparen möjlighet att göra ett godtrosförvärv.

<sup>18</sup> Se t.ex. Ramberg, medv. Herre, Köplagen, 1995, s. 212 ff. där det också beskrivs hur man genom att knyta riskens övergång till avlämnandet istället för äganderättens övergång åstadkom en betydligt mer rationell metod och 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.

<sup>19</sup> Om detta, samt för en kortfattad beskrivning av den funktionella modellens historiska framväxt, se Andreasson i SvJT 2005, s. 524–527. Utöver de hänvisningar som görs i nämnda SvJT-artikel se även Brækhus/Hærem 1964, s. 374 ff.; Tuula, Gåldenärens avtal, 2003, s. 45 ff.; Persson 1998, s. 107 ff.

Att sakrättsfunktionalismen slog igenom är alltså helt klart. Frågan om *varför* detta skedde har emellertid, mig veterligen, inte berörts i någon större omfattning. Här kan bara kortfattat nämnas att sakrättsfunktionalismen för sitt genom-

denna funktionella utgångspunkt skulle jag vilja beteckna som en insikt om att affärslivets komplexitet medför att en substantiell utgångspunkt genererar en mängd ohållbara lösningar och att en enhetslösning därför inte är reellt genomförbar i praktiken. I den mån äganderättsbegreppet upprätthålls i den praktiska juridiska problemlösningen kommer det enbart att handla om en läpparnas bekännelse, en fiktion. I realiteten kommer den påstådda enhetslösningen att vara så belastad med undantag och specialregleringar att dess enda funktion blir att då och då leda tanken fel.

Efter denna genomgång av sakrättsfunktionalismens innebörd är det dags att belysa HD:s beslut mer noggrant.

#### *4.2 HD:s beslut i närmare funktionell belysning*

Avgörandet innebär som sagt att innehavaren av en upphovsrätt, genom att säga upp förlagsavtalet, blir prioriterad i förlagets konkurs. Konkursboet kan efter hävningen inte sälja lagerexemplar som tillverkats före konkursen utan att med massaansvar bli ersättningsskyldigt för upphovsrättsintrång. HD har alltså beslutat att upphovsrätten är verksam även i konkurssituationen och att försäljningen av lagerexemplar därmed utgör upphovsrättsintrång. Detta resonemang skulle som sagt kunna beskrivas som ett utflöde av en substantiell rättighetsuppfattning. Upphovsrätten ses som en självständig entitet vilken automatiskt får verkan i konkursen. HD:s metod skulle också kunna betecknas som rättighetsformalistisk. Detta sätt att behandla upphovsrätten utgör enligt min mening en avvikelse jämfört med hur

brott i Sverige sannolikt allierade sig med tre av det tidiga 1900-talets mest inflytelserika intellektuella strömningar; allmänvetenskapliga, rättsvetenskapliga och politiska. Den funktionalistiska kritiken gentemot det metafysisk-substantiella tänkandet formulerades ofta som att det äldre tänkandet var ovetenskapligt. Detta angreppssätt är präglad av tidens positivistiska strömningar som betonade att vetenskaplig verksamhet endast kan grundas på empiri, d.v.s. realiteter. Ytterligare en faktor som troligtvis bidrog till genomslaget i Sverige är att funktionalismen fann en allierad i den tidiga rättsrealismen som fick ett omfattande inflytande under större delen av 1900-talet. Slutligen passade den sakrättsliga funktionalismen också väl in i den av tron på social ingenjörskonst färgade framväxande folkhemsideologin. I likhet med de politiska ingenjörernas uppbyggnad av det goda samhället skulle de juridiska ingenjörerna bygga den goda juridiken. Och då dög det inte att sitta fast i de gamla begreppen. Kopplingen till rättsrealismen och socialdemokratien, som båda måste kategoriseras som, i vart fall inledningsvis, politiskt radikala strömningar skulle kunna leda till missuppfattningen att funktionalismen i sig innefattar något politiskt radikalt element. Så är inte fallet, i vart fall inte vad gäller den horisontella aspekten av äganderättsfunktionalismen, d.v.s. äganderätsfrågor där det allmänna inte är part. Att äganderätten vad gäller den juridiska konfliktlösningen bör brytas ner i sina beståndsdelar och att dessa olika delar sedan behandlas utifrån sina speciella förutsättningar är i vart fall inte en uppfattning som har en självklar hemvist på ena eller andra sidan av en traditionell höger-vänster skala. Detta framkommer tydligt av att de faktorer som verkade för funktionalismens genomslag i Sverige utgör något av en paradox i förhållande till den miljö där funktionalismen först växte fram. Köpenhamns universitet var vid tiden för de första funktionella idéerna knappast präglad av någon politisk radikalitet. Tvärtom var det, politiskt sett, en mycket konservativ miljö där, enligt uppgift från Björne, det enda "tillåtna" öppna politiska inslaget i de juridiska skrifterna var kritik mot socialismen (se Björne 2002, s. 19).

andra rättigheter behandlas i konkurs. I en konkurs bör nämligen inte enbart förekomsten av en rättighet motivera ett visst utfall. Vilka borgenärer som skall tillgodoses bör i stället avgöras av, som Håstad uttrycker det i samband med att han diskuterar äganderättens betydelse i konkurs, ”mer allsidiga överväganden”.<sup>20</sup> Att en förbehållssäljare prioriteras motiveras till exempel med att återtagandeförbehållet är en form av säkerhet som behövs på marknaden. Det har särskilt framhållits att återtagandeförbehåll ger köpare som inte har någon annan säkerhet att erbjuda än den sålda varan möjlighet att handla på kredit.<sup>21</sup> Det anses inte ens vara relevant att fråga vem som är ägare till den sålda varan. Frågan om äganderätt karakteriseras som en enbart terminologisk fråga.<sup>22</sup> Äganderätten i sig är alltså inte avgörande för den juridiska lösningen på frågan om vem som skall prioriteras i konkursen. Samma typ av ”mer allsidiga överväganden” ligger, åtminstone delvis, till grund för uppfattningen att upplåtare skall prioriteras i konkurs och därmed ges rätt att separera det upplåtna. De argument som förts fram för att motivera upplåtarens separationsrätt är framför allt uppfattningen att anförtrodda/uthyrda saker har alltför vag anknytning till gäldenärens förmögenhetsmassa för att dras in i dennas konkursbo, samt att en utebliven separationsrätt för upplåtaren skulle motverka uppkomsten av en marknad för uthyrning.<sup>23</sup> Ytterligare prioriteringar ges i förmånsrättslagen där den prioriterade positionen alltså är ett resultat av överväganden inom ramen för lagstiftningsprocessen. De nyligen införda ändringarna i förmånsrättslagen, som bland annat medförde att den gamla företagshypotekslagen ersattes med en ny lag om företagsinteckning med sämre förmånsrätt, motiverades till exempel med att reformen skulle underlätta för företag i kris att genomföra företagsrekonstruktion i stället för att gå i konkurs.<sup>24</sup> Den mer övergripande rationaliteten bakom förmånsrätterna överhuvudtaget är annars antagandet att förmånsrätterna stimulerar kreditgivningen, särskilt långvariga krediter, samt att förmånsrätterna även antas medföra att dessa krediter blir billigare. Förmånsrätt har också motiverats med att hänsynen till vissa särskilt skyddsvärda borgenärer kräver det. Anställdas förmånsrätt till lön bygger på hänsynstaganden av detta slag.<sup>25</sup> Förmånsrätten för revisorer däremot bygger knappast på att dessa skulle vara en svag grupp gentemot vilka särskild hänsyn bör tas, utan på att det är nödvändigt att även rörelseidkare med svag ekonomi skall kunna få sina räkenskaper granskade.

<sup>20</sup> Håstad 1999, s. 182.

<sup>21</sup> Se Håstad 1999, s. 182 med hänvisning till NJA 1915 II, s. 297 f.

<sup>22</sup> Håstad 1999, s. 184.

<sup>23</sup> Håstad 1999, s. 145–146. Att jag menar att det endast är delvis som upplåtarens separationsrätt grundas på ”mer allsidiga överväganden” beror på att det onekligen förefaller ligga en hel del av traditionellt äganderättstänkande bakom upplåtarens prioriterade ställning.

<sup>24</sup> Se prop. 2002/03:49, s. 1.

<sup>25</sup> Även om anställdas lönekrav i huvudsak som sagt tillgodoses genom den statliga lönegarantin.

Förmånsrätten för fordringar som uppkommer i samband med företagsrekonstruktion bygger på att gäldenären annars skulle bli tvungen att betala allt i förskott vilket skulle försvåra rekonstruktionen. Slutligen förs det ibland fram att alla borgenärer tjänar på förmånsrätterna i och med att de möjliggör för gäldenärer att få kredit även om de är insolventa.<sup>26</sup>

Alla dessa exempel på prioriterade krav gentemot konkursgäldenären har det gemensamt att de motiveras med olika praktiska hänsyn, samt att värderande moment i bedömningen till stor del öppet redovisas: Handpanten, till exempel, ger inte förmånsrätt eftersom den *är* en panträttighet utan eftersom den uppfattas som ett värdeskapande kreditinstrument. Arbetstagare ges förmånsrätt till lönefordringar eftersom de anses vara en grupp som är särskilt skyddsvärd.

Men upphovsrätten då? Varför ger den innehavaren prioritet? Jo, enligt HD:s skäl för att den *är* en upphovsrätt. En *rättighet*. En sådan motivering håller av här anförda skäl inte. Det går inte att bygga en effektiv, väl fungerande, till kunskapsekonomin anpassad kreditmarknad om prioritet ges till vissa subjekt baserat enbart på föreställningar om a priori rättigheter. Prioriteringarna är val, och val för med sig konsekvenser. Prioriteringarna är även uttryck för värderingar. Värderingar som med den metod HD använt sig av döljs bakom en slöja av föregiven logisk följdriktighet.<sup>27</sup>

Det är alltså uppenbart att HD:s beslut inte är av funktionell karaktär utan i stället anknyter mer till ett substantiellt synsätt. Man kan fråga sig varför beslutet har fått denna karaktär? Det viktiga är emellertid inte hur HD faktiskt resonerade utan vilka argument som kan motivera, och kan tänkas ha legat till grund för, ett substantiellt angreppssätt. Viktigt är också att överväga i vilken mån dessa skäl är hållbara. Bakom ligger den grundläggande frågan varför de goda förutsättningar, som gör att vi Sverige har särskilt lätt att motivera funktionella lösningar, kan förbises.<sup>28</sup>

## 5. Ett försök att förklara rättighetsformalismen

Följande fyra faktorer kan i särskilt hög grad antas bidra till ett sådant här besluts subsumtionslogiska och rättighetsformalistiska karaktär: (i) Diskussionen i doktrinen, (ii) en viss uppfattning om innebörden av tidigare praxis, (iii) en strävan efter att skydda en svagare part och, (iv), en viss uppfattning om förutsebarhet.

<sup>26</sup> Se prop. 2002/03:49, s. 63.

<sup>27</sup> Riskerna med den här typen av metod, där värderingarna antingen tillämpas omedvetet eller döljs, har t.ex. beskrivits av Håkan Andersson: "Risken med det dolda tillvägagångssättet är att värderingsfrågorna inte blir tillräckligt analyserade, och att rättskulturen på så sätt blir eftersatt. Det kan då framstå som om slutledningen följer logiskt på vissa fakta istället för att vara just ett värderingsomdöme". (Andersson, 1993, s. 199–200.)

<sup>28</sup> Se ovan 1.

### 5.1 *Diskussionen i doktrinen*

En faktor som kan anföras för en mer rättighetsformalistisk lösningsmodell är den diskussion som har förts i doktrinen om upphovsrätts-havarens ställning när konkursboet säljer lagerexemplar som tillver-kats i enlighet med ett licensavtal mellan upphovsrättsinnehavaren och konkursgäldenären.

I doktrinen finns ett antal olika meningar representerade. En me-ning är exempelvis att konkursboets försäljning av lagerexemplar bör ge upphovsrättsinnehavarna massafordran oavsett om avtalet sagts upp eller ej. Detta dels med hänvisning till att den väsentliga grun-den för fordringen måste anses ha uppkommit efter konkursens ut-brott.<sup>29</sup> Dels grundat på vad som närmast kan uppfattas som skälighet-söverväganden.<sup>30</sup> Ytterligare en åsikt är att upphovsmännen bör få massafordran i den mån de hade haft möjlighet att säga upp förlags-avtalet.<sup>31</sup> Ännu en ståndpunkt som har förts fram är att det är den fak-tiska hävningen som är det centrala momentet. Endast i det fall för-lagsavtalet rent faktiskt har hävts av upphovsrättsinnehavaren har denne enligt detta synsätt rätt till massafordran. Efter hävningen an-ses nämligen rättighetsinnehavaren kunna utöva sin ensamrätt och påtala intrång. I detta sammanhang görs också jämförelser med den separationsrätt som upplåtare av materiell egendom åtnjuter.<sup>32</sup> Slutli-gen, som avslutande exempel, så har det också förts fram att det ibland torde vara orimligt att ”rigoröst upprätthålla principen, att boet inte får utöva upphovsrättigheter efter förlagsavtalets i och för sig berättigade upphävande. I fråga om exemplar som är under fram-ställning vid konkursen eller eljest lagerhållna men outgivna exem-plar kanske hävningen borde ha effekt mot boet blott såvida boets ut-nyttjande av just sådana exemplar skulle innebära en högst flagrant avvikelse från det som överlåtelseförbudet i 28 § URL påbjuder”.<sup>33</sup>

Resonemanget att fordringen måste anses ha uppkommit efter konkursens utbrott är problematiskt eftersom frågan om när fordringen skall anses ha uppkommit naturligtvis inte är en fråga som det finns ett rätt svar på.<sup>34</sup> I praktiken är det en lämplighetsfråga vem av alla de subjekt som har krav gentemot konkursboet som skall priorite-ras. Det är därför mycket möjligt att det bakom fokuseringen på fordringens uppkomst egentligen ligger en önskan att av billighetsskäl prioritera rättighetsinnehavarna.

<sup>29</sup> Se Hessler, *Allmän Sakrätt*, 1974, s. 508.

<sup>30</sup> Se Rosén 1989, s. 518.

<sup>31</sup> Se Lindskog, *Kvittning*, 1984, s. 190; Möller, *Konkurs och kontrakt*, 1989, s. 623. I anknytning till NJA 1961 s. 241 (se vidare nedan 5.2) menar Lindskog att upphovsrättshavarna i det fallet inte hade uppsägningsrätt och därför inte var berättigade till massafordran. Möller menar dock att hävningsrätt förelåg och att upphovsrättsinnehavarna egentligen borde ha fått massafordran.

<sup>32</sup> Håstad 1996, s. 422; Rosén 1989, s. 518.

<sup>33</sup> Rosén 1989, s. 523–524. Rosén kompletterar dock detta resonemang med att upphovsmannen trots allt nog bör ges massafordran även i detta fall.

<sup>34</sup> Se t.ex. Adlercreutz 1969, s. 293ff.

Den lösning som fokuserar på den faktiska hävningens betydelse och jämförelsen med upplåtarens ställning bygger på samma typ av rättighetsformalism som HD tillämpar i sitt beslut. Logiken är som sagt att förlagsavtalet ger förlaget rätt att utnyttja upphovsrätten och när avtalet har upphört, och rätten till utnyttjande således inte längre föreligger, kan rättighetsinnehavaren påtala intrång gentemot den forna avtalsmotparten om denna förfogar över exemplar som omfattas av upphovsrätten. Det är märkligt eftersom man i doktrinen samtidigt förespråkar ett helt annat sätt att hantera frågor om prioritet i konkurs. Medvetenheten om att det i fall som detta i själva verket handlar om komplexa intresseavvägningar och att prioritet i konkurs bör avgöras utifrån ”mer allsidiga avvägningar” (än enbart en enkel hänvisning till att det finns en rättighet med i bilden), förefaller i andra sammanhang, som när det handlar om äganderätt, vara ganska stor.<sup>35</sup>

Problemet med resonemangen som fokuserar på hävningsrätten som avgörande för massafordringens uppkomst är för det första att det i grunden handlar om vilket (eller vilka) subjekt som skall ges prioritet i konkursen. I realiteten är det fråga om huruvida upphovsmännen eller någon annan konkurrerande borgenär skall ges rätt till ersättning ur boets begränsade medel. Att vissa borgenärer får utdelning på grund av att boet anses ha inträtt med massaansvar medan andra får utdelning på grund av att de har en säkerhet med förmånsrätt är egentligen ointressant. Borgenärerna konkurrerar i båda fallen om utdelning från samma begränsade egendomsmassa.<sup>36</sup> För det andra är det problematiskt att de normativa ställningstaganden som resonemangen bygger på, framställs som generella principer som sägs omfatta inte bara författarpartens ställning i förlagets konkurs, utan även övriga upphovsrättslicensgivares ställning, samt licensiering av patenträtt.<sup>37</sup> Risken är att de särskilda intressen och omständigheter som kan föreligga i de olika situationerna inte beaktas i tillräckligt hög utsträckning.

En sammanfattande slutsats är att det allra mest slående med den diskussion som förts är att de rättsvetare som i andra sammanhang är fullt medvetna om de substantiella enhetslösningarnas tillkortakommanden av någon anledning faller in i ett till synes ofreflekterat rättighetstänkande när det gäller upphovsrätt. Utmärkande för argumentationen är också att det i stor utsträckning kan detekteras en underliggande vilja att, antagligen utifrån en uppfattning om vad som är skäligt, tillgodose upphovsmännens intresse genom att ge dessa massafordran.

<sup>35</sup> Jfr ovan vid not 19.

<sup>36</sup> Se Rodhe, Handbok i sakrätt, 1986, s. 353–354, samt s. 378 f.

<sup>37</sup> Möller 1989, s. 624.

### 5.2 *Tidigare praxis*

Ytterligare en faktor som skulle kunna anföras för den rättighetsformalistiska lösningen är uppfattningen att detta angreppssätt är det mest överensstämmande med tidigare praxis.

Det är emellertid fullt möjligt, kanske till och med allra mest närliggande, att uppfatta domskälen i NJA 1966 s. 241, det tidigare avgörandet på området, som hänvisande till att den här typen av frågor skall avgöras efter allsidiga överväganden. I NJA 1966 s. 241 konstaterade HD

[a]tt konkursen inte medfört någon ändring i avtalsförhållandena mellan rättighetsinnehavarna och konkursgäldenären; särskilda lagbestämmelser finns inte om den rätt författarparten har i förläggarens konkurs, och inte heller framgår det av grunderna för lagstiftningen om upphovsrätt att den bör behandlas annorlunda än vad som i allmänhet gäller om fordringar grundade på avtal.

Vidare konstaterade HD att

[k]onkursboet inte begått upphovsrättsintrång genom att sälja lagerexemplaren i fråga, eftersom försäljningen omfattades av den rätt till spridning som genom förlagsavtalen överlåtits till förlaget. Samt att rättighetsinnehavarnas fordringar måste anses ha uppkommit genom förlagsavtalet.

HD:s inledande anmärkning om att avtalsförhållandena inte har förändrats i och med konkursen kan, så som Möller har påpekat,<sup>38</sup> ses som ett svar på konkursboets påstående att alla avtalsförpliktelser förfaller i och med konkursens inträde. HD:s andra uttalande ger snarast uttryck för raka motsatsen till rättighetsformalism. HD verkar uppfatta problemet som i huvudsak en fråga om huruvida det är lämpligt att prioritera upphovsmannen. Uppenbarligen kunde HD inte finna några särskilda skäl som talade för en sådan prioritering. Slutligen poängterar HD att konkursboet inte begått något intrång eftersom försäljningen av exemplaren omfattas av det avtal som rättighetsinnehavarna tidigare ingick med konkursgäldenären. Viktigt att notera här är att detta uttalande faktiskt inte innehåller en markering av att det i den här typen av situationer är uppsägningen av avtalet som avgör upphovsmannens ställning i konkursen. Tvärtom så kan uttalandet mycket väl ses som ett konstaterande av att konkursboet inte självt producerat exemplar i strid med upphovsrätten, eller förfogat över varor som konkursgäldenären tidigare producerat i strid med upphovsrätt.

### 5.3 *Skydd för svagare part*

Som påpekats ovan är uppfattningen att rättighetsinnehavaren bör prioriteras av sociala skäl en faktor som kan ligga bakom beslutet. Det

<sup>38</sup> Möller 1989, s. 622.

ta värderande moment döljs då bakom den rättighetsformalistiska logiken.<sup>39</sup>

#### 5.4 Ett förutsebart beslut

Begränsat till frågan om upphovsrättens, och kanske även övriga immateriella rättigheters, ställning i konkurs borgar onekligen HD:s beslut för en hög grad av förutsebarhet. Betoningen av hävnings betydelse och upphovsrättens effekt gör det enkelt att avgöra huruvida rättighetsinnehavaren skall prioriteras. Det rättighetsformalistiska tänkandet ger oss nämligen svaret på vad gällande rätt är utan att vi behöver bry oss om konsekvenser och reella behov.<sup>40</sup>

I det rättighetsformalistiska tillvägagångssättet ligger sannolikt också ett mer grundläggande antagande om att den upplevda strama logiken medför att rättstillämparens egna värderingar och preferenser effektivt utesluts från att påverka avgörandet.

Den beskrivna synen på förutsebarhet kan dock kritiseras. Både utifrån den särskilda kontexten i just detta fall och utifrån ett allmänt resonemang om vad det egentligen är som skapar förutsebarhet.

Sett i ett större sak- och konkursrättsligt sammanhang utgör HD:s beslut en anomali, som tydligt avviker från den, i huvudsak funktionella, behandling som tillämpas för övriga rättigheter och krav. HD:s beslut kan därför, rent faktiskt, inte, trots att det i stort överensstämmer med den tidigare diskussion som har förts i doktrinen, sägas ha varit särskilt förutsebart. Vi har i stället fått ”koherens” i snäv mening. Med snäv mening avser jag att peka på att det upplevda ökade inre sammanhanget och den därmed föreställda ökade förutsebarheten som sagt knappast föreligger när synfältet vidgas.<sup>41</sup> Inte heller kan doktrinen behandling av frågan om författarens rätt till ersättning för royaltyskrav anses ha bidragit till att förutsebarheten ökat: Räcker det med att konstatera att fordringen uppkommer efter det att konkursen har inträtt och att författaren därmed får en prioriterad massafordran? Eller krävs det att hävningsrätt har förelegat? Eller är inte heller detta nog, utan det krävs att en hävning faktiskt har gjorts? ”Tiotusen kronorsfrågan” är självfallet varför det är just dessa frågor som har diskuterats i doktrinen. Varför har den funktionella aspekten helt förbisetts av dem som i andra motsvarande sammanhang anser att det i konkurssammanhang inte är meningsfullt att fråga sig vem som är rättighetsinnehavare? Det är enligt min mening uppenbart att förutsebarheten i det här fallet inte har gynnats av att de reella övervägandena har fått stå tillbaka för ett rättighetsformalistiskt tänkande.

Det rättighetsformalistiska tillvägagångssättet medför som sagt också att rättstillämparen riskerar att falla i fällan att underlåta att reflek-

<sup>39</sup> Se under avsnitt 3 ovan.

<sup>40</sup> I vart fall behöver vi inte visa att vi gör det.

<sup>41</sup> Se ovan 4.2.

tera över de faktiska konsekvenser som ett visst beslut kan komma att medföra. Detta för oss över till den mer grundläggande frågan om huruvida det inte faktiskt är så att det överlag skulle gynna förutsebarheten om juridiska resonemang i högre grad fördes utifrån vilka intressen som gör sig gällande i den aktuella kontexten och vilka syften de ifrågavarande juridiska konstruktionerna bör uppfylla.<sup>42</sup> Om diskussionen inriktades på att klargöra dessa frågor, i stället för att fokusera på vad som är gällande rätt enligt en rättighetsformalistisk logik skulle mycket vara vunnet. Vi skulle då kunna få juridiska lösningar präglade av en strävan efter att i så hög grad som möjligt öppet redovisa de värderingar, praktiska överväganden och tolkningar av traditionella rättskällor etc. som ligger till grund för det aktuella avgörandet. En sådan ökad transparens skulle förutom att leda till en högre grad av reell förutsebarhet sannolikt även resultera i mer funktionella lösningar.

## 6. En avslutande kommentar

Vad jag hävdar i denna artikel är att den rättighetsformalistiska metoden är synnerligen ofruktbar i sakrättsliga sammanhang. Detta tillvägagångssätt tenderar att leda till juridiska lösningar som alltmer avlägsnar sig från de reella behov som juridiken bör tillgodose. Saken blir inte bättre av att det bakom formalismen mycket väl kan dölja sig värderande moment, oavsett om dessa grundas på sociala eller andra skälighetsanknutna överväganden. När de värderande momenten döljs bakom en slöja av rättighetsformalistisk logik riskerar nämligen avgörandet att fungera som en juridisk blindgångare: Allt förefaller vara lugnt, domstolen känner sig väl till mods, rättsvetarna är nöjda — den skyddsvärda partens (d.v.s. upphovsmannens) intresse är tillgodosett — men plötsligt ”exploderar” avgörandet och börjar generera effekter som man aldrig räknat med. I detta fall kan det vara så att beslutet kommer att utgöra en faktor som inverkar negativt på licensintensiva företags möjligheter att attrahera kapital.

Det är alltså tydligt att den rättighetsformalistiska metoden inte är anpassad till de krav som kan ställas på den moderna juridiken. Med tanke på att den fråga som HD:s beslut behandlar är relativt okomplicerad och av förhållandevis liten betydelse i jämförelse med de sak- och immaterialrättsliga frågor som i framtiden kommer att behöva avgöras, är det uppenbart att det föreligger ett behov av en förnyad (sagrättslig) rättighetsdiskussion. Denna gång inriktad på de immateriella rättigheterna.

<sup>42</sup> För en beskrivning av en topisk metod, d.v.s. en metod som ”förutsättningslöst söker problembaserade argument vilka kan bygga upp rättsliga resonemang utan att vara bunden av ett axiomatiskt deduktivt tänkande”, se Andersson, Topisk retorik inom juridiken, 1994.