

CHRISTINA WAINIKKA

Immateriella tillgångars värde

CHRISTINA WAINIKKA, Jur. dr., Lektor Södertörns högskola,
christina.wainikka@sh.se

1. INLEDNING

En av de tongivande debattörerna kring det revolutionerande med IT vid tiden för millennieskiftet, Nicolas Negroponte, hade i sin bok *Being Digital* ett talande exempel kring värdet av immateriella tillgångar. Han berättade om när han besökt ett företag i USA och var tvungen, av försäkringsskäl, att uppge värdet på den dator han hade med sig. Han uppgav att datorn var värd 2-3 miljoner dollar. Damen han sa det till protesterade högljutt och menade att den möjligen var värd 2-3 tusen dollar.

Hans svar var då: ”Du räknar på atomer, jag räknar på bits.”¹

Det är ett väldigt talande exempel för hur vi värderar olika saker. Även om det är allt vanligare att tala om värdet av immaterialrättigheter uttrycker vi ofta värdet av exempelvis en dator utifrån vad de atomer den är sammansatt av är värda i den kontexten. Värdet av de artiklar, bokmanus, avtalsutkast med mera som kan finnas på datorn lägger vi inte alls in i ekvationen.

Det har gått ganska många år sedan Negroponte gav detta exempel. IT har blivit än mer en del av vår vardag än vad ens visionärerna kunde föreställa sig då. När det gäller värderingen av immateriella tillgångar står vi dock kvar på samma ställe som då. Det gör att det än mer än då finns en stor diskrepans mellan det som tillmäts ett värde och det värde som blir synligt.

I en mängd olika sammanhang lyfts numera betydelsen av de icke-materiella tillgångarna. OECD har i flera olika sammanhang gjort arbeten kring betydelsen av det som de kallar för kunskaps-

¹ Negroponte, *Being Digital* (1995), s 12.

baserade tillgångar.² Utgångspunkten för deras arbete har varit att det är de kunskapsbaserade tillgångarna som kommer få allt större betydelse för länders konkurrenskraft.

I Sverige antogs en nationell innovationsstrategi under 2012 där frågor om immaterialrätt lyftes. Den nuvarande regeringen har i samma anda skapat ett samlat grepp kring immaterialrättigheter i ett strategiskt arbete som engagerar flera departement.

Om det nu finns en tämligen stor enighet om betydelsen av dessa immateriella tillgångar hade det kunnat vara en fördel om det fanns säkra sätt att värdera dem. När det gäller fysiska tillgångar finns visserligen också olika sätt att värdera, såsom försäkringsvärde, återanskaffningsvärde mm. Dessa skillnader är dock än större när det gäller immateriella tillgångar. I denna artikel kommer jag lyfta sätt att värdera immateriella tillgångar i några olika situationer. Det som är gemensamt för dessa situationer är att värderingen av tillgångarna är regelstyrd. Det som skiljer dem är resultatet av värderingen.

2. BOKFÖRING

Verksamhetens tillgångar blir föremål för värdering i den bokföring som måste ske. Styrande för redovisning är International Financial Reporting Standards (IFRS) som regleras av International Accounting Standards Board. Reglerna är principstyrda men ändå tydligt uppstyrda kring vad som bedöms ha värden och hur dessa värden ska betraktas. Det gör att ett sätt att betrakta immateriella tillgångars värde är i bokföringsreglerna.

I grunden råder en försiktighetsprincip som innebär en form av skydd mot att värden blåses upp. Det finns dock förstås en grundläggande skillnad mellan det som är bokförda värden och det som är faktiska värden i ett företag. När det gäller immateriella tillgångar blir denna skillnad extra tydlig.

Ett första väldigt tydligt exempel handlar om posten ”goodwill”. I den posten finns en koppling till varumärkesrättigheter och i viss mån också företagshemligheter. Varumärken är ofta den immate-

² Under ett par år arrangerade de även ”Global Forum of the Knowledge Economy”.

rialrättighet som ligger till grund för kommunikation till marknaden. Företagens goodwill är därmed ofta nära sammankopplad med dess varumärken. Bakom uppbyggnaden av värden ligger ofta kommersiell och administrativ information som företaget skyddar som företagshemligheter.

I och med att det är en tydlig post i bokföringen finns en risk att det bedöms som att denna post speglar någon form av objektiv bedömning av företagets faktiska goodwill. Så är dock inte fallet, vilket alla som arbetar med redovisning känner till.

Problemet med goodwill är att det är något som är otroligt svår-gripbart. Det är något som ligger i betraktarens öga och är ett värde som snabbt kan både stiga och sjunka. Företag som agerar fel i en viss situation, exempelvis i en av medierna granskad incident, kan drabbas av mycket stora goodwillskador. Vissa företag kan helt behöva lägga om sin verksamhet när de blir indragna i olika typer av affärer.³

Om goodwill finns redovisat som tillgång finns en strävan efter att det ska vara värden som objektivt existerar. Det sätt som bokföringsmässigt blir att betrakta som ett definierat värde är vid företagsförvärv, där så kallad inkrämngoodwill uppstår. Definitionen räknas fram, där goodwillvärdet anses utgöras av skillnaden mellan värdet av identifierade tillgångar och det värde som bolaget faktiskt säljs för, se årsredovisningslagen (SFS 1995:1554) 4:2.

I sig är detta inte orimligt. Det är något som det förvärvande bolag är beredd att betala för, vilket gör att det finns något som har ett visst, definierbart, värde.

I praktiken kan detta dock leda till att jämförelser mellan olika bolag blir svåra att göra. Ett bolag som främst vuxit organiskt, såsom exempelvis Spendrups, ser ut att ha väldigt lite goodwill. Ett bolag som vuxit mycket genom förvärv, såsom exempelvis Carlsbergs, ser ut att ha mycket goodwill. För en utomstående betraktare blir konsekvensen att redovisningen, som ju ska spegla bolaget, inte alls skildrar de immateriella värden som finns.

³ Ett exempel på detta är Arthur Andersen efter Enronskandalen 2002.

Det finns enligt årsredovisningslagen möjligheter att få fram värdet av andra immateriella tillgångar, se 4:2. Regeln lyder:

”Utgifter för koncessioner, patent, licenser, varumärken, hyresrätter och liknande rättigheter och tillgångar som är av betydande värde för rörelsen under kommande år får tas upp som immateriella anläggningstillgångar”

Denna skrivning kompletteras med en skrivning om vad som gäller kring företagets eget utvecklingsarbete:

”Första stycket gäller även utgifter för företagets eget utvecklingsarbete. För aktiebolag och ekonomiska föreningar gäller detta dock endast under förutsättning att motsvarande belopp överförs från fritt eget kapital till en fond för utvecklingsutgifter”

Det här handlar alltså om de värden i immateriella tillgångar som inryms i gjorda investeringar i FoU. Sådana investeringar kan bli att betrakta som tillgångar i verksamheten, under ovan nämnda förutsättningar. Kopplingen till immateriella tillgångar är att det finns en förväntan om att dessa investeringar ska leda till sådant som kan patenteras och/eller skyddas som goodwill.

På ett motsvarande sätt kan investeringar i IT-system bokföras som tillgång i verksamheten. När sådana investeringar görs kan detta leda till att upphovsrättsligt skyddade verk skapas, såsom datorprogram. I vissa fall kan även mönsterrättigheter också skapas utifrån investeringar i IT-system. Det gäller exempelvis skärmbildslayout och ikoner.

För samtliga tillgångar som bygger på investeringar gjorda i sådant som kan utmyнна i immateriella rättigheter gäller att det är en ytterst osäker värdering som kan göras. Det man med säkerhet kan veta är att investeringen är gjord. Vad den kan komma att betyda för företaget är osäker, vilket senare kan leda till nedskrivningar.

En fråga som också ägnas väl lite utrymme är det faktum att avtal krävs för att det verkligen blir företaget som gjort investeringen som blir ägare till själva rättigheten. Låt säga att det är fråga om att investeringen gjorts med, helt eller delvis, externa konsulter. Då gäller vare sig lagen om arbetstagares uppfinningar (SFS 1949:345) eller 40 a § upphovsrättslagen (SFS 1960:729). Enligt båda dessa lagar har arbets-

givaren stora möjligheter att anses som ägare till det som skapats. När det gäller externa konsulter, såsom uppdragstagare, måste rätten till det skapade hanteras i avtalen och det med tydliga skrivningar.

De som granskar redovisningen och de möjliga värden som faktiskt finns dolda i dessa siffror behöver alltså egentligen granska avtalen.

När det gäller att betrakta sådant som skapats som en tillgång i verksamheten behöver också en analys göras av vilka typer av investeringar som kan föras in som tillgång. Det är tydligt definierat vilka investeringar det rör sig om. Det är exempelvis inte säkert att investeringar som görs i konceptutveckling av tjänster, vid sidan av det som täcks av FoU och IT-investeringar, omfattas. I praktiken gör det att företag som arbetar med utveckling av sådana tjänster riskerar att bli undervärderade i relation till andra bolag. En viktig del av investeringarna för att skapa företag såsom Spotify kan handla om att investera i juridisk rådgivning för att kunna bygga nödvändiga träd av avtal för att kunna tillgängliggöra andras verk.

Tjänsteföretag förekommer av en mängd olika slag. En del av dessa företag bygger på att kommersialisera tjänsten via de immateriella tillgångarna.⁴ De immateriella tillgångar som kan finnas i sådana bolag är varumärkesrättigheter, vilka ofta blir motorn i själva affären. Till detta kommer ofta manualer av olika slag, som ofta skyddas såväl av upphovsrätten som av skyddet för företagshemligheter. I praktiken handlar det alltså om företag där stora värden är investerade i sådant som leder till immateriella tillgångar, men där väldigt lite av detta syns direkt i redovisningen.

En aspekt att väga in är att hur vi kan se de immateriella tillgångarna i ett företags redovisning beror till stora delar på när i företagets liv vi gör analysen. Görs analysen tidigt i företagets liv är det väldig skillnad på om företaget investerat i tjänstutveckling, FoU eller fastigheter. I senare skeden, exempelvis efter gjorda förvärv, kan skillnaderna ha blivit mindre. Om inte annat kan det också bakvägen sägas att värdet av de immateriella tillgångarna syns i posten ackumulerad vinst.

⁴ Se Wainikka, Att skydda innovationer, s. 29.

3. I AVTAL – HANDEL

Ett tillfälle när värdet av immateriella rättigheter synliggörs är i samband med andel av rättigheter. I Danmark väckte ett förvärv av upphovsrättigheter för ett par år sedan stor uppmärksamhet. Det var företaget Pandora som förvärvade rätten till så kallade trollkolor (ett slags pärlor). För detta betalade Pandora 190 miljoner danska kronor.⁵ Summan väckte viss förvåning i media, men efter en inledande debatt konstaterades ändå att affären var rimlig. Bakgrunden var också en segdragen rättstvist om rätten till pärlorna så bedömningen av marknaden var att det ändå var värt pengarna för att säkerställa att Pandora skulle ha rättigheterna till pärlorna.

Ett annat sätt att hitta värde för immateriella tillgångar är hela den näringslivsgren som arbetar med franchising. Värdet i det som franchisetagarna betalar för är till den allra största delen immateriella tillgångar. Kärnan utgörs ofta av ett eller flera varumärken, såsom McDonald's med tillhörande varumärken som BigMac. Till detta kommer manualer kring tjänstens utförande, licens att använda viss programvara och så vidare.

Franchising i Sverige sysselsätter 144.000 personer hos drygt 24.000 franchisetagare. Tillsammans omsätter dessa nära 277 miljarder kronor.⁶ Detta är en betydande del av det svenska näringslivet och det franchisegivarens affär bygger på är att franchisetagarna är beredda att betala, i vissa fall stora, summor för de immateriella rättigheterna.

Vid handel av rättigheter av detta slag blir värdet av rättigheten synliggjord genom vad åtminstone någon är beredd att betala för rättigheten som sådan. Värdet ligger således helt i värdet som betalas. Osäkerheten i värderingen består av att det kanske inte är fler som skulle vara beredda att betala samma summa, vilket gör att värdet kanske inte är en objektiv sanning.

⁵ Pandora køber rettighederne til Troldekugler, RetailNews 18 mars 2013.

⁶ Uppgifter från Svenska Franchiseförbundet.

4. I AVTAL – VID FÖRETAGSFÖRVARV

De senaste åren har ett par mycket uppmärksammade företagsförvärv genomförts, där föremålen för förvärven varit ganska unga svenska företag. 2015 köpte den amerikanska speljätten Activision Blizzard det svenskgrundade KING för 5,9 miljarder dollar. Microsoft köpte 2014 spelbolaget Mojang AB för 2,5 miljarder dollar. Värdet i dessa bolag bygger inte på materiella tillgångar som fastigheter eller maskiner. Värdet ligger främst i upphovsrättigheter och varumärkesrättigheter.

Vid den här typen av företagsförvärv blir värdet synligt genom att förvärvaren är beredd att betala stora summor för att genom detta komma över olika immaterialrättigheter. Skälet för förvärvet är i sig ofta att det finns en förväntan om att rättigheterna kommer kunna generera intäkter under en lång tidsperiod.

5. SKADESTÅNDSBERÄKNING

I samband med intrång i immaterialrättigheter yrkas ofta på skadestånd. Vid skadeståndsberäkningen i sådana rättsprocesser måste en beräkning göras av skadan, vilket i sig ofta då är kopplat till en bedömning av värdet på själva rättigheten.

I de immaterialrättsliga lagarna har skrivningarna om skadestånd såsom exempelvis i 54 § upphovsrättslagen:

”Den som i strid mot denna lag eller mot föreskrift enligt 41 § andra stycket utnyttjar ett verk ska betala skäligen ersättning för utnyttjandet till upphovsmannen eller hans eller hennes rättsinnehavare.

Sker det uppsåtligt eller av oaktsamhet, ska ersättning även betalas för den ytterligare skada som intrånget eller överträdelsen har medfört. När ersättningens storlek bestäms ska hänsyn särskilt tas till

- 1. utebliven vinst,*
- 2. vinst som den som har begått intrånget eller överträdelsen har gjort,*
- 3. skada på verkets anseende,*
- 4. ideell skada, och*

5. *upphovsmannens eller rättsinnehavarens intresse av att intrång inte begås. Andra stycket gäller även den som annars uppsåtligen eller av oaktsamhet vidtar en åtgärd, som innebär intrång eller överträdelse enligt 53 §.*"

Utgångspunkten är alltså att det ska betalas en "skälig ersättning". Ett sätt att beskriva vad detta innebär är att den som gör intrång ska betala lika mycket som denne skulle betalat om denne frågat först. Tanken är alltså att ingen ska kunna räkna med att gå med vinst på att göra ett intrång.

I praktiken blir det ofta upp till domstolarna att göra någon form av skönmässig bedömning av värdet utifrån 35:5 rättegångsbalken (SFS 1942:740). Denna skrivning gör det möjligt för domstolen att bestämma en summa utan att hitta ett exakt värde på uppkommen skada.

I en hel del mål om upphovsrättsintrång har skadeståndsnivåerna fått stor uppmärksamhet. I målet mot personerna bakom Designer's Revolt yrkade målsägandena på ett sammanlagt skadestånd om drygt 62 miljoner. Patent- och marknadsöverdomstolen menade dock att det fanns vissa brister i målsägandenas utredning om värdet av skadorna och dömde därför bara ut skadestånd om cirka 1,5 miljoner kronor.⁷ Detta var lägre än vad underinstanserna dömt ut.

I målet mot personerna bakom fildelningssajten The Pirate Bay fick frågan om skadestånd nästan mer uppmärksamhet i media än den straffrättsliga frågan. I hovrätten dömdes de inblandade att solidariskt betala ett skadestånd om 46 miljoner kronor, vilket var högre än skadeståndsnivån i tingsrätten.⁸ I detta mål ansåg hovrätten att målsägandena visat värdet av skadan, medan tingsrätten inte tyckte att utredningen om värdet räckte till ett så högt skadestånd.

En person som drivit flera skadeståndsmål för upphovsrättsintrång mot svenska medier är Kent Ekeroth från Sverigedemokraterna. I samband med den så kallade järnrörsskandalen publicerade flera medier bilder och i vissa fall även en film som Kent Ekeroth har upphovsrätten till. Han valde att driva ärenden mot medierna.

⁷ PMÖD:s dom den 25 januari 2018 i mål B 9635-16.

⁸ Det bör noteras att skrivningen i upphovsrättslagen vid denna tidpunkt var en annan än den ovan citerade.

Skadeståndsnivåerna för intrången landade på olika belopp: 3.100 kronor dömdes Göteborgs-Posten att betala, 4.200 Dagens Media samt 18.000 för Svenska Dagbladet.

Det går att säga att nyttjandena som skett inte är exakt samma, men skillnaderna i skadeståndet visar ändå på hur svårt värdet av upphovsrättigheter är att visa i denna typ av skadeståndsmål.

Ett område där skadeståndsberäkningen varit särskilt problematisk är skyddet för företagshemligheter, se lag (1990:409). Skyddet för företagshemligheter har tydliga skrivningar om skadeståndet och skadeståndssanktionen är ofta central vid angrepp på företagshemligheter.

Problemet vid bedömningen av hur skadestånd har beräknats är att mål om angrepp på företagshemligheter har kommit att behandlas i såväl högsta domstolen som i arbetsdomstolen. Dessa båda högsta instanser har kommit att betrakta skadeståndsberäkningen på olika sätt.

I arbetsdomstolens domar, såsom i AD 1998 nr 80, har domstolen gjort en skadeståndsberäkning som ligger arbetsrättens allmänna skadestånd nära. I högsta domstolen, såsom i NJA 1998 s. 633, görs inte samma typ av beräkning utan den hamnar närmare en ren tillämpning av 35:5 rättegångsbalken.

För den som blir utsatt för angrepp på företagshemligheter eller intrång i en immaterialrättighet kan frågan om skadeståndets storlek vara avgörande för viljan att processa. Den osäkerhet som idag finns kring värderingen av skadan kan få långtgående konsekvenser för genomdrivandet av immateriella rättigheter.

6. ARV

Immateriella rättigheter, såsom upphovsrättigheter, ärvs när rättighetsinnehavaren avlider. I samband med arvsskiften ska dödsboets tillgångar värderas för att sen kunna skiftas. I praktiken värderas rättigheten inte som ett faktiskt värde, även om dessa värden skulle kunna vara betydande. Det gör att om upphovsmannen skulle testamentera all upphovsrätt kan inte det värdet räknas in i de arvsrättsli-

ga reglerna om laglott. Detta har uppmärksammats bland annat när det gäller Cornelis Vreeswijk, vars rättigheter ligger hos en stiftelse.

Den som äger upphovsrätten kan också via testamente, enligt 41 § st 2 upphovsrättslagen, ge direktiv för hur verken får användas. För arvingarna kan sådana instruktioner påverka ett potentiellt värde av rättigheten som de fått i arv.

7. SLUTSATSER

I denna artikel har jag velat visa en palett av olika sätt att värdera immateriella tillgångar. Det är inte en fullständig genomgång eftersom exempelvis inte frågan om värdering i konkurs har behandlats. Artikeln ger dock en fingervisning om hur dåligt rättsordningen är på att hantera värdet av sådant som inte är fysiska föremål. I en tid när de kunskapsbaserade tillgångarna bedöms bli allt viktigare måste värdet av dessa kunna fastställas på mer objektiva grunder som kan användas i flera olika situationer.