

Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Affärsjuridik och Innovationsrätt II, 30 HP

Juridiska Institutionen

# Lokalisera rätt

KLIENT-PM OCH RÄTTSLIG UTREDNING AVSEENDE NIDA  
TECH SWEDEN AB OCH TECHNID SWEDEN AB

*OLIWER MARTENS & ARTA EKMAN*



UNIVERSITY OF GOTHENBURG  
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

# Innehållsförteckning

<b>INNEHÅLLSFÖRTECKNING</b> .....	<b>1</b>
<b>EXECUTIVE SUMMARY</b> .....	<b>2</b>
<b>PM 1 - PATENTTVISTEN KRING WITTRA-TEKNOLOGIN</b> .....	<b>3</b>
<b>PM 2 - ANGÅENDE KREDITSÄKERHET</b> .....	<b>5</b>
<b>PM 3 - ANGÅENDE ÅTERVINNINGSKRAVET</b> .....	<b>8</b>
<b>PM 4 - SKADESTÅNDSANSPRÅK MED ANLEDNING AV DET FELAKTIGA VITESFÖRBUDET ...</b>	<b>10</b>
<b>BILAGA A - RÄTTSLIG UTREDNING</b> .....	<b>12</b>
1.1 SAKRÄTTSLIGT SKYDD OCH ÄGANDERÄTTSFÖRBEHÅLL VID ÖVERLÅTELSE AV IMMATERIELLA RÄTTIGHETER I KONKURS.....	12
1.2 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR PANTSÄTTNING AV PATENT OCH VARUMÄRKEN SAMT FÖRETAGSHYPOTEKETS STÄLLNING VID IP-TUNGA BOLAG UTAN INTÄKTER. ....	14
1.3 KONKURSFÖRVALTARENS BREDA VERKTYGSLÅDA, TECHNIDS FÖRSVARSLINJE OCH DE AVGÖRANDE PROCESSRISKERNA .....	21
1.4 STRIKT SKADESTÅNDSANSVAR, BEVISLÄTTNAD VID UTEBLIVEN VINST OCH AKTIEBOLAGSRÄTTSLIGA HINDER FÖR DISPOSITION AV PROCESSVINST.....	23
<b>BILAGA B - REFLEKTION ÖVER AFFÄRSADVOKATENS ROLL</b> .....	<b>26</b>
<b>KÄLLFÖRTECKNING</b> .....	<b>30</b>

# Executive summary

**Till:** Styrelserna för Nida Tech Sweden AB och TechNid Sweden AB

**Från:** Arta Ekman & Oliwer Martens

Denna promemoria adresserar fyra sammanlänkade juridiska och affärsstrategiska utmaningar för bolagsgruppen. Rådgivningen syftar till att hantera akuta legala hot, minimera personligt ansvarsutkrävande för styrelseledamöterna samt säkra de immateriella kärnvärdena. Vår analys visar att de fyra scenarierna inte kan hanteras isolerat, utan i högsta grad fungerar som strategiskt kommunicerande kärnl.

De fyra utmaningarna och deras korsrisker När det gäller patenttvisten (Scenario 1) skapar uppfinnarens krav på återtagande av ett kärnpatent en osäkerhet kring äganderätten. Denna tvist sänker portföljens belåningsvärde avsevärt, skapar en risk för inlåsnings effekter vid en eventuell tvångslicens och komplicerar framtida kreditförhandlingar. Samtidigt fungerar tvisten paradoxalt nog som ett starkt argument mot konkursförvaltarens återvinningskrav (Scenario 3), eftersom den belyser att den överlåtna IP-portföljen vid överlåtelse tidpunkten var belastad med betydande risker, vilket motiverar den låga köpeskillingen.

Vad gäller den omedelbara kreditsäkerheten (Scenario 2) saknar bolaget intäkter, och dess redovisade tillgångar utgörs i huvudsak av balanserade FoU-utgifter (K3) som saknar exekutivt värde. Att i detta skede ta in en bank som borgenär kräver full transparens kring patenttvisten och mjukvarulicenserna för att undvika personligt skadeståndsansvar, och ökar därtill påtagligt risken för att bolagets historiska transaktioner attackeras av en stark och professionell borgenär.

Det största hotet mot TechNids fortsatta existens är konkursförvaltarens stundande återvinningskrav (Scenario 3). Att bolagen har identiska ägare utlöser en bevisbördeomkastning och en förlängd treårig återvinningsfrist. Tillsammans med konkurslagens stränga gåvoregel (4 kap. 6 § KonkL) innebär detta i praktiken en mycket tung bevisbörda för TechNid. Trots att ert materiella försvar rörande marknadsvärdet är starkt i sak, bedömer vi att processriskerna i en domstol är alltför höga.

Avseende skadeståndprocessen (Scenario 4) gör vi bedömningen att rätten till skadestånd för det felaktiga vitesförbudet är stark i sak på grund av ett strikt skadeståndsansvar. Då konkursboet aldrig inträdde i intrångsprocessen tillhör denna fordran konkursbolaget (Nida Tech), inte konkursboet. Ni behöver därmed inte förvärva fordran från förvaltaren, utan processen kan drivas av Nida Techs styrelse. Bevisningen av den uteblivna vinsten kommer dock att kräva noggrann hantering, givet att bolaget saknar en historisk försäljningsvolym att bygga en kalkyl på.

Det bör dock understrykas att denna bedömning är preliminär och bygger på den information som presenterats för oss. Frågan om fordrans formella ägande är processuellt känslig: det finns ett tolkningsutrymme kring huruvida konkursboets passivitet i intrångsprocessen utgör

en abandonering av enbart den processen, eller om den även encompassar det nu uppkomna skadeståndsanspråket som en fristående tillgång. Skulle en domstol bedöma det sistnämnda alternativet som det korrekta, tillfaller fordran boet och TechNid måste förvärva den från förvaltaren. Innan ni vidtar några åtgärder måste vi granska samtlig domstolskorrespondens och konkurshandlingar för att reducera denna processrisk från okänd till känd.

## Vår rekommenderade prioriteringsordning

För att navigera denna komplexitet rekommenderar vi en tydligt sekventiell handlingsplan:

- Ekonomisk förlikning om IP-portföljen (Scenario 3): Det primära agerandet är att omedelbart inleda förlikningsförhandlingar med konkursförvaltaren. Vi rekommenderar att ni använder den starka materiella bevisningen kring IP-portföljens värdering som hävstång i förhandlingarna, i syfte att nå en snabb och begränsad ekonomisk förlikning (tilläggsköpeskilling) där förvaltaren slutgiltigt stänger återvinningskravet.
- Hantera personligt ansvar: Ett lika urakut agerande är att hantera den personliga ansvarsrisken. Nida Techs styrelseledamöter riskerar personligt betalningsansvar på grund av att bolagets egna kapital var negativt. Denna risk är fristående från förvaltarens agerande och kräver omedelbar individuell rådgivning.
- Neutralisera patenttvisten (Scenario 1): Parallellt med dessa åtgärder ska vi inhämta det ursprungliga avtalet och därefter utnyttja er starka rättsliga position för att inleda en dialog med uppfinnaren. Målet är att nå en renodlad kommersiell licensuppgörelse som slutligt åtgärdar äganderättsosäkerheten och säkrar IP-portföljens framtida belånings- och överlåtbarhet.
- Ändra finansieringsstrategi (Scenario 2): Slutligen bör bolaget ändra sin finansieringsstrategi. Vi avråder skarpt från försök till bankkredit i detta skede. Verksamheten bör framgent uteslutande finansieras via ägartillskott eller konvertibler för att säkerställa handlingsfrihet och undvika legala risker i relation till nya borgenärer.

Nedan följer de detaljerade promemoriorna (PM 1–4) samt en djuplodande rättslig utredning (Bilaga A). Varje PM är utformat för att kunna läsas fristående, medan Bilaga A tillhandahåller den rättsliga underbyggnaden för de bedömningar som görs.

## PM 1 - Patenttvisten kring Wittra-teknologin

**Till:** Nida Tech Swedens styrelse

### **Rekommendation**

Vi bedömer preliminärt att er äganderätt till kärnpatentet är stark, men vi avråder från att låta situationen eskalera till en rättsprocess. Styrelsen bör i stället ge oss mandat att omedelbart begära in det fullständiga överlåtelseavtalet och därefter sondera möjligheterna till en kommersiell licensuppgörelse med uppfinnaren.

### **Situationen i korthet**

Uppfinnaren hävdar att patentet avseende positioneringsverifikation tillhör honom. Han sålde patentet till Verifiq AB men fick aldrig betalt. I överlåtelseavtalet förbehöll han sig rätten att häva om betalning uteblev. Verifiq gick sedermera i konkurs och konkursförvaltaren sålde patentet vidare till er. Uppfinnaren hävde avtalet först därefter, det vill säga efter konkursen och hävdar nu att patentet aldrig var konkursboets att sälja.

### **Varför vi bedömer att ni har rätt**

Kärnan i vår bedömning är att uppfinnarens klausul inte var ett äganderättsförbehåll utan en avtalad rätt att häva köpet vid utebliven betalning. Skillnaden är avgörande. En hävningsrätt innebär att Verifiq är ägare av patentet fram tills att uppfinnaren potentiellt häver. Har uppfinnaren inte hävt innan konkursen är Verifiq i sakrättslig mening fortsatt ägare, och konkursboet har därmed rätt att sälja patentet vidare. Högsta domstolen har slagit fast att en hävning som sker före konkurs ger sakrättsligt skyddad återgång, vilket motsatsvis innebär att en hävning efter konkursen sannolikt inte gör det. Uppfinnaren hävde för sent. Patentet tillhörde Verifiqs konkursbo vid försäljningen till er och ert förvärv bedöms därmed vara giltigt. Vi måste dock understryka att denna bedömning bygger på den muntliga information som har presenterats för oss. En definitiv juridisk slutsats förutsätter att vi först granskar en vidimerad kopia av det fullständiga överlåtelseavtalet. Den fullständiga analysen återfinns i Bilaga A, avsnitt 1.1.

### **Uppfinnarens förväntade motargument**

Uppfinnaren kommer att argumentera att hans klausul, oavsett formulering, i praktiken fungerade som ett äganderättsförbehåll och att äganderätten aldrig lämnade honom. Han har viss rättspraxis att luta sig mot, men vi bedömer att den inte bär i detta sammanhang. Vi utvecklar detta fullständigt i Bilaga A.

### **Er fallback: Fortsatt nyttjanderätt (och dess baksida)**

Även om en domstol mot förmodan ger uppfinnaren rätt, skyddas ni av 9 kap. 5 § patentlagen, som ger en godtroende förvärvare rätt att fortsätta använda teknologin mot skäligen ersättning. Ni kände inte till uppfinnarens anspråk vid köpet. Detta innebär dock inte äganderätt till

patentet, utan en permanent nyttjanderätt med royaltykostnad som måste beaktas i framtida affärsplaner (ofta 3–8 % av omsättningen alternativt en engångssumma). Denna rättighet för dock med sig en allvarlig strategisk begränsning (inlåsnings effekt). Enligt patentlagen är en sådan nyttjanderätt personlig och får endast överlåtas vidare till en tredje part om hela er rörelse säljs samtidigt. Rättigheten kan alltså inte säljas separat eller fritt licensieras ut.

Om ni förlorar patentet, er ekonomiska begränsning Eftersom ni köpte patentet från konkursboet och inte från Verifiq som bolag, har ert krav på återbetalning av köpeskillingen status som massafordran. Det innebär att ni får betalt före alla andra borgenärer i Verifiqs konkurs. Er ekonomiska exponering är därmed begränsad.

Korsrisk och rekommenderat nästa steg Patenttvisten sänker portföljens belåningsvärde och måste redovisas öppet vid kreditförhandlingar (se PM 2). Samtidigt stärker den paradoxalt nog ert försvar i återvinningsfrågan (PM 3) – den bevisar att IP-portföljen var en riskbelastad tillgång vid överlåtelse tidpunkten, vilket motiverar den låga köpeskillingen. Givet de kommersiella störningsmomenten och risken för inlåsnings effekter, avråder vi från en domstolsprocess. Vi rekommenderar att styrelsen omedelbart ger oss mandat att begära in det fullständiga avtalet, med målsättningen att därefter förhandla fram en kommersiell licensuppgörelse. Ett sådant avtal ”renar” er IP-portfölj och säkrar er handlingsfrihet inför framtida investeringsrundor.

## PM 2 - Angående kreditsäkerhet

**Till:** Nida Tech Swedens finanschef och styrelse angående kreditsäkerhet

### **Rekommendation**

Vi avråder från att söka en ny, traditionell bankkredit med bolagets nuvarande tillgångar som säkerhet. Tillgångarna är rättsligt komplexa och belastas av tvister som gör dem svårbelånade. Bolagets kapitalbehov bör i första hand täckas via riktad nyemission (till överpris), aktieägartillskott eller konvertibla skuldebrev.

Om styrelsen ändå vill utforska lånespåret är era handlingsalternativ följande:

- Utred möjligheten att utöka kreditutrymmet hos befintlig bank inom ramen för nuvarande företagsinteckning.
- Genomför en oberoende IP-värdering av fria patent för att utröna om dessa kan utgöra ensam säkerhet.

*Varning:* Vi avråder starkt från personlig proprieborgen för nya lån. Detta exponerar era privata tillgångar omedelbart vid en betalningsinställelse.

### **Balansräkningen som säkerhetsunderlag**

Bolagets bokförda immateriella tillgångar (7,8 MSEK) utgörs i huvudsak av balanserade FoU-utgifter (6,2 MSEK). Eftersom avskrivningar inte påbörjats reflekterar detta enbart historiska kostnader, inte exekutivt marknadsvärde.

En djupare analys av säkerhetsmassan bör dock inte stanna vid enskilda rättigheters formella status, utan måste beakta hur de immateriella resurserna samspelar i värdeskapandet. Nida Techs affärsmodell bygger på en teknologisk plattform vars värde är integrerat: kärnpatentet möjliggör differentiering mot konkurrenter, mjukvaruplattformen transformerar patentet till en säljbar produkt, och det organisatoriska kunnandet (know-how) hos nyckelpersonerna är det som gör plattformen driftssäker och vidare skalbar. Dessa resurser är var för sig svårbedömda och svårrealiserade – men det avgörande problemet ur ett creditsäkerhetsperspektiv är att de saknar självständigt exekutivt värde separerade från varandra. En panthavare som enbart förvärvar patentet utan mjukvaran innehar en rättighet utan produkt. En panthavare som enbart förvärvar mjukvaran utan patentet saknar den rättsliga skyddsvaluta som motiverar marknadsvärdet. Att separata säkerheter ställs i enskilda rättigheter, vilket är vad ett specifikt patentpant eller en escrow-konstruktion innebär underskattar därför systematiskt realisationsrisken. Bolagets verkliga säkerhetsmassa är summan av ett fungerande och integrerat system, inte av dess juridiskt atomiserade delar.

### **Tillgängliga säkerheter och risken med sekundärpantställning**

Bolaget har redan en registrerad företagsinteckning om 4 MSEK. Om skulden till kreditinstitutet uppgår till 2,5 MSEK kan det finnas ett outnyttjat utrymme om 1,5 MSEK. Finanschefen bör omedelbart utreda om detta överhypotek är ledigt och om den befintliga banken är villig att utöka lånet inom den befintliga inteckningen. Att ta in en ny bank bakom den befintliga är i praktiken mycket vanskligt, dels ger andrahandspant ett mycket svagt skydd, dels innehåller kommersiella kreditavtal regelmässigt villkor som förbjuder sekundärpantställning utan befintlig banks samtycke.

Specifik pantsättning av enskilda patent hos PRV är tekniskt möjligt för de patent vars äganderätt inte är tvistig. Bolaget innehar två godkända patent utöver det tvistiga kärnpatentet, samt två patentansökningar. Huruvida dessa har tillräckligt kommersiellt värde för att ensamma bära en kredit om 2 MSEK kräver en oberoende IP-värdering som vi rekommenderar att styrelsen låter genomföra innan förhandlingar inleds.

### **Mjukvaruplattformen: Affärsmässig osäkerhet trots starkt juridiskt läge**

Er plattform är funktionellt beroende av Strikersofts baskod, vars licensavtal innehåller ett överlåtelseförbud.

*Er juridiska position:* Rättsligt är er position stark. Enligt Högsta domstolens praxis saknar överlåtelseförbud som regel verkan mot tredje man. Risken för att Strikersoft framgångsrikt skulle kräva skadestånd vid en realisation av säkerheten är ytterst begränsad, de har redan fått fullt betalt och baskoden är en standardkomponent.

Bankens position: Trots ert starka juridiska läge kräver banker odiskutabel och friktionsfri realiserbarhet. Banker är typiskt sett obenägna att lämna kredit mot en säkerhet som riskerar att leda till en upphovsrättslig tvist. Nästa steg: Inför eventuella bankförhandlingar bör ni antingen inhämta Strikersofts samtycke till överlåtelse av licensen, eller strukturera säkerheten via en s.k. escrow-konstruktion (källdeponering) kombinerat med en villkorad upphovsrättslig överlåtelseförklaring.

### **Patenttvisten: Prekontraktuell upplysningsplikt och personligt ansvar**

Äganderätten till ert kärnpatent är tvistig (se PM 1). Även om er rättsliga position är god i sak, sänker tvisten patentets belåningsvärde markant.

Om ni inleder kreditförhandlingar måste denna tvist redovisas öppet för banken. Att underlåta detta, i hopp om att tvisten snart ska lösas, utgör ett svikligt förledande mot banken. Ett sådant medvetet risktagande öppnar för att ni i styrelsen ådrar er ett personligt och solidariskt skadeståndsansvar (enligt 29 kap. 1 § aktiebolagslagen).

### **Strategisk korsrisk: En ny bankborgenär hotar framtida omstruktureringar**

Det finns en övergripande strategisk risk med att ta in en ny bankkredit om 2 MSEK i Nida Tech i dagsläget. Om bolagets kris fördjupas (exempelvis till följd av det pågående vitesförbudet) och bolaget i framtiden skulle hamna på obestånd, innebär banklånet att Nida Techs konkursbo får en ny, professionell borgenär med egna jurister och resurser.

Närvaron av en sådan bankborgenär i Nida Tech minskar drastiskt ert strategiska handlingsutrymme vid en kris. Om ni i ett obeståndsläge skulle tvingas överlåta IP-portföljen till ett annat bolag (för att exempelvis rädda teknologin från att skingras), kommer en

bankborgenär i Nida Tech att detaljgranska den transaktionen. Banken har starka incitament att driva och finansiera återvinningskrav (enligt 4 kap. konkurslagen) för att tvinga tillbaka IP-portföljen in i Nida Techs konkursbo. Denna korsrisk väger tungt för att bolaget i nuläget i stället bör välja intern finansiering (nyemission/ägarlån) som inte introducerar aggressiva externa borgenärer i bolagets kravmassa.

## PM 3 - Angående återvinningskravet

**Till:** TechNid Sweden AB:s styrelse

### **Rekommendation**

Vi rekommenderar att styrelsen omedelbart inleder förlikningsförhandlingar med konkursförvaltaren för Nida Tech. Ert materiella försvar, att 1,6 MSEK var ett korrekt marknadsvärde är väl underbyggt. Den processrättsliga tryckbilden är dock överbestämd till förvaltarens fördel. Målet bör vara att betala en begränsad tilläggsköpeskilling för att förvaltaren slutgiltigt ska stänga återvinningskravet.

### **Er situation**

Ni förvärvade Nida Techs samtliga immateriella tillgångar för 1,6 MSEK strax före konkursen. Ägare och styrelse är identiska i båda bolagen. Det innebär att konkurslagen behandlar er som närstående, vilket får tre konkreta konsekvenser: förvaltaren kan gå obegränsat långt tillbaka i tiden under den allmänna återvinningsregeln, bevisbördan ligger på er att visa att transaktionen var affärsmässig, och ni presumeras ha känt till allt som var problematiskt med transaktionen. Det är ni som måste bevisa er oskuld – inte förvaltaren som måste bevisa er skuld.

Denna närståendestatus ger förvaltaren tillgång till flera kraftfulla rättsliga verktyg:

- Förlängd återvinningsfrist och omvänd bevisbörd. Förvaltaren har tre år på sig att angripa transaktionen enligt gåvoregeln och det åvilar TechNid att bevisa att Nida Tech var solvent vid och efter överlåtelsen.
- Alternativa angreppssätt och personligt ansvar. Utöver återvinning kan förvaltaren angripa transaktionen som en olovlig värdeöverföring enligt aktiebolagslagen, vilket även kan aktualisera frågor om personligt ansvar för styrelseledamöterna.

### **Vårt försvar – vad som talar för er**

Vårt juridiska motangrepp vilar på att 1,6 MSEK faktiskt utgjorde ett marknadsmässigt pris. Förvaltaren kommer att peka på att portföljen var bokförd till 7,8 MSEK i Nida Tech. Vårt

svar är att detta värde bygger på regelverket K3, vilket innebär att posten uteslutande utgörs av historiska anskaffningsvärden (balanserade FoU-utgifter).

Att bolaget formellt uppvisade en utebliven nedskrivning i årsredovisningen speglar inte det exekutiva värdet för ett bolag som haft noll i intäkter. I verkligheten var IP-portföljen vid överlåtelsen en högrisktillgång avyttrad under krisliknande former (en s.k. fire sale). Nida Tech var lamslaget av ett vitesförbud, kärnpatentet var belastat med äganderättsanspråk (PM 1) och mjukvaran hade överlåtelseförbud (PM 2). Denna bevisstruktur förklarar konkret varför ingen rationell extern köpare hade betalat mer än 1,6 MSEK för portföljen.

### **Processriskerna**

Trots vår starka redovisnings- och värderingsmässiga bevisning är en domstolsprocess förenad med betydande risker. Vi ställs processuellt inför tre centrala utmaningar.

Tidsaspekten som trigger, att flytta verksamhetens kärntillgångar till sig själv i ett nystartat bolag strax före konkursen utgör i domstolspraxis ett av de starkaste indicierna för otillbörlighet.

Cirkelargumentet, om IP-portföljen verkligen var en svårutnyttjad och defekt tillgång kan förvaltaren ifrågasätta varför ni valde att förvärva den för 1,6 MSEK med privata medel, och argumentera att detta visar på att ni själva bedömde att det fanns ett dolt övervärde.

Konkurslagens gåvoregel (4 kap. 6 § KonkL). Detta utgör förvaltarens starkaste verktyg. Regeln kräver varken att ond tro eller otillbörlighet bevisas. Det räcker att domstolen anser att 1,6 MSEK var något för lågt, för att mellanskillnaden ska bedömas som en förtäckt gåva. Bevisbördan övergår då på er att visa att Nida Tech uppenbart kunde betala sina 9,5 MSEK i skulder med de 884 000 kr som fanns kvar. I en rättegång är en sådan bevisbörda i praktiken synnerligen svår att uppfylla.

### **Personligt ansvar – den dolda risken**

Nida Techs fria egna kapital var negativt (-323 962 kr). Om ni som styrelseledamöter inte upprättade en kontrollbalansräkning i tid riskerar ni personligt bristtäckningsansvar för bolagets skulder. Denna risk är fristående från återvinningsfrågan och drabbar er som privatpersoner. Förvaltaren kan komma att använda den som hävstång i förhandlingarna.

**Nästa steg** Vi kommer att använda vår bevisning (K3-analysen och IP-defekterna) för att markera vår processvilja och därmed pressa ner förlikningsbeloppet.

För att maximera vår hävstång i dessa förhandlingar måste vi dock omedelbart säkra bevisning för att er köpeskillning kom bolaget till del på ett affärsmässigt sätt. Vi rekommenderar därför att styrelsen skyndsamt uppdrar åt finanschefen att sammanställa

komplett dokumentation över hur Nida Tech använde de 1,6 MSEK ni erlade. Syftet med denna bevisning är att visa att medlen gick till att betala prioriterade skulder, vilket effektivt neutraliserar förvaltarens argument om att borgenärerna lidit skada.

Eftersom förvaltaren när som helst kan inleda rättsliga åtgärder är tiden kritisk. Så fort vi har detta underlag kan vi proaktivt ta kontakt med förvaltaren med målet att stänga återvinningskravet till en begränsad och förutsägbar kostnad.

## PM 4 - Skadeståndsanspråk med anledning av det felaktiga vitesförbudet

**Till:** TechNid Sweden AB:s styrelse

### **Rekommendation**

Vi rekommenderar att ni noggrant överväger om tvisten är värd den tid, kostnad och energi som krävs. Beslutar ni er för att gå vidare är vår starka rekommendation att TechNid formellt köper loss skadeståndsfordran innan någon rättegång inleds. Innan vi kontaktar någon motpart för ett sådant köp måste vi dock granska all domstolskorrespondens för att fastställa exakt vem som formellt äger kravet idag.

### **Er rättsliga position**

Goda chanser till skadestånd. Den som utverkar ett vitesförbud som senare visar sig vara obefogat bär ett strikt skadeståndsansvar för den skada som orsakas. Det spelar ingen roll om motparten handlade i god tro; ni har materiellt sett rätt till ersättning för er uteblivna vinst. Motparten kommer sannolikt att invända att skadan var självförvållad (s.k. novus actus interveniens) och att ni borde ha begränsat skadan. Eftersom vitesförbudet omedelbart ströp bolagets likviditet är dock vår bedömning att konkursen var en adekvat och oundviklig följd.

Eftersom Nida Tech var ett utvecklingsbolag utan historiska intäkter blir den exakta skadeberäkningen komplicerad och bevisbördan är tung. Med stöd av Högsta domstolens praxis (Multitotal-fallet) kan vi dock använda era tecknade LOI-avtal, nomineringen till 33-listan och det uppvisade intresset på Mobile World Congress som bevis för att bygga en kalkyl för den sannolika marknadsutvecklingen och den uteblivna vinsten.

### **Den bolagsrättsliga fällan: Varför Nida Tech inte bör driva processen**

Vår utgångspunkt är att Nida Techs konkursbo valde att inte ta över tvisten från början, vilket innebär att Nida Tech (konkursbolaget) formellt äger kravet. Problemet är inte själva rätten att driva tvisten, utan vad som händer med pengarna om ni vinner.

Om Nida Tech vinner processen landar skadeståndet i Nida Tech. Eftersom bolaget har historiska skulder på cirka 9,5 MSEK aktiveras aktiebolagslagens stränga borgenärsskydd.

Tillgångarna kommer att tvinga fram en likvidation där likvidatorn i första hand måste betala av bolagets alla gamla kända skulder till banken, staten och leverantörerna.

Ni kan inte runda detta genom att låta Nida Tech ”ge” eller internt kvitta över pengarna till TechNid. En sådan överföring, som saknar affärsmässig karaktär och minskar bolagets förmögenhet, utgör en olovlig värdeöverföring eftersom det saknas täckning för det bundna egna kapitalet. Ett sådant upplägg skulle göra er i styrelsen personligt och solidariskt återbetalningsskyldiga för bristen.

### **Vad är tvisten värd i praktiken?**

Om processen drivs i Nida Techs namn är ert kommersiella incitament helt beroende av hur stort skadestånd domstolen dömer ut i förhållande till Nida Techs skuldbörda på 9,5 MSEK.

- Om skadeståndet understiger 9,5 MSEK: Varenda krona som vinnns äts upp av Nida Techs historiska borgenärer. Ni och TechNid erhåller noll kronor, men riskerar att ha fått stå för advokatkostnaderna. Det blir en ren förlustaffär för er.
- Om skadeståndet överstiger 9,5 MSEK: Först när Nida Techs skulder är fullt betalda uppstår ett överskott som ni som ägare kan ta del av. Detta kräver dock att domstolen fullt ut köper en mycket expansiv (och bevisrättsligt svår) kalkyl av den uteblivna vinsten.

### **Lösningen: TechNid förvärvar skadeståndsfordran**

För att TechNid ska få ta del av en potentiell vinst oavsett domstolens slutliga belopp, måste TechNid köpa loss skadeståndsfordran genom ett formellt överlåtelseavtal innan processen dras igång. På så sätt flyttas rätten till skadeståndet ut ur Nida Tech och in i TechNid.

För att köpet inte ska klassas som en olovlig värdeöverföring mellan systerbolag måste priset vara marknadsmässigt. Givet de enorma bevisrättsliga svårigheterna att beräkna utebliven vinst för ett nystartat bolag, samt den mycket höga processrisken, bedömer vi att marknadsvärdet på fordran i dagsläget kan sättas lågt.

**Nästa steg:** Granskning av dokumentation och förhandlingsrisk

Beroende på fordrans exakta formella status kan ett sådant förvärv kräva kontakt med konkursförvaltaren (om boet formellt äger kravet) eller enbart hanteras mellan era bolag (om Nida Tech äger det).

Här vill vi hissa en varningsflagg: Även om boet ursprungligen avstod från att driva intrångsprocessen, finns det utrymme för förvaltaren att argumentera för att skadeståndet är en ny, fristående tillgång som de aldrig har avstått ifrån. Att i detta läge närma sig förvaltaren med ett köperbudande riskerar att upplysa boet om att det finns ett dolt värde i tvisten. Innan vi fattar ett definitivt beslut om att försöka förvärva fordran, föreslår vi därför att vi sätter oss ner med er och går igenom all tillgänglig domstolskorrespondens och material från konkursen för att säkerställa exakt vad boet har abandonerat och inte.

## **Att fundera på: Den mänskliga och kommersiella prislappen**

Även om den juridiska och strategiska möjligheten till skadestånd finns, anser vi avslutningsvis att styrelsen måste väga in den mänskliga prislappen. Att driva en process av denna dignitet tar typiskt sett 3–5 år och stjäl ovärderligt strategiskt fokus från nyckelpersoner som i stället kunde bygga upp det nya bolaget. Det lidandet och slitet ersätts inte i domstol. Ni bör därför ställa er frågan: Är det värt att vända blicken bakåt för att jaga in osäkra pengar, eller är det mer värdeskapande för TechNid att stänga detta kapitel och lägga all energi framåt?

## **Bilaga A - rättslig utredning**

### **1.1 Sakrättsligt skydd och äganderättsförbehåll vid överlåtelse av immateriella rättigheter i konkurs.**

Det sakrättsliga momentet vid överlåtelse av patent utgörs av själva avtalet (avtalsprincipen), vilket följer av NJA 2009 s. 695 och bekräftades i NJA 2010 s. 617. Registrering i patentregistret konstituerar inte något sakrättsligt moment utan ger allenast saklegitimation (jfr Prop. 1987/88:4).

Konkursförvaltarens påstående att äganderättsförbehåll avseende immateriella rättigheter skulle vara ogiltiga saknar stöd i gällande rätt. I NJA 2010 s. 617 prövade Högsta domstolen just frågan om en överlåtares avtalade rätt att återfå patent vid motpartens obestånd, och domstolen fastslog att en sådan hävningsförklaring, korrekt avgiven, kan medföra en sakrättsligt skyddad återgång av immaterialrätten utan något tillkommande sakrättsligt moment. I NJA 2019 s. 195 (p. 7) har HD dessutom klargjort att förbehållsklausulers rättsliga innebörd är densamma oavsett om de betecknas som äganderättsförbehåll, återtagandeförbehåll eller hävningsförbehåll. Det saknas således fog för konkursförvaltarens invändning på denna punkt.

Den avgörande frågan är emellertid en annan. Överlåtelseavtalet mellan uppfinnaren och Verifiq AB innehåller inte ett äganderättsförbehåll i teknisk mening – det vill säga ett villkor enligt vilket äganderättsövergången suspenderas till dess att betalning sker – utan en avtalad rätt för uppfinnaren att häva avtalet om full betalning uteblir. Formuleringen att säljaren ”förbehöll sig rätten att häva” indikerar att äganderätten till patentet övergick till Verifiq genom avtalet i enlighet med avtalsprincipen, men att uppfinnaren behöll en obligationsrättslig rätt att häva överlåtelsen vid kontraktsbrott.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Denna bedömning grundar sig på den information som har presenterats för oss. En slutgiltig kvalificering av klausulen förutsätter granskning av det fullständiga överlåtelseavtalet, och vi rekommenderar att styrelsen omedelbart begär att uppfinnaren tillhandahåller en vidimerad kopia.

Denna distinktion har avgörande sakrättslig betydelse. I NJA 2010 s. 617 konstaterade HD att en giltig hävningsförklaring som avgetts före utmätning eller konkurs medför en sakrättsligt skyddad återgång av immaterialrätten. Av domskälen framgår e contrario att en hävning som sker först efter konkursutbrottet sannolikt inte får en motsvarande sakrättslig verkan mot konkursboet (jfr Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., s. 183). I det aktuella fallet häver uppfinnaren avtalet först efter det att Verifiq försatts i konkurs. Konkursförvaltarens invändning att hävningen skett för sent har därför stöd i den ram HD uppdragit i NJA 2010 s. 617.

Nida Tech Swedens ståndpunkt är därmed att äganderätten till patentet befann sig hos Verifiq vid konkursutbrottet och att patentet därmed ingick i konkursboets förmögenhetsmassa. Konkursförvaltarens överlåtelse till Nida Tech var följaktligen giltig. Uppfinnaren har inte separationsrätt utan hänvisas till en obligationsrättslig fordran mot gäldenären Verifiq (skadestånd för rättsligt fel enligt 41 § KöpL). Till skillnad från Nida Techs eget anspråk mot konkursboet (vilket utgör en massafordran, se nedan), utgör uppfinnarens krav endast en oprioriterad fordran i Verifiqs konkurs.

Uppfinnarens argumentation kan förväntas grunda sig på att klausulen i överlåtelseavtalet – oavsett dess specifika formulering – ska tolkas som ett äganderättsförbehåll i materiell mening. Till stöd för en sådan tolkning kommer uppfinnaren sannolikt att åberopa NJA 1975 s. 222, där HD fastslog att ett förbehåll om att egendomen skulle "falla tillbaka" till säljaren vid utebliven betalning hade samma sakrättsliga verkan som ett äganderättsförbehåll, samt NJA 2019 s. 195 (p. 7), där HD uttryckligen konstaterade att förbehållsklausulers rättsliga innebörd är oberoende av den terminologi som parterna valt. Uppfinnaren skulle med stöd härav argumentera att äganderätten aldrig fullständigt övergick till Verifiq, att han därmed har separationsrätt till patentet, och att någon hävning inte krävdes.

Denna argumentationslinje är inte utan tyngd, men den bär enligt vår bedömning inte av flera skäl. För det första rör NJA 1975 s. 222 och NJA 2019 s. 195 lös egendom i fysisk mening, där äganderättsförbehållet har en lång och etablerad praxis. Vid överlåtelse av immateriella rättigheter gäller avtalsprincipen, och det ledande rättsfallet på området (NJA 2010 s. 617) behandlade just frågan om sakrättsligt skyddad återgång av patent. HD:s resonemang i det fallet förutsatte att äganderätten hade övergått genom avtalet och att hävning krävdes för återgång, inte att äganderätten automatiskt kvarstod hos överlåtaren i avvaktan på betalning. Domstolens tydliga formulering, att en hävningsförklaring avgiven före konkurs medför sakrättsligt skyddad återgång, innebär e contrario att en hävning efter konkursutbrottet saknar sådan verkan. Uppfinnaren i det aktuella fallet häver efter det att Verifiq försatts i konkurs, vilket innebär att hans anspråk inte når upp till den sakrättsliga tröskel som HD uppställt. Det bör medges att en e contrario-slutsats sällan är metodologiskt oantastlig, och HD uttalade sig inte uttryckligen om situationen efter ett konkursutbrott. Den alternativa tolkningen, att HD:s resonemang i NJA 2010 s. 617 lämnar utrymme för att en välgrundad avtalstolkning kan leda till att klausulen kvalificeras som ett äganderättsförbehåll i materiell mening, och att

uppfinnaren därmed aldrig förlorade separationsrätten är en fullt processduglig argumentationslinje som en domstol inte kan avfärda utan prövning. Processrisken i detta avseende bör därför inte underskattas, och er rättsliga position bör kommuniceras till klienten som stark men inte oantastlig.

Även om domstol mot förmodan skulle anse att klausulen utgör ett äganderättsförbehåll i teknisk mening – och att uppfinnaren därmed har separationsrätt – skyddas Nida Tech av 9 kap. 5 § andra stycket patentlagen. Bestämmelsen tillerkänner den som i god tro påbörjat utnyttjande av en uppfinning rätt att fortsätta detta utnyttjande i sin rörelse mot skälig ersättning, även om patentet befinns tillhöra annan. Nida Tech saknade vid förvärvet kännedom om uppfinnarens anspråk, varför bolaget får anses ha uppfyllt godtroskravet. Det bör dock noteras att detta skydd inte innebär att Nida Tech erhåller äganderätt till patentet, utan allenast en rätt att fortsätta utnyttja uppfinningen – i praktiken en tvångslicens. Nida Tech:s primära intresse tillgodoses därmed i vart fall genom denna bestämmelse, men styrelsens handlingsutrymme vad gäller vidareöverlåtelse av patentet eller licensgivning till tredje man kan bli begränsat.

Slutligen bör noteras att om uppfinnarens talan trots allt vinner framgång och patentet anses tillhöra honom, uppstår frågan om Nida Techs kompensation. Nida Tech förvärvade patentet från Verifiq konkursbo genom konkursförvaltarens försäljning, inte genom ett avtal med Verifiq som sådant. Om det visar sig att konkursboet överlätit egendom som det inte hade rätt att förfoga över, har Nida Tech ett restitutions- och skadeståndsanspråk som utgör en massafordran i den mening som avses i 11 kap. 1 § konkurslagen. En massafordran ska betalas ur boets tillgångar innan utdelning sker till övriga borgenärer, till skillnad från oprioriterade fordringar som behandlas i förmånsrättsordningen. Nida Techs ekonomiska risk begränsas därmed väsentligt även i ett scenario där uppfinnaren vinner framgång med sitt sakrättsliga anspråk – dels genom rätten till fortsatt utnyttjande enligt 9 kap. 5 § patentlagen, dels genom att bolagets anspråk på återbetalning av köpeskillingen har massafordransstatus.

## **1.2 Förutsättningar för pantsättning av patent och varumärken samt företagshypotekets ställning vid IP-tunga bolag utan intäkter.**

Nida Tech saknar intäkter och dess kreditvärdighet vilar uteslutande på tillgångsmassans realisationsvärde. Bolaget kan teoretiskt upplåta säkerhet genom företagshypotek (2 kap. 1 § lag [2008:990] om företagshypotek) eller genom direkt pantsättning av registrerad IP (14 kap. 1 § patentlagen).

### **Bokförda värden, överhypotek och sakrättslig kollisionsrisk**

En granskning av balansräkningen visar dock att de bokförda värdena ger en missvisande bild av den exekutiva säkerhetsmassan. Den enskilt största posten, balanserade FoU-utgifter om 6 236 242 kr (not 3), utgör enbart historiska nedlagda utvecklingskostnader som vid en

obeståndssituation saknar ett reellt, avskiljbart marknadsvärde. Det bör vidare noteras att bolaget enligt sina redovisningsprinciper ännu inte har påbörjat avskrivningar på de immateriella tillgångarna, eftersom dessa inte har tagits i bruk. Det bokförda värdet avseende patent och licenser (1 601 142 kr) motsvarar därmed det fulla anskaffningsvärdet utan nedskrivning. Ett företagshypotek som vilar på denna balansräkning har därmed ett realisationsvärde som radikalt understiger summan av de bokförda posterna.

Vidare visar balansräkningen en redan registrerad företagsinteckning om 4 MSEK. Om skulden till kreditinstitutet de facto uppgår till 2,5 MSEK kan det föreligga ett överhypotek om 1,5 MSEK, men detta förutsätter att inga övriga skulder har förmånsrätt i samma inteckning. Även om det rent sakrättsligt är möjligt att andrahandspantsätta ett sådant överhypotek genom denuntiation till den primära panthavaren, kompliceras situationen obligationsrättsligt. Befintliga kommersiella kreditavtal innehåller regelmässigt restriktiva avtalsvillkor som uttryckligen förbjuder gäldenären att upplåta sekundärpant i befintliga säkerheter. En överträdelse av ett sådant förbud utgör ett kontraktsbrott som ger den befintliga banken rätt att omedelbart säga upp krediten till betalning, vilket i praktiken stänger utrymmet för att utnyttja överhypoteket. För att med säkerhet fastställa det praktiska handlingsutrymmet behöver vi därför granska det specifika kreditavtalet närmare.

Därtill aktualiseras en sakrättslig kollisionsrisk om bolaget väljer att pantsätta patenten separat genom registrering hos PRV. Enligt 2 kap. 1 § företagshypotekslagen ingår visserligen gäldenärens lösa egendom i underlaget, men den panthavare som innehar en specifik panträtt (i t.ex. ett patent) har företrädesrätt till den specifikt pantsatta egendomen vid en exekution, framför företagshypotekshavaren.

### **Strikersofts mjukvara: Funktionellt beroende och asymmetriskt överlåtelseförbud**

Utöver de registrerade rättigheterna utgör mjukvaruplattformen en potentiellt central del av säkerhetsmassan. Plattformen består tekniskt sett av två integrerade lager: en licensierad baskod och en förvärvad, uppdragsspecifik kod. Dessa lager är funktionellt helt beroende av varandra och saknar självständigt kommersiellt värde var för sig. För en bank är inte "kod" i abstrakt mening relevant som säkerhet, utan huruvida koden kan realiseras och säljas som en fungerande produkt.

En noggrann läsning av bolagets förteckning över immateriella tillgångar (bilaga 3) ger vid handen att den avtalade överlåtelsebegränsningen enbart återfinns i licensavtalet kopplat till den uppdragsspecifika koden. Baskoden omfattas därmed inte av något uttryckligt överlåtelseförbud. Även om denna asymmetri vid en första anblick gör att förbudet framstår som snävt och potentiellt överdrivet, innebär det funktionella beroendet mellan kodlagren att plattformen i sin helhet riskerar att "falla isär" vid en realisation om inte avtalsvillkoren kan överlåtas.

## **Licensavtalet som avtalsrelation – det kontraktuella utgångsläget**

Betraktar man licensavtalet för den uppdragsspecifika koden som en renodlad avtalsrelation aktualiseras den allmänna obligationsrättsliga principen att gäldenärsbyte kräver borgenärens samtycke. En licenstagare kan enligt denna princip inte utan licensgivarens medgivande ersättas av en annan part, eftersom licensgivaren kan ha ett berättigat intresse av att kontrollera vem som utnyttjar dess programvara. Överlåtelseförbudet framstår i detta perspektiv som ett uttryck för denna princip.

I detta kontraktuella perspektiv uppstår även en påtaglig säkerhetsrättslig begränsning. En säkrad borgenär som önskar realisera sin säkerhet behöver kunna göra detta med fullt sakrättsligt skydd gentemot tredje man. För registrerade immaterialrätter som patent och varumärken finns etablerade lagregler om pantsättning (14 kap. 1 § patentlagen, 7 kap. varumärkeslagen) med registrering hos PRV som publicitetsfunktion. För kontraktuella rättigheter – licenser, nyttjanderätter, upplåtelser – saknas motsvarande system.

I en obeståndssituation innebär detta konkret att en konkursförvaltare rent krasst inte behöver respektera en kontraktuell rättighet. Skulle konkursboet (eller en panthavare) förfoga över plattformen i strid med avtalet genererar det enbart en oprioriterad skadeståndsfordran för licensgivaren i konkursen. För en säkrad borgenär urholkas dock det exekutiva värdet kraftigt, eftersom panten inte kan säljas vidare friktionsfritt och med säkerhet utan Strikersofts samtycke. En panthavare som uteslutande förlitar sig på det kontraktuella perspektivet står därmed på osäker grund.

## **Från relation till objekt – en granskning av de faktiska förpliktelserna**

Det kontraktuella perspektivet förutsätter emellertid att det faktiskt föreligger en licensrelation i egentlig mening – det vill säga ett avtal med ömsesidiga, löpande förpliktelser där licensgivaren tillhandahåller en fortlöpande prestation och licenstagaren erlägger löpande vederlag.

Vad gäller den uppdragsspecifika koden har äganderätten redan övergått till Nida Tech genom ett separat överlåtelseavtal. Transaktionen är fullbordad och genererar inga löpande förpliktelser. Licensavtalet som medföljer reglerar endast villkoren för nyttjandet av den överlåtna koden, men Strikersoft har inget kvarstående leveransåtagande och erhåller ingen löpande ersättning. Det som återstår av det kontraktuella förhållandet är i praktiken enbart överlåtelseförbudet självt.

Vad gäller baskoden framgår av bolagets förteckning över immateriella tillgångar (Bilaga 3) att Nida Tech har förvärvat en licens att utnyttja Strikersofts generella egenkod. Licensen är inte tidsbegränsad, inga löpande avgifter utgår och inga löpande förpliktelser för någondera parten framgår.

Bilden som framträder är att ingetdera rättsförhållandet uppvisar de karaktäristika som utmärker ett licensförhållande i egentlig mening. Frågan som då måste ställas är: när ett avtal som betecknas som "licens" i realiteten innebär en obegränsad nyttjanderätt mot engångsbetalning, utan löpande förpliktelser, är det då fortfarande en licens, eller är det i rättslig mening ett köp?

### **UsedSoft-kriterierna – licens eller köp?**

EU-domstolen ställdes inför precis denna fråga i C-128/11 (UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp., stora avdelningen, 3 juli 2012). Oracle betecknade sina transaktioner som "licenser" och hade uttryckliga avtalsvillkor som förbjöd vidareöverlåtelse. EU-domstolen genomskådade den kontraktuella etiketten och fastslog att begreppet "försäljning" i artikel 4(2) i direktiv 2009/24/EG (datorprogramdirektivet) ska tolkas autonomt och funktionellt. Domstolen uppställde i praktiken tre kriterier för att en transaktion ska kvalificeras som en "försäljning" oavsett avtalets beteckning: rättighetsinnehavaren har beviljat en nyttjanderätt, nyttjanderätten avser obegränsad tid, och betalning har erlagts som motsvarar det ekonomiska värdet av kopian.

Tillämpar man dessa kriterier på Strikersofts kod, såväl baskoden som den uppdragsspecifika framträder följande bild. Strikersoft har beviljat Nida Tech rätt att utnyttja koden. Det framgår inte att nyttjanderätten är tidsbegränsad. Betalning har erlagts. Samtliga tre kriterier förefaller uppfylla. Transaktionerna kvalificerar sig därmed sannolikt som "försäljningar" i datorprogramdirektivets mening, varvid Strikersofts spridningsrätt har konsumerats enligt artikel 4(2). Överlåtelseförbudet i den uppdragsspecifika kodens licensavtal kan under dessa förutsättningar inte upprätthållas. Det bör dock framhållas att en direkt tillämpning av UsedSoft-kriterierna på ett specialutvecklat affärssystem innebär ett metodologiskt risktagande. EU-domstolens avgörande rörde kommersiell standardmjukvara distribuerad i massmarknadssituation, och det saknas vägledande praxis från svenska domstolar avseende huruvida principen utsträcks till beställarspecifik kod. En domstol som finner att distributionsmodellen avviker tillräckligt från UsedSoft-situationen kan välja att inte tillämpa konsumtionsprincipen, med följderna att Strikersofts överlåtelseförbud upprätthålls. Mot den bakgrunden bör vår bedömning att överlåtelseförbudet "sannolikt inte kan upprätthållas" kommuniceras till klienten med den reservationen att den rättsliga frågan inte är slutgiltigt avgjord i svensk rätt, och att en bank typiskt sett inte är beredd att acceptera en säkerhet vars realiserbarhet är beroende av en opröjad rättsfråga.

### **UsedSoft i kontext – vad som sammanstämmer och vad som skiljer**

En direkt tillämpning av UsedSoft-avgörandet på det aktuella fallet kräver viss försiktighet. UsedSoft rörde kommersiellt distribuerad standardmjukvara som gjorts tillgänglig genom nedladdning i en massmarknadssituation med identiska kopior till tusentals kunder.

Strikersofts baskod är visserligen en standardkomponent som används i samtliga deras projekt, men distributionsmodellen är en annan, det rör sig om en leverantör – beställare-relation. Den uppdragsspecifika koden är dessutom per definition specialutvecklad, vilket placerar den längre från UsedSoft-situationens standardmjukvara.

Å andra sidan sammanstämmer de grundläggande ekonomiska förutsättningarna. I båda fallen har betalning erlagts som motsvarar kodens ekonomiska värde. I båda fallen saknar rättighetshavaren löpande förpliktelser efter leverans. I båda fallen har rättighetshavaren betecknat transaktionen som en ”licens” trots att den funktionellt saknar de ömsesidiga löpande förpliktelser som karakteriserar ett licensförhållande. Licensen är därmed i praktiken reducerad till en ren inskränkning av Nida Techs förfoganderätt, utan materiell legitimitetsgrund för Strikersoft. EU-domstolens principiella poäng var just att den ekonomiska substansen ska gå före den kontraktuella etiketten och den substansen är densamma här.

Det bör noteras att EU-domstolen i C-263/18 (Tom Kabinet, 2019) valde att inte utsträcka konsumtionsprincipen till e-böcker under infoc-direktivet 2001/29/EG.

Datorprogramdirektivet utgör dock *lex specialis* vad gäller programvara och UsedSoft gäller fortfarande fullt ut för datorprogram. Strikersofts kod är ett datorprogram.

Vår samlade bedömning är att det med övervägande sannolikhet inte föreligger något rättsligt hinder för Nida Tech att förfoga över plattformen som helhet, vare sig avseende den uppdragsspecifika koden (som bolaget äger genom köp) eller baskoden (som saknar avtalat överlåtelseförbud och vars licensförhållande sannolikt kvalificerar som ett köp under UsedSoft-kriterierna).

### **Det sakrättsliga perspektivet – hur säkerheten kan struktureras**

Denna bedömning förskjuter frågan från om plattformen kan utgöra ett säkerhetsobjekt till hur en sådan säkerhet bäst struktureras i praktiken för att ge skydd.

En pantsättning av programvarukod saknar uttryckligt lagstöd i den mening som pantsättning av patent eller varumärken har. Källkod skyddas genom upphovsrätten, som inte har något registreringsförfarande i Sverige. Den sakrättsliga publiciteten, det moment som ger tredje man underrättelse om att en säkerhetsrätt existerar kan därmed inte uppnås genom registrering.

En tänkbar lösning är en escrow-konstruktion, där källkoden deponeras hos en oberoende tredje man med instruktion att koden ska utlämnas till den säkrade borgenären vid gäldenärens obestånd. Escrow-konstruktionen avskär gäldenärens rådighet och skapar en besittningsliknande situation som kan uppfylla det sakrättsliga momentet. Den har dock en påtaglig begränsning: Deponering av koden ger tillgång till den men inte nödvändigtvis upphovsrättslig förfoganderätt, rätten att använda, modifiera och vidareöverlåta koden. En

escrow utan tillhörande upphovsrättslig överlåtelse- eller licensförklaring är i praktiken en tom säkerhet.

Det är i detta ljus som den kombinerade bilden av de två analyslagren blir avgörande. Om baskoden kvalificeras som förvärvad, genom UsedSoft-perspektivet och den uppdragsspecifika koden redan ägs av Nida Tech, har bolaget en upphovsrättslig ställning som möjliggör att en escrow-konstruktion kombineras med en upphovsrättslig överlåtelseförklaring villkorad av obestånd. Panthavaren får därigenom inte bara tillgång till koden utan även den upphovsrättsliga förfoganderätt som krävs för att realisera den som en integrerad produkt. Om baskoden däremot kvalificeras som licensierad kvarstår det kontraktuella perspektivet och den säkrade borgenärens skydd begränsas till vad som kan uppnås genom Strikersofts samtycke. Ingen av dessa alternativa lösningar ger samma robusta skydd som en registrerad panträtt i ett patent.

Oavsett kvalificering stöds Nida Techs position av att avtalade överlåtelseförbud som principiell utgångspunkt saknar verkan mot en förvärvare enligt HD:s avgöranden NJA 2015 s. 1040, NJA 2016 s. 51 och NJA 2016 s. 288.<sup>2</sup> HD öppnade visserligen för undantag om det föreligger ett befogat intresse hos gäldenären. Eftersom Strikersoft erhållit full betalning, det saknas löpande utbyte och baskoden utgör en generell standardkomponent, torde licensgivaren i detta fall helt sakna den legitimitetsgrund som utgör ett sådant skyddsvärt intresse.

### **Det exekutiva realiseringsstestet, vad som faktiskt kan kontrolleras, överlåtas och säljas**

En kreditsäkerhetsanalys som stannar vid den formella strukturen riskerar att förbise det praktiska realiseringsstestet: vad kan en panthavare eller konkursförvaltare faktiskt göra med de enskilda tillgångarna den dag det gäller? Svaret varierar kraftigt beroende på tillgångskategori.

De registrerade patenterna utgör den starkaste kategorin. De kan pantsättas med sakrättsligt skydd genom registrering hos PRV, de kan överlåtas, licensieras och realiseras separat. Deras exekutiva värde är dock beroende av att en köpare kan nyttiggöra dem – vilket i Nida Techs fall förutsätter tillgång till den mjukvaruplattform som transformerar patentet till en fungerande produkt. Separerad från plattformen sjunker kärnpatentets exekutiva värde avsevärt.

Mjukvaruplattformen befinner sig i en mellankategori. Den kan –förutsatt att UsedSoft-analysen håller och att escrow-konstruktionen implementeras korrekt – kontrolleras och överlåtas med rimligt skydd. Realisationsvärdet är dock helt beroende av köparens förmåga att integrera plattformen i en fungerande verksamhet, vilket kräver tillgång till det organisatoriska kunnande (know-how) som i dagsläget är bundet i nyckelpersonerna.

---

<sup>2</sup> J. Munukka, "Avtalade överlåtelseförbud", SCCL Årsbok 8, 2017.

Know-how och organisatorisk kompetens utgör den svagaste kategorin ur ett creditsäkerhetsperspektiv. Dessa resurser kan varken pantsättas, registreras eller kontrolleras i rättslig mening. De är personbundna och kan inte hindra nyckelpersoner från att lämna bolaget. I en exekutiv situation (typiskt sett just när nyckelpersoner redan har lämnat eller håller på att lämna) är dessa resurser i praktiken förlorade. En kreditgivare som baserar sin kreditbedömning på bolagets tekniska kompetens snarare än på dess formella rättigheter tar därmed en risk som inte är kvantifierbar i rättsliga termer.

Slutsatsen av detta realiseringstest är att Nida Techs faktiska exekutiva säkerhetsmassa är väsentligt smalare än den sammantagna IP-portföljens juridiska struktur antyder: i praktiken utgörs den av de två oomtvistade patenten, under förutsättning att dessa kan realiseras i kombination med mjukvaruplattformen och att UsedSoft-analysen håller. Allt övrigt, FoU-balansposter, know-how, affärsrelationer saknar exekutivt värde i en realisationssituation.

### **Kärnpatentet och den prekontraktuella upplysningsplikten**

För det andra är äganderätten till kärnpatentet föremål för ett pågående anspråk från den ursprunglige uppfinnaren. Även om vår bedömning i avsnitt 1.1 är att Nida Techs förvärv är sakrättsligt giltigt, innebär det pågående anspråket att en kreditgivare med fog kan ifrågasätta pantobjektets rättsliga status.

Vid kreditförhandlingar har bolaget en långtgående prekontraktuell upplysningsplikt. Ett underlåtande att informera banken om patenttvisten utgör ett svikligt förledande eller grund för skadestånd på grund av culpa in contrahendo gentemot banken. Därtill måste de aktiebolagsrättsliga konsekvenserna beaktas. Om styrelsen medvetet låter bli att nämna tvisten vid en kreditförhandling, i förhoppningen om att den ska förlikas innan den får praktisk betydelse, utgör detta exakt den typ av kalkylerat och oacceptabelt risktagande som 29 kap. 1 § aktiebolagslagen syftar till att stävja. Ett sådant uppsåtligt eller vårdslöst agerande kan utlösa ett personligt och solidariskt skadeståndsansvar för styrelseledamöterna.

**Slutsats:** Den kommersiella och säkerhetsrättsliga verkligheten Även om UsedSoft, den normativa granskningen av licensen och svensk HD-praxis ger Nida Tech tunga juridiska argument för att överlåtelseförbudet gällande mjukvaran kan åsidosättas, och även om vi bedömer att bolaget har bättre rätt till patentet i sak, är den kommersiella verkligheten för en bank krass.

En kreditgivare kräver en odiskutabel och friktionsfri exekutiv realiserbarhet av säkerheten i form av en fungerande produkt. Att bankens möjlighet att sälja panten ska vara beroende av utgången i dels en komplex upphovsrättslig tvist med Strikersoft, dels en pågående äganderättstvist kring kärnpatentet, utgör typiskt sett en oacceptabel kreditrisk. Sammantaget med de kraftigt övervärderade FoU-utgifterna i balansräkningen och kollisionsriskerna kring

överhypoteket, måste Nida Techs tillgångar i dagsläget betraktas som extremt svårbelånade via traditionella kreditinstitut.

Denna slutsats förstärks ytterligare av ett resursperspektiv som en strikt rättslig analys riskerar att förbise. Kreditvärderingen av ett teknikintensivt bolag som Nida Tech kan inte inskränkas till en kartläggning av formella immaterialrättigheter. Det faktiska värdet i verksamheten är bundet i ett funktionellt samspel mellan registrerade rättigheter (patent), kontraktuella rättigheter (mjukvaran), och oregistrerade resurser (know-how, organisatorisk kompetens, kundrelationer). Av dessa är det enbart den förstnämnda kategorin som med säkerhet kan särskiljas, pantsättas och realiseras med sakrättsligt skydd. Kontraktuella rättigheter, som vi analyserat ovan, är behäftade med överlåtelseproblematik, och de oregistrerade resurserna, ofta bäraren av det verkliga kommersiella värdet, är i princip omöjliga att kontrollera, överlåta och realisera i en exekutiv situation. En bank som beviljar kredit mot Nida Techs IP-portfölj tar därmed en kreditrisk som i realisationsögonblicket kan visa sig vara väsentligt större än vad portföljens juridiska struktur antyder.

### **1.3 Konkursförvaltarens breda verktygslåda, TechNids försvarslinje och de avgörande processriskerna**

Nida Techs försäljning av IP-portföljen till det nystartade systerbolaget TechNid för 1,6 MSEK, samtidigt som det bokförda värdet uppgick till 7,8 MSEK, utgör en transaktion som omedelbart kommer att hamna i centrum för konkursförvaltarens granskning. Eftersom transaktionen skett mellan bolag med identiska ägare strax före ett konkursutbrott, har förvaltaren tillgång till en bred arsenal av angreppssätt. Utredningen måste anlägga ett helhetsperspektiv på förvaltarens legala verktyg, TechNids materiella försvarslinje och de praktiska processriskerna i domstol.

#### **Förvaltarens rättsliga verktyg**

En skicklig konkursförvaltare kommer inte att begränsa sig till en enskild lagregel, utan kommer att attackera transaktionen civilrättsligt, obeståndsrättsligt, bolagsrättsligt och potentiellt straffrättsligt.

- Skenavtal och allmän ogiltighet: Inledningsvis kan förvaltaren hävda att överlåtelsen civilrättsligt utgör en skenrättshandling i syfte att undandra borgenärerna värde, eller att den i ljuset av krisen strider mot tro och heder (33 § AvtL) alternativt är oskälig (36 § AvtL). Rättsföljden är restitution utan att förvaltaren behöver förhålla sig till återvinningsfrister.
- Återvinning (4 kap. konkurslagen): Transaktionen kan angripas via den allmänna återvinningsregeln (4 kap. 5 § KonkL). Eftersom bolagen är närstående förlängs fristen till tre år och bevisbördan kastas om – TechNid måste bevisa att Nida Tech

varken var eller blev insolvent. Därtill (och farligare) kan överlåtelsen angripas som en förtäckt gåva (4 kap. 10 § KonkL) om priset understeg marknadsvärdet.

- Olovlig värdeöverföring och personligt ansvar: Om försäljningen skedde till underpris utgör mellanskillnaden en olovlig värdeöverföring (17 kap. 1 och 3 §§ ABL). Detta utlöser ett solidariskt bristtäckningsansvar för Nida Techs styrelse (17 kap. 6 § ABL), vilket förvaltaren kan driva som en personlig skadeståndstalan.
- Straffrättslig anmälningsplikt: Att sälja ut kärntillgångar billigt till sig själv inför en konkurs aktualiserar förvaltarens skyldighet att anmäla misstanke om borgenärsbrott (t.ex. oredlighet mot borgenärer, 11 kap. 1 § BrB).

### **TechNids materiella försvarslinje**

Gemensamt för förvaltarens samtliga angrepp är att de står och faller med frågan om bristande ekvivalens. TechNids starkaste och fullt processbara motargument är att överlåtelsen de facto skedde till ett marknadsmässigt pris. Det skedde ett reellt värdebyte: immateriella tillgångar ersattes av 1,6 MSEK i friska, kontanta medel som tillfördes Nida Techs kassa.

Förvaltaren kommer att förlita sig på det bokförda värdet om 7,8 MSEK för att påvisa ett underpris. Detta värde är dock en redovisningsteknisk illusion. Enligt K3-regelverket utgör 6,2 MSEK av detta belopp uteslutande historiskt nedlagda FoU-utgifter (s.k. sunk costs). Att Nida Tech formellt inte hade bokfört någon nedskrivning saknar betydelse för det exekutiva marknadsvärdet på obeståndsdagen.

I verkligheten var IP-portföljen en högrisktillgång som överläts under extrema krisomständigheter (en s.k. fire sale). Marknadsvärdet var urholkat av flera samverkande faktorer:

- Nida Tech var lamslaget av ett vitesförbud som omöjliggjorde all kommersiell verksamhet.
- Viktiga samarbetspartners hade dragit sig ur och nyckelpersoner hade lämnat bolaget.
- Äganderätten till kärnpatentet var föremål för ett skarpt tredjemansanspråk från den ursprungliga uppfinnaren (se avsnitt 1.1).
- Mjukvaruplattformen var belastad med ett överlåtelseförbud från Strikersoft som riskerade att utlösa en upphovsrättslig tvist för en eventuell förvärvare (se avsnitt 1.2).

TechNid kan därmed med argumentera att ingen oberoende, rationell köpare på den öppna marknaden hade varit villig att betala mer än 1,6 MSEK för denna ”defekta” och tvistiga portfölj. Om 1,6 MSEK var det faktiska marknadsvärdet faller grunden för såväl återvinning som olovlig värdeöverföring.

### **De kritiska processriskerna – varför en förlikning ändå bör sökas**

Trots att TechNid rent materiellt har en robust argumentation för varför priset var marknadsmässigt, måste styrelsen vara medveten om att positionen är extremt sårbar i domstol. Rättstillämpningen betraktar närståendetransaktioner på obeståndets rand med djupt rotad skepsis, och TechNid står inför tre monumentala utmaningar:

För det första, cirkelresonemanget. Om IP-portföljen verkligen var värdelös och "toxisk" – varför valde TechNid (med privata, friska medel) att överhuvudtaget förvärva den? Förvaltaren kommer att hävda att själva förvärvsbeslutet bevisar att ägarna internt tillskrev tillgångarna ett dolt övervärde.

För det andra, mönstret. Att överlåta ett bolags samtliga verksamhetsbärande tillgångar till ett nytt bolag med identisk ägarkrets, omedelbart före konkurs, framstår för en domstol som typexemplet på ett otillbörligt gynnande på borgenärernas bekostnad.

För det tredje, gåvoregelns brutalitet (4 kap. 6 § KonkL). Detta är det farligaste hotet. Till skillnad från den allmänna återvinningsregeln kräver gåvoregeln varken "otillbörlighet" eller "ond tro". Det räcker att domstolen finner att priset (1,6 MSEK) ens marginellt understeg det verkliga marknadsvärdet för att transaktionen ska bedömas som en delvis gåva. Om så är fallet kastas bevisbördan över på TechNid, som då måste bevisa att Nida Tech efter överlåtelsen hade kvar utmättningsbar egendom som uppenbart täckte bolagets skulder. Med 884 000 kr i tillgångar mot 9,5 MSEK i skulder är denna bevisbörda omöjlig att bära.

**Slutsats:** TechNid har rätt i sak: priset var motiverat utifrån K3-regler, IP-defekter och krisläget. Processriskerna, i synnerhet domstolens misstänksamhet mot cirkelresonemanget och den drakoniska bevisbördan i 4 kap. 6 § KonkL är emellertid så höga att en rättegång kan sluta i totalförlust av IP-portföljen. Den rättsliga analysen dikterar därför att TechNid bör använda sin starka materiella försvarslinje för att framtvunga en rent ekonomisk förlikning med konkursboet, i syfte att slutligt stänga återvinningskravet.

#### **1.4 Strikt skadeståndsansvar, bevislättnad vid utebliven vinst och aktiebolagsrättsliga hinder för disposition av processvinst**

Vid upphävande av ett interimistiskt vitesförbud föreligger ett strikt skadeståndsansvar enligt 3 kap. 22 § utsökningsbalken för den skada, inbegripet utebliven vinst, som åtgärden orsakat. Detta strikta ansvar innebär att sökanden ansvarar oberoende av egen oaktsamhet; motpartens eventuella goda tro vid ansökan om vitesförbudet saknar relevans för ansvarsgrunden.

#### **Partsställning och abandonering – vem äger kravet?**

Den processuella utgångspunkten är att rätten till skadestånd tillhör det bolag som drabbades av skadan. Av underlaget framgår att "Nida Tech Sweden (i konkurs)" vann intrångsprocessen, vilket starkt indikerar att konkursboet valde att inte överta talan enligt 3

kap. 9 § konkurslagen. I NJA 1999 s. 777 klargjordes att ett konkursbo som förklarar att det inte önskar överta gäldenärens talan därigenom har avstått sin rätt till egendomen. Ett sådant val om abandonering är därmed bindande för boet (jfr även NJA 2013 s. 304 samt prop. 1975:6 s. 189–191). Vår bedömning är därmed att talerätten och äganderätten till skadeståndsfordran ligger kvar hos konkursbolaget Nida Tech Sweden AB, som kan driva processen vidare genom sin egen styrelse utan inblandning av konkursförvaltaren.

### **Den processuella gränsdragningsrisken**

Även om ”huvudregeln” är att kravet tillhör Nida Tech, måste dock en processuell gränsdragningsrisk framhållas. Då vi i nuläget saknar fullständig insyn i de exakta processuella handlingarna, finns det ett utrymme för konkursförvaltaren att, vid en förfrågan om att förvärva fordran (ett förvärv som av bolagsrättsliga skäl kommer att krävas, vilket vi utvecklar nedan) argumentera för att abandoneringen var strikt begränsad till själva inträngsprocessen och att det nya skadeståndskravet utgör en fristående tillgång som boet därmed aldrig har avstått ifrån. Hur en domstol skulle ställa sig till ett sådant argument är svårbedömt, men skulle förvaltaren vinna framgång med den argumentationen tillhör fordran i stället konkursboet. TechNid saknar även i ett sådant scenario incitament att bekosta en tvist vars vinst oavkortat tillfaller boets borgenärer, varför TechNid i så fall måste förvärva fordran direkt från konkursförvaltaren innan processen inleds.

### **Kausalitet, *novus actus interveniens* och skadebegränsningsplikt**

Kausalitetsbedömningen för skadans storlek ska göras utifrån differensläran, varvid det faktiska förloppet jämförs med ett hypotetiskt förlopp där förbudet inte hade meddelats. I en kommande process kommer motparten sannolikt att angripa orsakssambandet från två håll. För det första kommer motparten att göra gällande att skadan orsakats av styrelsens egna mellankommande beslut (s.k. *novus actus interveniens*), såsom underlåtenheten att söka inhibition av vitesförbudet eller misslyckandet med att säkra extern finansiering. Mot detta måste Nida Tech anföra att bolaget befann sig i en utvecklingsfas utan löpande intäkter (*pre-revenue*); vitesförbudet ströp omedelbart bolagets enda väg till likviditet, vilket innebar att styrelsens handlingsalternativ i praktiken eliminerades. Konkursen var därmed en adekvat och oundviklig följd av säkerhetsåtgärden. För det andra kommer motparten att invända att Nida Tech brustit i sin skadebegränsningsplikt genom att inte helt enkelt lansera produkten under ett nytt varumärke. Högsta domstolen har emellertid i NJA 2017 s. 9 uttryckligen fastslagit att det inte kan krävas att en skadelidande utan vidare säljer sin vara under ett annat varumärke; den skadelidande har rätt till ett skäligt rådrom. För ett utvecklingsbolag utan finansiella marginaler innebar det interimistiska säljförbudet att verksamheten kollapsade innan ett sådant skäligt rådrom ens hade löpt ut.

## Bevisning av utebliven vinst

En central processfråga är uppskattningen av den uteblivna vinsten. Enligt 35 kap. 5 § rättegångsbalken föreligger viss bevislättning om full bevisning inte alls eller endast med svårighet kan föras. Denna bestämmelse befriar dock inte den skadelidande parten från skyldigheten att presentera den utredning som rimligen kan åstadkommas (jfr NJA 2005 s. 180 "Formsprutarna"). I enlighet med bevisvärderingen i NJA 2017 s. 9 kan Nida Techs befintliga "Letter of Intent", nomineringen till 33-listan samt framgångarna på Mobile World Congress tjäna som konkreta marknadsindikationer för att ge domstolen det underlag som krävs för en skälighetsuppskattning av det hypotetiska intäktstillflödet.

## Den bolagsrättsliga fällan och incitamentsproblemet vid processförande

Att Nida Tech äger kravet och kan föra talan leder emellertid till ett fundamentalt incitamentsproblem för bolagets ägare och dess systerbolag TechNid. Om Nida Tech vinner processen tillfaller skadeståndsbeloppet Nida Tech. Då bolaget är insolvent med historiska skulder på cirka 9,5 MSEK aktiveras aktiebolagslagens stränga borgenärsskydd. Om bolaget efter konkursens avslutande tillförs nya tillgångar ska domstol besluta om likvidation (25 kap. 49–50 §§ ABL). Innan några som helst medel kan skiftas ut till aktieägarna i likvidationen, har likvidatorn en ovillkorlig skyldighet att först betala bolagets alla kända skulder (25 kap. 38 § ABL).

Styrelsen kan inte runda denna ordning genom att "kanalisera" inkomna skadeståndsmedel till TechNid genom interna transaktioner. En sådan överföring, utan affärsmässigt syfte för Nida Tech, utgör en olovlig värdeöverföring i direkt strid med beloppsspärren och försiktighetsregeln, eftersom det saknas täckning för det bundna egna kapitalet (17 kap. 1 och 3 §§ ABL). En sådan disposition skulle omedelbart utlösa återbäringsskyldighet för TechNid och ett personligt, solidariskt bristtäckningsansvar för Nida Techs styrelseledamöter (17 kap. 6–7 §§ ABL).

Detta medför att incitamentet att finansiera och driva tvisten är helt avhängigt av skadeståndets förväntade storlek:

- Om skadeståndet understiger 9,5 MSEK (*basscenariot*) kommer hela beloppet att ätas upp av Nida Techs historiska borgenärer (banken, staten, leverantörer). Ägarna och TechNid erhåller noll kronor och saknar därmed helt kommersiellt incitament att finansiera tvisten.
- Om skadeståndet överstiger 9,5 MSEK (*det optimistiska scenariot*) uppstår ett överskott i Nida Tech efter att alla skulder är betalda. Detta överskott tillfaller aktieägarna genom utskiftning. Eftersom Nida Tech och TechNid har identiska ägare, kommer dessa fysiska personer att gynnas av överskottet.
- Om avsikten är att TechNid ska tillgodogöra sig hela skadeståndet oavsett belopp, måste TechNid formellt förvärva skadeståndsfordran från Nida Tech innan en dom

faller. Detta kräver ett överlåtelseavtal till ett marknadsmässigt pris (som tar hänsyn till processrisken) för att i sig inte utgöra en olovlig värdeöverföring.

## Bilaga B - reflektion över affärsadvokatens roll

Arbetet med Nida Tech och TechNid illustrerar tydligt rätten som en social konstruktion där det juridiska innehållet och argumentationens form dikteras av aktörernas mål, maktförhållanden och tidsperspektiv. De fyra scenarierna är inte isolerade legala problem, utan i högsta grad kommunicerande kärn där ett argument som är fördelaktigt i en kontext aktivt kan underminera klientens position i en annan.

Det tydligaste exemplet på detta är den juridiska hanteringen av IP-portföljens defekter, såsom tvisten kring kärnpatentet och överlåtelseförbudet i Strikersoft-licensen. I förhandlingar med en potentiell bank (Scenario 2) utgör dessa brister en direkt fara och en grund för personligt ansvar om de mörkas. Samma faktiska omständigheter används därefter som en sköld (Scenario 3) mot konkursförvaltaren för att rättfärdiga den låga köpeskillingen vid TechNids förvärv, för att sedan tvingas hanteras som en försvagande faktor i den hypotetiska intäktskalkylen (Scenario 4) vid kravet på skadestånd. Samma licens och samma patent används alltså både som svärd, sköld och sänke beroende på vem som är motpart och vilket intresse som tillgodoses för stunden.

Detta leder ofrånkomligen till en värderingsparadox. I Scenario 3 ligger det i klientens intresse att bevisa att IP-portföljen saknade externt marknadsvärde (en toxisk tillgång), medan det i Scenario 4 ligger i samma klientens intresse att hävda att teknologin hade en enorm kommersiell potential som gick förlorad. Denna insikt belyser hur affärsjuridisk rådgivning sällan handlar om att hitta en absolut och objektiv "sanning", utan om att strategiskt tillämpa olika juridiska mätstickor – likvidationsvärde i det ena fallet, differenslärans hypotetiska intäktflöde i det andra – i olika rättsliga prövningar utan att förlora trovärdighet. Det understryker också vikten av den "Globala förlikningen", där klienten, istället för att låta domstolen blottlägga dessa paradoxer, använder dem som förhandlingsverktyg för att stänga riskerna i en och samma affärsuppgörelse.

### **Affärsadvokaten och domaren – samma rättsfakta, olika uppdrag**

Kontrasten mot domarens roll belyser denna dynamik ytterligare. En domare som ställs inför frågan om IP-portföljens värde vid överlåtelsen söker ett enda, objektivt riktigt svar – var priset marknadsmässigt eller inte? Domarens uppgift är att tillämpa rättsreglerna på de fastställda fakta och nå det resultat som rättsordningen föreskriver. Domaren kan inte strategiskt välja vilken mätsticka som passar klientens intresse; domaren måste bestämma sig för en värdering och motivera den rättsdogmatiskt.

Affärsadvokaten har ett fundamentalt annorlunda uppdrag. Vår uppgift är inte att fastställa vad som gäller utan att identifiera vad som kan hävdas – och att göra det med insikt om att motparten bedriver exakt samma övning fast med motsatt slutmål. I Scenario 3 argumenterar vi för att bokfört värde översteg marknadsvärdet; i Scenario 4 argumenterar vi för att det hypotetiska marknadsvärdet översteg bokfört värde. Båda argumenten är rättsligt hållbara, ingen av dem är objektivt "sann" i domarens mening, och det är inte vår roll att avgöra vilken som är korrekt. Vår roll är att presentera den argumentation som bäst tillvaratar klientens intresse i respektive prövning – och att vara tillräckligt transparenta med riskerna för att klienten ska kunna fatta välinformerade beslut.

Denna insikt understryker att rättens innehåll inte är givet på förhand utan i hög grad formas av vilka aktörer som driver argumentationen och i vilken kontext de gör det. Samma rättsfakta – en IP-överlåtelse för 1,6 MSEK strax före konkurs – leder till diametralt olika juridiska slutsatser beroende på om den som argumenterar är en konkursförvaltare som försvarar borgenärskollektivet, en affärsadvokat som försvarar förvärvaren, eller en domstol som ska väga dessa perspektiv mot varandra.

### **Affärsadvokaten och bolagsjuristen – extern blick kontra intern kontinuitet**

Vår roll som externa rådgivare skiljer sig även från bolagsjuristens på ett sätt som har haft direkt inverkan på rådgivningen. En bolagsjurist som kontinuerligt följt Nida Techs verksamhet hade sannolikt identifierat Strikersoft-licensens överlåtelseförbud och

patenttvistens konsekvenser långt innan krissituationen uppstod. En bolagsjurist hade även kunnat verka för att kontrollbalansräkning upprättades i tid, och hade löpande kunnat bevaka att kreditavtalens villkor efterlevdes.

Vi träder i stället in i ett avgränsat skede, under akut tidspress, med ett selektivt underlag bestående av en årsredovisning, en förteckning över intellektuella tillgångar och en bolagspresentation. Vår rådgivning bygger på vad dessa handlingar avslöjar – och lika mycket på vad de inte avslöjar. Vi kan inte med säkerhet veta hur Strikersofts licensavtal är formulerat i sin helhet, vi vet inte om kontrollbalansräkning upprättades, och vi har inte granskat det fullständiga överlåtelseavtalet mellan uppfinnaren och Verifiq. Att vara transparent med dessa begränsningar – att flagga vad vi inte vet, snarare än att dölja det – är en central del av affärsadvokatens professionella ansvar.

### **Tidspressen som argumentationsformande kraft**

En särskilt framträdande aspekt av detta uppdrag är tidsperspektivets avgörande inverkan på de juridiska bedömningarna. Affärsadvokatens arbete är till sin natur framåtblickande – vi ger råd om handlingar som ännu inte har företagits, i en kontext där den rättsliga situationen kan förändras drastiskt inom veckor. I Scenario 1 rekommenderar vi skyndsamt kontakt med uppfinnaren, just för att varje månads dröjsmål stärker uppfinnarens förhandlingsposition i takt med att Nida Techs investeringar i teknologin ökar. I Scenario 3 rekommenderar vi förlikningsförhandlingar inom en vecka, inte för att den rättsliga analysen nödvändigtvis förändras, utan för att förvaltarens handlingsalternativ utökas med tiden – processfinansiärer kan engageras, externa budgivare kan tillkomma, och förhandlingsfönstret stängs.

Denna tidspress påverkar inte bara vilka råd vi ger utan hur vi formulerar dem. Ett PM som ska ligga till grund för ett styrelsebeslut inom dagar kan inte ha den rättsdogmatiska fullständighet som en akademisk utredning kräver. Däremot måste det vara tillräckligt precist för att styrelseledamöterna ska förstå riskerna med att agera – och riskerna med att inte agera. Vår rekommendation i PM 3 att finanschefen ”inom fem bankdagar” ska sammanställa en fullständig redogörelse för pengaflödet illustrerar detta: tidsfristen är inte godtycklig utan speglar det processrättsliga behovet av att säkra bevisning innan förvaltaren agerar.

### **Ansvar och inflytande – rådgivarens etiska dimension**

Avslutningsvis aktualiserar uppdraget frågan om det ansvar som följer med juridiskt inflytande. Vår rådgivning formas inte i ett vakuum av rättsdogmatisk objektivitet utan i en situation där klienten befinner sig under stark press, där höga ekonomiska värden står på spel, och där de beslut som fattas på grundval av våra PM kan få irreversibla konsekvenser. Om styrelsen följer vårt råd att genomföra en Package Deal och det visar sig att förvaltaren hade en svagare position än vi bedömde, har klienten betalat ett onödigt högt pris. Om styrelsen å

andra sidan avfärdar vårt råd och driver frågan till domstol med förlust, har vårt PM inte varit tillräckligt övertygande.

Denna spänning illustrerar varför affärsadvokatens roll inte kan reduceras till en teknisk tillämpning av rättsregler. Det är en i grunden strategisk verksamhet där juridiken tjänar som medel – inte som mål – och där rådgivarens förmåga att kommunicera osäkerhet, kvantifiera risk och formulera handlingsalternativ ofta har större betydelse för klientens utfall än den materiellrättsliga analysen i sig. Att vi genomgående i PM:en presenterar en ärlig riskbild – inklusive de argument som talar emot klienten – är inte ett tecken på svag rådgivning utan på stark. En styrelse som förstår sina svagheter fattar bättre beslut än en styrelse som tror sig vara osårbar.

- Vem får skadeståndet tillslut och behöver Tech köra en egen process?

# Källförteckning

## **Lagar och författningar:**

Aktiebolagslag (2005:551).

Konkurslag (1987:672).

Köplag (1990:931).

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

Lag (1936:81) om skuldebrev (Skuldebrevslagen).

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (Upphovsrättslagen).

Lag (2008:990) om företagshypotek.

Patentlagen (2024 :945).

Rättegångsbalken (1942:740).

Utsökningsbalken (1981:774).

## **Förarbeten:**

Prop. 1987/88:4.

## **Allmänna råd och normgivning**

Bokföringsnämndens allmänna råd, BFNAR 2012:1, Årsredovisning och koncernredovisning (K3).

## **Svensk rättspraxis:**

NJA 2005 s. 180 ("Formsprutarna").

NJA 2009 s. 695.

NJA 2010 s. 617.

NJA 2017 s. 9 ("Multitotal").

NJA 2017 s. 203.

NJA 2019 s. 195.

## **EU-rättsliga källor**

Direktiv: Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

Rättspraxis: EU-domstolen, mål C-128/11, UsedSoft GmbH mot Oracle International Corp., EU:C:2012:407.

**Doktrin och övrig litteratur:**

Håstad, T., Sakrätt avseende lös egendom, 6 uppl., s. 183.

Ramberg, C., Avtalslagen 2020 ([www.avtalslagen2020.se](http://www.avtalslagen2020.se)).

Munukka, J., Avtalade överlåtelseförbud, i Festskrift till Lars Pehrson, 2016.